

---

# REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

---

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT ZEITSCHRIFT  
RIVISTA DI DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO  
REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU  
EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW  
REVUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN  
REVISTA DE DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU  
EUROPAKO KONSTITUZIO ZUZENBIDEAREN ALDIZKARIA  
REVISTA DE DEREITO CONSTITUCIONAL EUROPEO

## 30

---

Año 15, número 30, Julio-Diciembre de 2018

---

Internet y Democracia

**THOMSON REUTERS**  
**ARANZADI**

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José A. Montilla Martos, Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao

### DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

### SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

### SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López  
Ricardo Martín Morales  
Juan F. Sánchez Barrilao

### SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

### SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

### EDITORES

Ángel Rodríguez  
Antonio de Cabo de la Vega  
Baldomero Oliver León  
María Dolores Martínez Cuevas  
Augusto Aguilar Calahorra

José María Porras Ramírez  
José Manuel Martínez Sierra  
Concepción Pérez Villalobos  
Adoración Galera Victoria  
Susana Ruiz Tarrías

Agustín Ruiz Robledo  
José A. Marín Gámez  
Ramón Orza Linares  
Francisco Javier Durán Ruiz  
Juan Ignacio Signes de Mesa  
Valentina Faggiani

## CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

### VOCALES

Ricardo Alonso García  
José Asensi Sabater  
Paola Bilancia  
A. Antonio Cervati  
Lorenzo Chieffi  
Francesc de Carreras Serra  
Miguel Ángel García Herrera  
Tania Groppi  
Fulco Lanchester  
Antonio López Castillo  
Gonzalo Maestro Buelga  
Gilmar Ferreira Mendes  
Martin Morlok  
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)  
Gil C. Rodríguez Iglesias  
Modesto Saavedra López  
Antonio Torres del Moral  
Gustavo Zagrebelsky

Miguel Ángel Aparicio Pérez  
Mercé Barceló Serramallera  
Roberto Blanco Valdés  
Manuel Contreras Casado  
José Francisco Chofre Sirvent  
Francisco del Río Muñoz  
Manuel Gerpe Landín  
Christian Hillgruber  
Diego J. Liñán Nogueiras  
Francisco López Menudo  
Stelio Mangiameli  
Roberto Miccù  
Alessandro Pace  
José Antonio Portero Molina  
Giancarlo Rolla  
Remedio Sánchez Ferriz  
Alejandro del Valle Gálvez  
Xavier Arbós Marín

Javier Barnés Vázquez  
Carmen Calvo Poyato  
Javier Corcuera Atienza  
Ricardo Chueca Rodríguez  
Jacqueline Duthel de la Rochère  
José Joaquim Gomes Canotilho  
Javier Jiménez Campo  
Juan Fernando López Aguilar  
Antonio López Pina  
Miguel Martínez Cuadrado  
Lothar Michael  
Miguel Pascual Liaño  
Vasco Pereira da Silva  
José Carlos Remotti Carbonell  
Roberto Romboli  
Sixto Sánchez Lorenzo  
Jaume Vernet i Llobet  
Fausto Vecchio

Rainer Arnold  
Rafael Barranco Vela (1959/2013)  
Antonio Cántaro  
Pedro Cruz Villalón  
Antonio D'Atena  
Teresa Freixes Sanjuán  
Yolanda Gómez Sánchez  
Markus Kotzur  
Alberto López Basaguren  
Jörg Luther  
Didier Maus  
Lucía Millán Moro  
Ingolf Pernice  
Paolo Ridola  
Francisco Rubio Llorente (1930/2016)  
Angelo Schillaci  
Helmuth Schulze-Fielitz  
Eduardo Virgala Foruria



Gestión de Publicaciones en materia de Administraciones Públicas

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.  
Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.  
redce@ugres - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004 · Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL  
Editorial Aranzadi, S.A.U.  
31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 15, número 30, Julio-Diciembre de 2018

---

**Internet y Democracia**

**SUMARIO**

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
<b>ESTUDIOS</b>	
La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet.....	15
ANTONIO D'ATENA	
Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI.....	37
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
Internet y Democracia .....	63
TOMMASO EDOARDO FROSINI	
<b>ARTÍCULOS</b>	
Para un Derecho administrativo sin fronteras .....	81
VÁSICO PEREIRA DA SILVA	
Captación y grabación de comunicaciones orales directas.....	105
MIGUEL ÁNGEL ROSALES LEAL	
Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Novedades con ocasión de la saga Taricco.....	129
ADRIÁN GARCÍA ORTIZ	

**PERFILES/NOTICIAS**

- XIII Congreso de la «Societas Iuris Publici Europaei»: "Integración y desintegración en Europa". Hamburgo, 19 a 21 de julio de 2018..... 163  
ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ

**TEXTOS CLÁSICOS**

- Estado..... 191  
ULRICH SCHEUNER

**JURISPRUDENCIA**

- La prohibición de partidos políticos en Alemania: la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 2017 sobre el NPD..... 213  
MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ

**LEGISLACIÓN**

- Crónica de la legislación europea..... 243  
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

**FORO**

- Cultura jurídica y memoria de los juristas ..... 259  
MIGUEL PASQUAU LIAÑO

**NOTICIAS DE LIBROS**

- «Constitución, democracia y Estado de Derecho», Tommaso Edoardo Frosini, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, ISBN: 978-956-392-111-3, 216 páginas. 285  
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
- «¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea? / Towards a new government of the economy in the European Union? / Para um novo governo da economia na União Europeia?», F.J. Carrera Hernández (dir.). Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018, 315 pp..... 291  
DANIELA DOBRE

*Thomson Reuters ProView. Guía de uso*

---

# Presentación



La publicación del número 30 de la *ReDCE* coincide con un agravamiento de las condiciones políticas que se mencionaban en la Presentación del número 29 y, por otro lado, con un horizonte todavía más sombrío para los próximos meses, no sólo por lo que se refiere al proyecto de integración europea, sino también en cuanto a la situación global. Por un lado, la elección de Bolsonaro en Brasil, que supone un escenario peor del que se abrió con la de Trump en Estados Unidos. Por otro lado, la presión del propio Trump en todos los frentes, especialmente en el ámbito interno en relación con el “muro” en la frontera mejicana y en el ámbito externo con la presión comercial frente a China y otros países. Estamos asistiendo a tiempos en los que se consolida una retórica cada vez más agresiva que puede terminar por convertirse en una realidad funesta.

Por lo que se refiere a Europa, la gestión del Brexit por parte de las autoridades del Reino Unido no puede ser más caótica. La pretensión de que se les otorgue un trato de privilegio, que sería incompatible con las reglas del mercado, sigue siendo el elemento clave de una negociación ya ultimada pero que el Parlamento británico ha rechazado. Los partidarios del Brexit parecen no haber entendido todavía que la salida de la Unión Europea tendrá unas consecuencias muy difíciles de asumir y que ningún acuerdo las podrá evitar más allá de los períodos transitorios que puedan establecerse. Es sorprendente que los sectores políticos y sociales del Reino Unido, que aceptaron incondicionalmente la “lógica” económica para limitar derechos, ahora defiendan que esa lógica se pueda dejar a un lado en la artificial confrontación que han planteado frente a Europa. Más bien, lo que en realidad piden es que sea justamente Europa la que la deje a un lado y otorgue un estatus especial al Reino Unido con todas las ventajas y ninguno de los inconvenientes de pertenecer a la Unión Europea, que es lo que plantean en última instancia.

Unas elecciones al Parlamento Europeo con el Brexit sin resolver y una posible y rocambolesca prórroga de la pertenencia del Reino Unido a la Unión no parece

que sea lo más deseable para el proyecto de integración europea. Por todas partes van creciendo las posiciones más radicales en los distintos espacios públicos en Europa. Posiciones que, aunque no siempre se manifiesten formalmente como antieuropeas, defienden idearios que materialmente son radicalmente incompatibles con los principios de la Unión Europea, como es el caso del reciente ascenso electoral, con entrada en el Parlamento de Andalucía, de un partido de extrema derecha que da sostén al gobierno conservador que se ha formado después de las elecciones del 3 de diciembre pasado.

Si esas posiciones consiguen un resultado electoral significativo en las próximas elecciones al Parlamento Europeo, su incidencia sobre el proceso de integración puede ser muy negativa. Si tenemos en cuenta la fuerte abstención que se está dando ya en procesos electorales nacionales o territoriales y la que se ha dado tradicionalmente en las elecciones europeas, esta posibilidad no es, en absoluto, descartable. Hay que tener en cuenta que la interferencia en los procesos electorales, que hemos visto desde el Brexit en América y en Europa, no se basa en promover el cambio del sentido del voto, sino en desalentar al electorado progresista y generar una amplia abstención que favorezca las posiciones conservadoras más extremas. A ello contribuyen no sólo el recurso manifiestamente ilegal al envío personalizado de propaganda política subliminal sino también el sustrato previo de desinformación, *fake news*, radicalización y deslegitimación general de la política y de la democracia que se realiza de manera interesada por agentes internos y externos a través de las redes sociales.

Toda esa actividad encuentra su punto culminante en el período electoral, cuando ya una gran parte del electorado ha desarrollado un fuerte escepticismo respecto de sus posibles opciones de voto. Por alguna razón que tiene su raíz en la cultura política de los sectores progresistas, las elecciones no se entienden como un proceso orientado a formar gobiernos o a conformar mayorías parlamentarias. Por el contrario, se perciben como el momento adecuado para manifestar el descontento con las políticas desarrolladas por las opciones más afines. Lo vimos en Estados Unidos con una parte importante de votantes del partido demócrata que decidieron no ir a votar después de que Bernie Sanders perdiera las primarias. El ansía de utopía, que es una de las más nobles señas de identidad de los movimientos progresistas, se convierte así en distopía y conduce a auténticas pesadillas como la actual Administración Trump.

Una actitud responsable frente a los procesos electorales debería conducir a aceptar que en ellos no se resuelven todos los problemas de la sociedad sino simplemente se ofrecen opciones entre las que hay que elegir, salvo que quien no se identifique con ninguna de ellas plantee directamente la suya propia, presentándose también a las elecciones. No hay más. Quienes piensan que con su “pureza” ideológica deben abste-



nerse, favoreciendo así gobiernos conservadores extremos, deberían contrastar después el resultado de esa “elección” que realizaron y que, en realidad, lo fue tácitamente a favor de esos gobiernos: más desigualdad, más pobreza, involución democrática, más recortes en derechos sociales, xenofobia, más discriminación contra la mujer y contra las minorías. Parafraseando aquella frase española que llegó con el desencanto de los primeros años de la democracia: “contra Franco vivíamos mejor”, podríamos decir que contra Trump y contra los gobiernos del mismo corte que se están formando en otros países, solamente viven mejor quienes pueden permitírselo.

Sirva esta larga introducción para llevarnos a las próximas y cruciales elecciones al Parlamento Europeo. Desde estas páginas, y muy especialmente en las sucesivas presentaciones de los números de esta Revista, se ha criticado siempre y muy duramente a la Unión Europea. Pero nunca por falta de europeísmo, sino por la convicción profunda de que el camino de la integración es otro y debería llevarnos de manera ya urgente a una Europa federal, democrática y social. No opondremos esa utopía a la Europa de hoy para hacerla cada vez más lejana, rechazando cualquier proyecto de integración, por limitado que nos parezca.

Quizás no nos gusten mucho las opciones que se presenten al Parlamento Europeo y quizás no encontremos entre ellas una sola que se ajuste exactamente a nuestra idea de Europa. Pero sabemos que si no votamos a las opciones europeístas ganarán la partida las que pretenden la destrucción del proyecto de integración europea. Las próximas elecciones son un auténtico referéndum y así debemos asumirlo, especialmente quienes quizás no perdiéramos mucho en nuestros derechos y en nuestras condiciones de vida si la Unión Europea desapareciera. Podemos y debemos seguir defendiendo nuestras utopías. Pero, mientras tanto, no debemos olvidar la solidaridad con quienes sufrirían inevitablemente con la destrucción de Europa, tan ansiada por los extremismos de derecha que hoy se van extendiendo por todo el territorio europeo.

El número 30 de la *ReDCE* está dedicado a *Internet y Democracia*, que es justamente el título de uno de los tres trabajos que se incluyen en ese apartado, el de Tommaso Edoardo Frosini, previamente publicado en Italia. Junto a ese texto, se incorpora también un texto de Antonio D’Atena sobre “La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de internet” igualmente objeto de publicación previa en Italia y de próxima publicación en Brasil. Lo mismo ocurre con mi artículo “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI” que se presentó como ponencia al Congreso sobre *Passato, Presente, Futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, organizado por Fulco Lanchester en mayo de 2018 en Roma y que se publicará también en Brasil.

La Sección de Artículos de este número la abre el texto de Vasco Pereira da Silva, “Para un derecho administrativo sin fronteras”. No podemos dejar de aprovechar la ocasión para felicitar al Profesor Pereira por su recientemente nombramiento como Doctor “Honoris Causa” por la prestigiosa Universidad de Hannover. En la misma sección publicamos dos trabajos de autores jóvenes, aunque ya de distintas generaciones, que fueron en su momento estudiantes de nuestro *Máster en Derecho Constitucional Europeo*, como es el caso de Miguel Ángel Rosales Leal, con un texto sobre “Captación y grabación de comunicaciones orales directas” y del actual *Máster en Derechos Fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global*, en el caso de Adrián García Ortiz con un artículo sobre “Diálogo y conflicto entre tribunales a propósito de los derechos fundamentales en la Unión europea. Novedades con ocasión de la saga Taricco”.

En la Sección *Perfiles* publicamos una referencia al XIII Congreso de la *Societas Iuris Publici Europaei* que sobre la temática “Integración y desintegración en Europa” se celebró en Hamburgo, del 19 a 21 de julio de 2018 y que Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz ha tenido la generosidad de preparar para nuestra Revista con la brillantez y la agudeza intelectual que siempre le caracteriza. Le agradecemos la gentileza que ha tenido con la *ReDCE*, especialmente si tenemos en cuenta que, a la complejidad de las ponencias y los debates, se añadía en este caso la dificultad que supone la diversidad de idiomas que se utilizaron en el Congreso, el inglés, el francés y el alemán.

En la Sección de Textos Clásicos publicamos la traducción preparada por Miguel Azpitarte del texto de Ulrich Scheuner “Staat”, que procede del *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, editado por E. von Beckerath en 1965. La Sección de Jurisprudencia incorpora un estudio de María Salvador sobre “La prohibición de partidos políticos en Alemania: la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 2017 sobre el NPD”. La Sección de Legislación, dirigida por María Luisa Balaguer, incluye un gran número de disposiciones sobre temáticas diversas, desde cooperación policial y judicial hasta el tratamiento de datos personales, pasando por la prestación de servicios de comunicación audiovisual o los organismos de igualdad, entre otras cuestiones.

El Foro recoge el Discurso de toma de posesión como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada el 13 de junio de 2018 de Miguel Pasquau Liaño, bajo el título “Cultura jurídica y memoria de los juristas”. Sobre su autor, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y Catedrático de Derecho Civil, solo puedo decir que fue y sigue siendo el mejor Jurista de la Promoción Jurídica 1976–1981 de la Universidad de Granada, a la que yo

también pertenezco. En las páginas de ese excelente Discurso se pueden encontrar los rasgos del ingenio, el rigor y la capacidad analítica que siempre han caracterizado a Miguel, al tiempo que los nombres que han conformado el universo cultural en el que nos hemos movido también algunos de sus amigos, como Jochen Albiez, Rafael Barranco o quien escribe estas líneas.

En la Sección de noticias de libros publicamos, en primer lugar, la recensión de Juan Francisco Sánchez Barrilao del libro de Tommaso Edoardo Frosini *Constitución, democracia y Estado de Derecho*, editado en Santiago de Chile en 2018 por Ediciones Olejnik. En esa Sección se incluye también la recensión realizada por Daniela Dobre del libro *¿Hacia una nueva gobernanza económica de la Unión Europea?* editado por F.J. Carrera Hernández en Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona igualmente en 2018.

En la parte de agradecimientos, procede mencionar a Thomson Reuters, por la edición impresa y en e-Book de la Revista. Igualmente, a la Fundación Peter Häberle y al Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle” de la Universidad de Granada. En el ámbito nacional, al Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, “Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado” y en el ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Catedrático de Derecho Constitucional.*  
*Catedrático Jean Monnet ad personam.*



# Estudios

---



# LA CONFLICTIVIDAD AXIOLÓGICA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL Y EL DESAFÍO DE INTERNET<sup>1</sup>

## The axiological conflictuality of liberal democracy and the challenge of the Internet

ANTONIO D'ATENA

*Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

### SUMARIO:

- I. La conflictividad axiológica de los principios constitucionales y la tensión entre democracia y Estado de Derecho.
- II. Una tensión que no puede ser negada: la sugerencia señalada por Stuart Mill.
- III. Una visión que no puede ser neutralizada: la lectura en clave exclusivamente organizativa de los derechos de libertad y la configuración de estos últimos como derechos funcionales.
- IV. El Estado de Derecho y la lógica de la separación: la dimensión horizontal y la dimensión vertical de la separación de poderes en sentido subjetivo.
- V. La descomposición del poder en funciones y la distinción entre el general y abstracto disponer y el individual y concreto proveer.
- VI. La tensión entre democracia y pluralismo. El impacto de la subsidiariedad horizontal.
- VII. Los recursos de la red y el dilema entre democracia directa y democracia representativa.
- VIII. La red y la manipulación del consenso.

### I. LA CONFLICTIVIDAD AXIOLÓGICA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA TENSIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO

Para enmarcar el tema, es útil partir de un dato preliminar. Me refiero a la conflictividad axiológica que normalmente caracteriza a las Cartas constitucionales. Las cuales, sobre todo si han sido deliberadas por Asambleas constituyentes elegidas, como debería suceder, mediante un sistema proporcional, acogen en su seno visiones diversas del mundo; y, por tanto, valores y principios en recíproca tensión, cuando no en una posición antagonica<sup>2</sup>.

1 Traducción del italiano de Antonio Pérez Miras.

2 Sobre tal complejidad axiológica, cfr. en general Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980. Iluminante, con referencia al pacto del que

Existe un ejemplo evidente a primera vista: todos los ordenamientos que conocen formas de descentralización política sobre una base territorial construyen su disciplina constitucional sobre la tensión dialéctica entre unidad y autonomía. Si sólo hubiera unidad, el Estado se correspondería con el modelo monolítico instaurado por la revolución francesa; si, en cambio, hubiera solo autonomía, el ordenamiento estatal complejo se desintegraría<sup>3</sup>.

La democracia está en el centro de la mayoría de estas tensiones.

Como es conocido, la obra que, en los inicios del siglo pasado, por primera vez se impregnó en su elaboración de esta tensión es la "Teoría de la constitución" de Carl Schmitt<sup>4</sup>. En ella se produce el paso de la doctrina jurídica del Estado (la *Staatsrechtslehre*) a la doctrina de la Constitución (la *Verfassungslehre*)<sup>5</sup>. La aproximación a la doctrina jurídica del Estado era morfológica, pivotando sobre una representación estática de su objeto de estudio: el Estado, sus elementos constitutivos, los órganos, los procedimientos, los derechos, los deberes... La doctrina de la constitución está, sin embargo, caracterizada por una aproximación axiológica (y, por tanto, dinámica). Sobre la base de esta perspectiva, todos los elementos anteriores se reconducen a los principios ordenadores subyacentes. De aquí la tensión dialéctica, que, no por casualidad, encuentra el propio centro gravitacional en la relación conflictual entre democracia y el Estado de Derecho, entre la decisión mayoritaria y las exigencias de garantía<sup>6</sup>.

nació la Constitución de la República italiana y al punto de equilibrio alcanzado entre los diversos componentes presentes en la Asamblea Constituyente: Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 30 ss. (que puede leerse también en la colección dirigida por F. Modugno y M. Ruotolo sobre *los Constitucionalistas del siglo XX*: Crisafulli, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 149 ss.).

3 D'Atena, "Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni", en Rolla (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2003, así como en D'Atena, *Le Regioni dopo il big bang. Il viaggio continua*, Milano, 2005, 67 ss.

4 Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, que puede leerse en italiano en la traducción realizada por A. Caracciolo: Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984.

5 Se escapa a la economía de este trabajo la consideración de los complejos entretreídos que han sido el trasfondo de la cuestión del método, en la etapa dramática que ha abierto el "siglo breve" en un área del mundo que habría sido el escenario de la más clamorosa perversión que surgió de un sistema liberal-democrático. Para recordarlo es de extremo interés: Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, spec. 27 ss.

6 Tal tensión recorre la obra entera, de la que constituye el hilo conductor. En el prefacio, el autor evidencia el intento "sistemático" del trabajo, que no quiere dirigirse a la aplicación del método de la glosa o del comentario. Y, en referencia a las contemporáneas obras dedicadas a la Constitución de Weimar, denuncia, por lo demás, el error de identificar la Constitución, en su integridad, con la



Aclaro, para evitar equívocos, que no sigo las teorías schmittianas de la democracia por aclamación. Tengo, sin embargo, gran aprecio por cómo el pensador renano hace evidente la relación contrapuesta entre la democracia y el Estado de Derecho, hasta el punto de colocarla en el centro de su construcción teórica.

Estoy de hecho convencido de que es bueno distinguir, para el análisis, estos dos elementos, entre los cuales subsiste una tensión que podríamos definir como dramática. Una tensión que no pertenece solo al mundo de los conceptos. También pertenece al mundo real.

Muchos Estados contemporáneos –como no se cansa de recordar desde hace años Fareed Zakaria<sup>7</sup>– se pueden calificar de democráticos desde el momento en que en ellos están presentes las elecciones libres, el pluralismo de partidos y la esencial garantía de los derechos políticos. En su mayoría, sin embargo, no son Estados de democracia liberal, dado que no dotan de las garantías adecuadas a los derechos fundamentales. Para darse cuenta de la difusión del fenómeno, es suficiente llamar la atención sobre las recientes involuciones que se están sucediendo en Estados pertenecientes a la Unión Europea como Hungría y Polonia, en los cuales se mantienen las instituciones democráticas, pero se ponen en duda, cada vez más, las garantías del Estado de Derecho, con el consecuente alejamiento del modelo de democracia liberal<sup>8</sup>.

parte dedicada al Estado burgués de Derecho, sin considerar que tal parte no es exclusiva, pero coexiste con la parte propiamente "política" de la disciplina constitucional (Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., XI, XII). Para el intento de representar las tensiones con las que se entrelazan la liberal-democracia, vid. en la literatura constitucional italiana: D'Atena, "Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali", en *Dir. e soc.*, 1996, así como en D'Atena, Lanzillotta (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma, 1998 (de las que se extraen las citas); análogamente: Gemma, "Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici", en *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, II, Milano, 2015, 1260 ss.

7 Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", en *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, 22 ss.; Id., *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York-London, 2007.

8 Sobre el caso húngaro, sintéticamente: Urbinati, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, 2013. Para una actualización del caso polaco, con referencia a la aplicación del art. 7 TUE y a las otras medidas realizadas por la Comisión europea: véase el comunicado de prensa de la misma Comisión con fecha de 20 de diciembre de 2017: *Rule of Law: European Commission acts to defend the judicial independence in Poland* ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-5367\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm)), el cual da noticia de que, después de casi dos años de intentos vanos de diálogo constructivo con las autoridades polacas, la Comisión, temiendo serios riesgos de ruptura del Estado de Derecho en Polonia, ha propuesto al Consejo de activar el procedimiento del art. 7.1 TUE y ha decidido de llevar el caso al Tribunal de Justicia, al tiempo que ha enviado a Polonia una ulterior recomendación (la cuarta), con indicación de los pasos necesarios para poner remedio a la situación creada.

La conclusión de Zakaria es inquietante: la democracia no es en sí misma positiva. De hecho, sin constitucionalismo liberal, no es que sea simplemente inadecuada, es que es peligrosa, pues lleva consigo, además de la erosión de la libertad, el abuso del poder, las divisiones étnicas, el nacionalismo e incluso la guerra<sup>9</sup>.

Su tensión con el Estado de Derecho no puede, por tanto, negarse. Más aún, como veremos, ni siquiera puede ser neutralizada.

## II. UNA TENSIÓN QUE NO PUEDE SER NEGADA: LA SUGERENCIA SEÑALADA POR STUART MILL

En cuanto a la negación del Estado de Derecho, conviene defenderse de la insidiosa idea, señalada en 1859 por John Stuart Mill, en su fundamental *On Liberty*: La oposición entre la autoridad y la libertad subsistiría en los Estados autoritarios, pero no en las democracias. En estas últimas, de hecho, la circunstancia de que los límites a la libertad sean decididos por asambleas representativas eliminaría en la decisión su carga potencialmente lesiva<sup>10</sup>. En el fondo se trata de la misma lógica que se encuentra en el principio de *no taxation without representation*, cuyo fundamento radica en que a través de la asamblea representativa, es la comunidad por ella representada la que decide, con la consiguiente transfiguración de la imposición tributaria, que asumiría los caracteres de una autoimposición. Consideraciones similares se podrían hacer para los límites impuestos a las libertades mediante ley. No es casualidad, por otra parte, que los campos en los que destaca la aplicación de la reserva de ley sean la materia tributaria y la regulación de las libertades.

9 Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 35, 42. En nuestro congreso, se ha hecho intérprete de un análogo punto de vista Gladio Gemma, cuando ha subrayado que la democracia no es un fin sino un medio.

10 Stuart Mill, *On Liberty* (1859), London, 1864 (que puede leerse también en la edición italiana editada por G. Giorello e M. Mondadori: Stuart Mill, *Saggio sulla libertà*, trad. Magistretti, Milano, 2014). De la Introducción (pp. 8 ss.), se extraen los pasajes que siguen: "*As the struggle proceeded for making the ruling power emanate from the periodical choice of the ruled, some persons began to think that too much importance had been attached to the limitation of the power itself. That (it might seem) was a resource against rulers whose interests were habitually opposed to those of the people. What was now wanted was, that the rulers should be identified with the people; that their interest and will should be the interest and will of the nation. The nation did not need to be protected against its own will. There was no fear of its tyrannizing over itself. Let the rulers be effectually responsible to it, promptly removable by it, and it could afford to trust them with power of which it could itself dictate the use to be made. Their power was but the nation's own power, concentrated, and in a form convenient for exercise*".

Al respecto, no me parece fuera de lugar recordar una experiencia personal. Con ocasión de una lección sobre el Estado de Derecho que dicté ante procuradores de la República china, pude constatar que mis interlocutores no alcanzaban lógicamente a concebir la categoría de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón, me objetaban, intereses de los individuos o de los grupos minoritarios deben dotarse de resistencia frente al poder del Estado, que representa a todos los ciudadanos?<sup>11</sup>

La objeción se funda sobre una tremenda simplificación. De hecho, –como ya subrayaba Stuart Mill cuando denunciaba lo erróneo de la expresión *self-government* del pueblo– la pretendida voluntad del pueblo no es más que la voluntad de la mayoría<sup>12</sup>. Esto significa que, en los sistemas democráticos, las garantías se colocan en contra de las mayorías políticas expresadas democráticamente por el cuerpo electoral: la tiranía de la mayoría no es más leve que la del autócrata<sup>13</sup>.

11 No escapa, además, que, en ese caso, la dificultad de reconocer la categoría de los derechos de libertad no fundaba sus raíces sólo en la argumentación apenas referida, sino también en razones más profundas, de orden cultural, unidas al hecho de que en el área del mundo de donde provenían mis interlocutores no ha hecho sentir históricamente su propia influencia el recorrido del que se ha impregnado la civilización europea: el camino que, desde la Grecia clásica y a través de la tradición judeocristiana, el derecho romano, la ilustración y el constitucionalismo ha llevado a la afirmación de la concepción del ser humano –o bien podría decirse häberlianamente del *Menschenbild* (Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, IV ed., Berlin, 2008)– que está en la base de nuestras Cartas constitucionales (al respecto, con referencia a las Constituciones asiáticas: Starck, "Le radici comuni dell'Europa e la loro importanza per l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea", en D'Atena, Grossi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 3 ss., 12).

12 Stuart Mill, *On Liberty*, cit., 12: "It was now perceived that such phrases as *self-government*, and the power of the people over themselves," do not express the true state of the case. The people "who exercise the power, are not always the same people with those over whom it is exercised, and the *self-government*" spoken of, is not the government of each by himself, but of each by all the rest. The will of the people, moreover, practically means, the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority [...] The limitation, therefore, of the power of government over individuals, loses none of its importance when the holders of power are regularly accountable to the community, that is, to the strongest party therein".

13 Se trata de una certeza que desde sus inicios recorre el pensamiento liberal. Llamemos la atención sobre dos ejemplos: la famosa carta de Jefferson a Madison con fecha de 5 de marzo de 1789 ("La tiranía de los legisladores es el temor más formidable del presente, y lo será por muchos años"); y el capítulo VII de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), XII ed., Paris, 2012, que puede leerse también en la edición italiana a cargo de G. Candeloro: *La democrazia in America*, Milano, 1982 ("Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité

Antes de cerrar este punto, resulta útil subrayar el peligro de la sugerencia señalada por Stuart Mill, puesto que contribuye a que pasen inadvertidas, en forma de anestésico social, las derivas iliberales de las que pueden ser víctimas los Estados liberales-democráticos<sup>14</sup>.

### III. UNA VISIÓN QUE NO PUEDE SER NEUTRALIZADA: LA LECTURA EN CLAVE EXCLUSIVAMENTE ORGANIZATIVA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y LA CONFIGURACIÓN DE ESTOS ÚLTIMOS COMO DERECHOS FUNCIONALES

Pero ni siquiera logran neutralizar la tensión entre democracia y derechos fundamentales, aquellas concepciones, que sin buscar necesariamente ese resultado, lo producen objetivamente.

Un buen ejemplo en ese sentido es la idea expresada por Hans Kelsen según la cual, con la llegada de las Constituciones rígidas, la exigencia de garantía se habría trasladado –podría decirse con terminología no kelseniana– del Estado-comunidad al Estado-persona. Esa exigencia no sería sustituida por individuos o grupos distintos del aparato estatal, sino que se referiría a las minorías parlamentarias, las cuales, a través de la mayoría cualificada que normalmente se requiere para modificar la Constitución, participan en el procedimiento de reforma constitucional<sup>15</sup>.

*d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. [...] Ce que je reproche le plus au gouvernement démocratique, tel qu'on organisé aux Etats-Unis, ce n'est pas [...] sa faiblesse, mais au contraire sa force irrésistible. Et ce que me répugne le plus en Amérique [...] c'est le peu de garantie qu'on y trouve contre la tyrannie*". En la misma línea, obviamente: Stuart Mill, *On Liberty*, cit., 13 s. : "the tyranny of the majority" is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard. [...] Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough; there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own. There is a limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence; and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism".

14 Para una visión del tema: Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 42.

15 Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, que puede leerse en la traducción italiana publicada por Il Mulino (de la que son las citas): *Essenza e valore della democrazia*, en Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, III ed., Bologna 1970, 62 s.

Se trata –como se ve– de una explicación por entero referida al Estado-persona y coherente con la configuración kelseniana de la Constitución como conjunto de las normas sobre la producción de normas generales<sup>16</sup>. Según Kelsen, de hecho, incluso las normas sobre las libertades serían normas sobre la producción, con la función de limitar negativamente al poder legislativo<sup>17</sup>. Conclusión ésta –puede observarse– que presenta puntos de contacto nada despreciables con la doctrina, que en Alemania ha gozado de predicamento entre el último cuarto del siglo XIX y el inicio del siglo XX, según la cual el derecho fundamental constituiría una especie de ilusión óptica: el efecto indirecto, o reflejo, de límites que el Estado se pone a sí mismo<sup>18</sup>.

16 Kelsen, *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Herausgegeben von M. Jestaedt*, Tübingen-Wien, 2017, 399 s. (que puede leerse también en traducción italiana: Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Estudio introductorio y traducción de Mario G. Losano, Torino, 1966); Id., *The General Theory of Law e State*, Cambridge USA 1945, aquí citado en la traducción italiana de Sergio Cotta y Giuseppe Treves: Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, IV ed., Ivrea, 1963, 126 ss.

17 Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 266 s., así como, sobre todo, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., 260 s., donde, a propósito de los "llamados [*sic*] derechos fundamentales o de libertad", se lee: "estas garantías constitucionales no constituyen en sí derechos subjetivos, ni derechos reflejos, ni derechos subjetivos privados en sentido técnico. Estas se configuran como prohibiciones de vulnerar – y ello implica eliminar o limitar – a través de las leyes (o reglamentos equiparados) la igualdad o la libertad garantizadas. [...] Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y de las libertades consisten en disposiciones de la Constitución mediante las cuales se determina de manera negativa el contenido de las leyes y se prevé un procedimiento mediante el cual las leyes que no se corresponden con estas disposiciones pueden anularse". Para una magistral crítica: Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. I. Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 97 s.

18 Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden, 1880 (que puede leerse en la traducción italiana de P. L. Lucchini: Gerber, *Diritto pubblico*, Milano, 1971, 120 ss.). Véase la formulación de Paul Laband (Laband, *Reichsstaatsrecht*, VI ed., Tübingen, 1912, 46, nt. 11), que se puede traducir así: "los llamados derechos de libertad o derechos fundamentales no son derechos en sentido subjetivo, sino normas para el poder del Estado, que éste se da a sí mismo; estos constituyen límites para los poderes de las autoridades públicas; aseguran al individuo su natural libertad de movimiento dentro de determinados límites; pero no fundan derechos subjetivos del ciudadano porque no tienen objeto. Son sólo negaciones de límites a la libertad". En la doctrina italiana, la cuestión es abordada, de manera amplia y profunda, por Pierfrancesco Grossi (Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II edizione ampliata, Torino, 1991, 135 ss.).

Si se razona en esta clave, el problema de la libertad viene construido como un problema de organización dejando completamente a la sombra la alteridad del individuo (o del grupo minoritario respecto del Estado)<sup>19</sup>.

Otro camino que lleva a la neutralización de la tensión dialéctica la esfera de la democracia y la de la libertad viene representado por la opinión eficazmente elaborada por Carlo Esposito en su *prolusione romana* de 1957, según la cual algunas libertades (como reunión, asociación y manifestación del pensamiento) encontrarían en la democracia su exclusiva razón justificadora. Serían derechos funcionales, instrumentales respecto de la democracia. Y, por tanto, como aclaraba Esposito, limitables en nombre de esta<sup>20</sup>. De tal modo, además, —como posteriormente ha manifestado Ernst-Wolfgang Böckenförde— se garantizaría la vertiente positiva de la libertad, pero no la libertad negativa, cuya funcionalidad en el proceso democrático sería difícilmente demostrable<sup>21</sup>.

Esposito subrayaba que esta configuración era válida en otros ordenamientos. El ejemplo que adujo fue el del coetáneo Ordenamiento soviético, por efecto de la Constitución de 1936, que condicionaba alguna de estas libertades (expresión, prensa, reunión, manifestación) al "reforzamiento" y al "desarrollo" del "Ordenamiento socialista"<sup>22</sup>. De esta manera, por tanto, la garantía valía solo respecto a los actos de ejercicio de esas libertades, siempre que no pusieran en peligro las "líneas generales más o menos rígidas y autoritariamente prefijadas", retomando las palabras de Esposito<sup>23</sup>. Ello tenía como consecuencia la condena a la clandestinidad del pensamiento heterodoxo, como aprendimos en los años 60 del pasado siglo, cuando comenzaron a circular en Italia las primeras traducciones de Solgenitsin y de Sacharov, al *Sami-zdat* y al *Gulag*.

19 Explícitamente, en este sentido, Kelsen, *Essenza e valore*, cit., 11 ss., que habla de la metamorfosis del concepto de libertad, "el cual, de la idea de una libertad del individuo del dominio del Estado, se transforma en participación del individuo en el poder del Estado".

20 Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957), ahora en *Diritto costituzionale vivente*, con presentación de Damiano Nocilla, Milano, 1992, 109 ss.

21 Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, 1535. Adde Stern, "Riflessioni sull'interpretazione dei diritti fondamentali", en *Dir. soc.*, 1995, 235 s. Para la crítica a la categoría de las libertades negativas: Pace, "Libertà e diritti di libertà", en *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 997 ss.

22 La fórmula ha sido recogida del artículo 50 de la Constitución soviética de 1977.

23 Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 118. La relación entre las concepciones funcionalistas de la libertad y la teoría social-comunista de los derechos fundamentales se evidencia también por parte de Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., 1535.

Debo a la reciente lectura de un interesante libro de Gianni Ferrara<sup>24</sup> una información que me había pasado desapercibida. Me refiero al hecho de que en la Asamblea constituyente Palmiro Togliatti propuso introducir una cláusula de condicionamiento de los derechos, parcialmente basada en la formulación soviética. En ella, sin embargo, la referencia era al reforzamiento y al desarrollo del régimen democrático, no del Ordenamiento socialista. Con ello se depuraba la fórmula de su valor ideológico, pero no quizá de su idoneidad para funcionalizar los derechos a los que se refería<sup>25</sup>.

No ha sido ésta, sin embargo, la opción escogida por la Asamblea constituyente, a la cual se le debe la creación de los derechos individuales reconocidos al individuo –siguiendo a Esposito– no en su cualidad de miembro de la comunidad sino para la satisfacción egoísta de necesidades individuales<sup>26</sup>.

Es claro que las libertades de este tipo representan un hábitat particularmente favorable para la democracia<sup>27</sup>, pero esto no impide que los derechos queden subordinados a ella, quedando excluida en cualquier caso una subordinación jerárquica<sup>28</sup>.

24 Ferrara, *I comunisti italiani e la democrazia*, Roma, 2017, 75 ss.

25 Sobre el debate en la Asamblea constituyente con referencia a las propuestas dirigidas a construir condicionadamente la libertad de expresión o la generalidad de los derechos de libertad, cfr. Atripaldi, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in Assemblea costituente*, Napoli, 1979, 35; Elia, "Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana", in AA.VV., *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Bologna, 1981, 52 ss.

26 Esposito, *La libertà di manifestazione*, cit., 118. Sobre la distinción entre las "libertades" tendencialmente ilimitadas y los derechos que corresponden al ciudadano en su cualidad de miembro de la comunidad estatal (los derechos "democráticos"), v.: Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., 168 ss. Sobre la posición a propósito de ambos autores, con profundidad: Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, II ed. (1990), rist., Padova, 2003, respectivamente, 83 ss., 88 ss. Para clarificar que a los derechos de libertad se les pueden imponer límites modales o de contenido, pero no límites finalistas, v. aún Pace, *Problematica*, cit., 118 ss., donde también puede leerse un elenco de los derechos de libertad reconocidos por la Constitución italiana. Para ulteriores cuestiones en torno a la inexistencia de libertades "funcionales", v. aún Pace, *Libertà e diritti di libertà*, cit., 1007 y allí nt. 144.

27 El tema está particularmente desarrollado por Salerno, *Le garanzie della democrazia*, Conferencia en el congreso AIC "Democracia, hoy", Modena, 10-11 de noviembre de 2017, versión preliminar, 22 ss.

28 Así, valorizando la opción "liberal" adoptada por la Constitución italiana: Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 177 ss., excluyendo que los límites a la libertad de manifestación del pensamiento puedan deducirse de la obligación de fidelidad a la República y de la tutela del orden público constitucional. Diferente, como es sabido, es la opción de la Ley Fundamental alemana, la cual, en reacción a la debilidad de la Constitución de Weimar, que se demostró trágicamente inerte



#### IV. EL ESTADO DE DERECHO Y LA LÓGICA DE LA SEPARACIÓN: LA DIMENSIÓN HORIZONTAL Y LA DIMENSIÓN VERTICAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN SENTIDO SUBJETIVO

Históricamente, la reconciliación entre estas dos exigencias contrapuestas y conflictivas se ha asegurado por la inclusión de ambas dentro del marco general del Estado de Derecho, el cual está informado por una lógica opuesta a la que obedece la democracia.

La democracia tiende a la concentración del poder y a la simplificación de los circuitos decisionales<sup>29</sup>, para que así fluya la voluntad popular, sin interrupciones, tripas o vasos obstruidos (siguiendo las palabras del Hon. Laconi en la Asamblea constituyente<sup>30</sup>) desde el pueblo hasta la asamblea representativa.

El Estado de Derecho responde a la lógica de la separación, idea según la cual el poder, cuanto más dividido, cuanto más descompuesto, menos peligroso. En virtud de esta postura, cabe, un paradigma que aplica esta lógica en todas sus posibles declinaciones: separación en sentido subjetivo, que puede operar en términos tanto

frente a los enemigos de la democracia liberal, ha diseñado un sistema de democracia que se defiende (*wehrhafte Demokratie*), previendo la suspensión de los derechos fundamentales para quien abuse de ellos en su lucha contra el orden liberal democrático (art. 18), y dotando expresamente al Tribunal constitucional federal del poder de declarar, además de la suspensión mencionada, la inconstitucionalidad de los partidos políticos que persigan el mismo objetivo o pongan en peligro la existencia de la República federal (art. 21.2). De ahí, la opinión de que en el Ordenamiento alemán el principio democrático constituye un límite inmanente al ejercicio de las libertades: Böckenförde, *Grundrechtstheori* e, cit., 1538. V., por otro lado, para el redimensionamiento de la eficacia de la primera de las dos disposiciones constitucionales apenas citadas, en tanto que (considerada) provista de un valor eminentemente simbólico: Brenner, en Mangoldt, Klein, Starck (coord.), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, IV ed., vol. I, München, 1999, *sub Art. 18*, 2131 ss. (que habla de una relativa insignificancia del dispositivo por ella previsto). Sobre la segunda, por todos: Streinz, en Mangoldt, Klein, Starck (coord.), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, IV ed., vol. II, München, 2000, *sub Art.20*, 394 ss. Sobre el debate que se produjo en Italia al final de la II guerra mundial en torno a la oportunidad de intervenir representativamente sobre los partidos y los grupos liberticidas, que ha visto la contraposición entre la posición de Benedetto Croce y la de Luigi Einaudi: Salerno, *Le garanzie della democrazia*, cit., 14, el cual se detiene también sobre la falta, en el ordenamiento constitucional italiano, de instrumentos de defensa de la democracia análogos a los previstos en otros Estados europeos (p. 16).

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 30.

<sup>30</sup> Intervención del 5 de marzo de 1947, durante la discusión general del Proyecto de Constitución de la República.



horizontales como verticales, componiendo así una separación en sentido objetivo-funcional.

La declinación horizontal de la separación en sentido subjetivo encuentra su expresión en el principio organizativo de la división de poderes, cuyo presupuesto está constituido por la distinción, dentro de la organización estatal, de un circuito unido a la representación y, por tanto, a la responsabilidad política general, y de otro circuito que encuentra en la imparcialidad su propio y fundamental *ubi consistam*<sup>31</sup>. La composición de los órganos comprendidos en el primer circuito es directa o indirectamente reconducible a una elección popular; los órganos y los cargos que pertenecen al segundo circuito se componen y eligen de un modo selectivo dirigido a comprobar la competencia técnica requerida por la función y a colocar a los elegidos en una posición de imparcialidad.

Pasando a la formulación vertical de la separación de los poderes, puede sobre todo, notarse que, singularmente, a diferencia de Alemania, en la reflexión constitucional italiana, si se prescinde de una feliz excepción de un libro de 1980 de Aldo Bardusco<sup>32</sup>, su valor de garantía ha resultado algo descuidada.

Tal valor es, sin embargo, incontestable. La separación vertical de poderes representa, de hecho, una garantía para las mayorías políticas territoriales diversas de la mayoría política nacional, en cuanto que sus órganos ostentan competencia sobre las decisiones que de forma directa afectan a las colectividades a las que se dirige su acción (y frente a las cuales responden de acuerdo con los resultados electorales obtenidos)<sup>33</sup>.

La subsistencia de este valor garantista es confirmada por la aversión de los sistemas autoritarios o totalitarios a las formas de descentralización política de base territorial, típicas de los ordenamientos de tipo federal o regional.

Es conocido, por ejemplo, que uno de los primeros pasos de la estrategia de Adolf Hitler consistió en la supresión, después de un año de la *Machtergreifung*, de la implementación federal, prevista en la Constitución bismarckiana de 1871 y confirmada por la Constitución de Weimar de 1919<sup>34</sup>.

31 D'Atena, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, cit., 94 ss.

32 Bardusco, *Lo Stato regionale italiano*, Milano, 1980.

33 Sobre este tema: D'Atena, "Dimensioni e problemi della sussidiarietà", en De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, 38.

34 El proceso se inició con la ley de 30 de enero de 1934 (*Neuaufbau-Gesetz*), la cual eliminó las representaciones populares de los *Länder* (art. 1), transfirió al *Reich* sus llamados derechos de soberanía (*Hoheitsrechte*) (art. 2) y subordinó jerárquicamente sus Gobiernos al central (art. 3). El último residuo de estructura federal –el *Reichsrat*– se suprimió 15 días después, con la ley de 14 de febrero de 1934 (*Gesetz über die Aufhebung des Reichsrats*).

En época más reciente, una dinámica análoga se ha desarrollado en Rusia, a partir del nuevo siglo, mediante el desmantelamiento de una arquitectura regional de trazas casi federales y la subordinación de los órganos de gobierno de las entidades subestatales al poder central<sup>35</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la destitución de los Gobernadores regionales por la Cámara alta de la Asamblea federal, o en la práctica, largamente aplicada, de la revocación de los mismos Gobernadores por parte del poder central, incluso en su forma eufemística de aceptación de las dimisiones<sup>36</sup>. Considérese, por ejemplo, que en septiembre de 2017, con dos días de diferencia, fueron cesados dos Gobernadores por esta vía<sup>37</sup>.

## V. LA DESCOMPOSICIÓN DEL PODER EN FUNCIONES Y LA DISTINCIÓN ENTRE EL GENERAL Y ABSTRACTO DISPONER Y EL INDIVIDUAL Y CONCRETO PROVEER

Como se anticipó, la otra técnica de separación tiene por objeto el poder en sentido objetivo, cuya descomposición en funciones<sup>38</sup>, priva al acto legislativo de la omnipotencia ilustrada por Carl Schmitt con referencia a los sistemas de democracia absoluta, en los cuales la ley lo puede todo: puede ser norma, acto administrativo, decisión jurisdiccional<sup>39</sup>. En el marco del Estado de Derecho, como el mismo Schmitt clarifica, la ley tiende a hacerse norma, diferenciándose de los actos de ejercicio de las otras funciones públicas<sup>40</sup>.

La clave de bóveda de esta diferenciación está constituida por una distinción fundamental, debida a Vezio Crisafulli: la distinción entre la disposición general y abstracta, y la provisión individual y concreta<sup>41</sup>.

Tal distinción está en la base de toda la arquitectura constitucional: lo general y lo abstracto es prerrogativa de la política, del circuito unido a la representación

35 Cfr. el apartado intitulado "Russia Redux", de Zakaria, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, cit.

36 Zubarevich, "The Fall of Russia's Regional Governors", en *The Moscow Times*, 17.9.2017.

37 Zelensky (trad. Rothrock), "Putin is firing a whole Bunch of Governors again. Why does this keep happening?," en *Meduza*, 27.9.2017.

38 Sobre las posibles declinaciones del término *vid* en la prospectiva de la teoría general y con específica referencia a la disciplina regulada en la Constitución italiana: Modugno, "Funzione", en *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss., 306 ss.

39 Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 198 ss., 340.

40 Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 198.

41 V, spec.: Crisafulli, "Atto normativo", en *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 255; Id., "Fonti del diritto", en *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 926 ss., 949.

política y a la mediación de los partidos políticos; lo individual y lo concreto, en contra, se asigna a órganos imparciales, desconectados del circuito de la representación política<sup>42</sup>. Y todo el conjunto, bajo la égida del principio de legalidad en sentido sustancial<sup>43</sup>, que une estos planos de la acción pública, y con el sello de la tutela jurisdiccional frente a los actos que la violen, la cual completa el modelo del Estado de Derecho<sup>44</sup>.

## VI. LA TENSION ENTRE DEMOCRACIA Y PLURALISMO. EL IMPACTO DE LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL

Es menester en este punto llamar la atención sobre otra tensión que afecta a la democracia. Me refiero a la relación dialéctica que la democracia mantiene con el pluralismo político, asumido por muchas constituciones contemporáneas. Se trata de una postura pluralista que no se confía exclusivamente a entes estructuralmente homogéneos, como los entes territoriales, todos unidos al circuito de la representación política general y dotados de órganos de gobierno elegidos de modo directo por el cuerpo electoral general o por fracciones del mismo (con la reciente, discutible excepción, en Italia, de las provincias<sup>45</sup>).

El pluralismo entra en tensión con la democracia debido a la presencia y a la garantía de grupos heterogéneos, emanados de la sociedad civil, que constituyen –si se puede decir así– otros tantos trozos de sociedad civil. Piénsese en los poderes que la Constitución italiana reconoce a las confesiones religiosas distintas de la Católica, en las prerrogativas de la familia, en la autonomía organizativa de los partidos y sindicatos, en el reconocimiento, con extrema amplitud, de la libertad de asociación (y en la consecuente garantía de las formaciones a las que da vida),

42 Sobre la relación entre la separación de los aparatos y la de las funciones, v., con referencia específica a la relación entre la generalidad de la ley y la separación entre función legislativa y la función jurisdiccional: Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario* (1957), trad. al italiano de Savini, *Introduzione* de Matteucci, Bologna, 1973, 42.

43 Sobre cuya relación con el "justo proceso": Crisafulli, "Principio di legalità e «giusto procedimento»", en *Giur. cost.*, 1962, 133.

44 Para una eficaz síntesis del modelo en perspectiva comparada: Starck, "Droits fondamentaux, État de droit et principe démocratique en tant que fondements de la procédure administrative contentieuse", en *La procédure des actes administratifs* (fasc. spec. De la *Revue Européenne de droit public*, 1993), 31 ss.

45 Para abordar la cuestión de manera sintética: D'Atena, *Diritto regionale*, III ed., Torino, 2017, 78 ss.

en el derecho de darse ordenamientos autónomos, reconocido a las universidades y a las instituciones de alta cultura del último apartado del art. 33 de la Constitución italiana. Y bien, respecto de todos los ámbitos regidos por tales entidades, el poder político debe retraerse, teniendo que respetar los espacios de autonomía que se les ha garantizado<sup>46</sup>.

Esta posición pluralista ha recibido un espaldarazo como consecuencia de la introducción en la Constitución, mediante la l. cost. 3/2001, del principio de subsidiariedad horizontal<sup>47</sup>. Este no nos coloca sólo frente a la alternativa público-sí / público-no, sino que pone sobre la mesa también otra cuestión, que podríamos expresar con la fórmula de público-cómo<sup>48</sup>.

A este propósito, son ilustrativas las reflexiones que se han realizado en Europa con referencia a la subsidiariedad vertical. En la experiencia comunitaria, del vínculo entre el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad, se deduce la exigencia de que los instrumentos de intervención se gradúen, admitiéndose el recurso a instrumentos más intrusivos, sólo si y en tanto, los instrumentos más *soft* se revelen inadecuados<sup>49</sup>. Donde, la afirmación de un modelo operativo, por fuerza del cual se recurre a la directiva, cuando la recomendación es insuficiente, y al reglamento, cuando los recursos de la directiva no estén en condiciones de lograr el objetivo de la acción perseguida.

Y bien, hace tiempo que estoy convencido de que el principio de subsidiariedad horizontal evoca una exigencia similar de graduación, aunque, en este caso, más que

46 Permítase la remisión a D'Atena, *La parabola istituzionale delle Camere di commercio e le tensioni del pluralismo*, ahora en Id., *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Torino, 2016, 253 ss.

47 Art. 118,4 CI.

48 D'Atena, "La sussidiarietà: tra valori e regole", en AA.VV., *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Padova, 2005, así como en D'Atena, *Le Regioni dopo il big bang. Il viaggio continua*, cit., 257 ss.

49 En doctrina, entre los primeros, Erasmy, Stüllvald, *Zur Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips*, en *Arbeitgeber*, 1994, 127 ss., así como Merten, *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, en Merten (coord.), *Die Subsidiarität Europas*, Berlin, 1993, 78 ss.; Möschel, *Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, in *NJW*, 1993, 3026 s.; Goppel, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips. Der Beitrag Bayerns zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips in der EG*, en *EuZW*, 1993, 367 ss.; Bruha, *Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, en Riklin, Batliner (coord.), *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Vaduz, 1994, 398 ss.; Palacio González, "The Principle of Subsidiarity", en *Eur. Law Review*, 1995, 359 s. Sobre la relación entre subsidiariedad y proporcionalidad: Cicerello, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1999, 182 ss., spec. 184 ss.

de graduación de los actos, debe hablarse de graduación de los actores<sup>50</sup>. Y es con esta óptica desde la que se ha de considerar la cuestión expresada con la fórmula "público-cómo". Conviene entender, de hecho, que cuando actividades de interés general necesiten recurrir al instrumental iuspublicista, la estructura administrativa que se prefiere es aquella, no sólo territorialmente sino también funcionalmente más cercana<sup>51</sup> a sectores de la sociedad a los que se dirige. Lo que significa que, allí donde esos sectores encuentren su proyección institucional en entes dotados de autonomía funcional, la exigencia de graduación que hemos mencionado exija que se prefieran estos a los entes gobernados por órganos emanados del cuerpo electoral general o por fracciones del cuerpo electoral general, como los entes territoriales. De ahí, por ejemplo, la consecuencia de que por efecto del principio de subsidiariedad horizontal, la llevanza del registro de las empresas se encargue a las Cámaras de comercio (representantes del mundo empresarial), en vez de a los Ayuntamientos y/o a las Provincias en las que las empresas mismas tienen la sede<sup>52</sup>.

En este ámbito la tensión entre democracia y pluralismo tiene un fuerte valor práctico, desde el momento en que las instituciones que pertenecen al circuito de la representación política manifiestan la recurrente tendencia a sustraer espacio a las autonomías funcionales, cuando no a liquidarlas. Piénsese, por ejemplo, en el decreto 616 de 1977, que tendía a negar la autonomía que correspondía a los "otros entes locales" (por usar la terminología empleada por la disciplina constitucional de la época), tratándolos como entidades dependientes de las Regiones y trasladando competencias de ellas a los entes territoriales<sup>53</sup>.

El fenómeno ha llamado la atención de la Corte constitucional que se ha ocupado de ello en varias ocasiones. En la jurisprudencia posterior a la constitucionalización del principio de subsidiariedad horizontal, se señala en particular, la sentencia 301 del 2003, que ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que prevía, en los órganos de dirección de las fundaciones bancarias, "una prevalente y cualificada representación de los entes distintos del Estado del art. 114 de la Constitución, en cambio –en tanto la Corte no ha dejado de clarificar– "una prevalente y cualificada representación de los entes, públicos y privados, expresivos de las realidades locales".

50 D'Atena, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, cit., 257 ss.

51 Por retomar la feliz fórmula usada en la primera ley Bassanini (art. 4,3, a, l. n. 59/1997).

52 D'Atena, *La sussidiarietà: tra valori e regole*, cit., 258.

53 D'Atena, *La parabola istituzionale delle Camere di commercio e le tensioni del pluralismo*, cit., 254.

## VII. LOS RECURSOS DE LA RED Y EL DILEMA ENTRE DEMOCRACIA DIRECTA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

El desafío más inquietante ante el que se encuentra hoy la democracia lo constituye el difuso descrédito del que son objeto las instituciones representativas, la desconfianza del parlamentarismo, o el rechazo a la mediación de los partidos políticos<sup>54</sup>. Se habla, al respecto, de un sentimiento antipolítico difuso, que tiene motivos múltiples y convergentes: desde un abstencionismo electoral que ha superado el nivel de alarma, hasta la atrofia de la dimensión asociativa de los partidos (atestiguado por el colapso vertical de las afiliaciones) o al repudio de la misma palabra partido por parte de asociaciones políticas, pese a que participan institucionalmente en las elecciones (y no ocasionalmente, como las agrupaciones de electores), y, por tanto, desde un punto de vista técnico deben ser consideradas partidos políticos<sup>55</sup>.

Sentimientos colectivos de esta naturaleza no son nuevos en la historia del constitucionalismo. Basta pensar en el papel que estos han jugado en el colapso de la Constitución de la República de Weimar<sup>56</sup>.

Lo que hoy es novedoso es el contexto tecnológico: la existencia de medios de comunicación de masa, que hacen real lo que en tiempos de Schmitt podía ser considerado una hipótesis (y casi una profecía)<sup>57</sup>.

Me refiero a este pasaje de la "Teoría de la Constitución":

"podría imaginarse que un día, por medio de ingeniosas invenciones, cada hombre aislado, sin salir de su habitación, con un aparato pueda continuamente expresar

54 Sobre ese escenario, por todos: Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, trad. de Bresolin, Roma, 2017.

55 V., de hecho: Scuto, "Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica", en Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, en *Federalismi.it*, número especial 1/2017. Manetti habla al respecto de "partidos no partidos" (Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, Conferencia al Congreso AIC "Democracia, hoy", Modena, 10-11 novembre 2017, texto provisional, 7).

56 Al respecto, por todos: Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München, 1978.

57 Para una visión general: Grossman, *The Electronic Republic. Reshaping Democracy in the Information Age*, New York 1995. A propósito del impacto de internet en las dinámicas electorales, véase el estudio empírico comparado de Vaccari, *La politica online. Internet, partiti e cittadini nelle democrazie occidentali*, Bologna, 2012.

sus opiniones sobre cuestiones políticas y que todas estas opiniones vengan automáticamente registradas por una centralita, donde sólo se les de lectura<sup>58</sup>".

Pues bien, hoy cada uno de nosotros dispone de un ejemplar de las ingeniosas invenciones de las que hablaba Carl Schmitt.

Esta circunstancia da una nueva actualidad a un dilema que hasta hace pocos años podía considerarse superado: el dilema entre la democracia directa y la democracia representativa. Hoy, de hecho, es técnicamente posible que todos los electores puedan expresar en tiempo real su propio parecer sobre las cuestiones que se les propongan<sup>59</sup>.

Conviene, por tanto, preguntarse si la superación de las distancias físicas que prácticamente habían decretado la casi total desaparición de las, por otro lado, limitadísimas, formas de democracia directa que se han sucedido en la historia, hace pensable la progresiva superación de las instituciones de la representación.

Debo dejar claro con toda nitidez que a esta perspectiva se le oponen todas las razones que sostienen la prioridad axiológica de la democracia representativa respecto de la democracia directa<sup>60</sup>.

58 Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., 322.

59 La cuestión ha suscitado el interés de la doctrina italiana al menos de los años 80. V., ad es.: Nocilla, "Responsabilità e rappresentanza", en *Iustitia*, 1985, 394 ss.; Di Giovine, "Democrazia elettronica: alcune riflessioni" en *Dir. soc.*, 1995, 399 ss. (con amplias referencias); Fisichella, *Elezioni e democrazia: un'analisi comparata*, Bologna, 1982; Paladin, "La sovranità popolare nella democrazia degli antichi e in quella dei moderni", en D'Atena, Lanzillotta (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, cit., 147 ss.; Frosini, T. E., *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1987, 302 ss. No es casualidad que el interés por el tema haya crecido enormemente en los últimos tiempos, como da testimonio un reciente congreso, en el cual se ha examinado en modo muy articulado: Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, en *Federalismi.it*, cit. Sobre los perfiles técnicos de la cuestión ad es.: Hilbert, "The Maturing Concept of E-Democracy: From E-Voting and Online Consultations to Democratic Value Out of Jumbled Online Chatter", en *Journal of Information Technology & Politics*, Vol. 6, 2009, Issue 2, mientras que para la drástica redimensionalización de las expectativas de la *web democracy*: Hindman, *The Myth of Digital Democracy*, Princeton, 2009, así como en relación a los límites derivados de la accesibilidad a la red: Pitteri, *Democrazia elettronica*, Bari, 2007.

60 Cfr. Luciani, "Il referendum impossibile", en *Quad. cost.*, 1991, 513 ss., al cual se remite para otras referencias. Para la neta afirmación de la primacía de la democracia representativa: Böckenförde, "Democrazia e rappresentanza", en *Quad. cost.*, 1985, 234 ss. Para una reciente y amplia revisión del tema: Urbinati, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago, 2006, adde De Marco, "Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta", en Bilancia, P. (a cura di),

La primera razón fue subrayada por Max Weber al evidenciar la simplicidad que expresa la democracia directa, la cual, basándose en dos palabras – *Ja oder Nein*– no está en condiciones de conformar decisiones complejas<sup>61</sup> (Weber evidenciaba, por ejemplo, la imposibilidad de aprobar, con medios tan elementales, una ley presupuestaria<sup>62</sup>). Es verdad que los parlamentarios, cuando son llamados a expresar su voto, disponen del mismo, elementalísimo, vocabulario. Ellos, sin embargo, a través de la discusión y mediante la presentación de enmiendas pueden concurrir a la construcción del texto normativo<sup>63</sup>.

No se puede, además, olvidar que la responsabilidad política realiza la distinción entre quién responde y quién hace valer la responsabilidad. Por tanto, la responsabilidad sin instancias representativas, no existe, ya que sólo esas instancias hacen posible que el cuerpo electoral castigue a las mayorías políticas que no han satisfecho sus expectativas.

Frente a la democracia de la red, existe, en fin, otro aspecto particularmente inquietante. Conviene, en concreto, preguntarse quién gestiona y controla la red.

En el nuevo contexto tecnológico se refuerza un elemento mistificador que Böckenförde avisaba con referencia al referéndum, al que no lo consideraba una forma de democracia directa, debido a la estructura subyacente constituida por grupos que movilizan y dirigen la participación referendaria, orientando el resultado desde la misma formulación de las preguntas<sup>64</sup>.

*Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.; Castorina, "Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate", *ibidem*. Sobre el argumento, v. también con referencia a los perfiles metodológicos: Torre, "Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità", *ibidem*.

61 Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1918), en Id., *Gesammelte Schriften*, II ed., Tübingen, 1958, 370 ss.; Id., *Parlamentarisierung und Demokratisierung*, en Id., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921-22), V ed., Heidelberg, 2002.

62 Weber, *Parlament und Regierung*, cit.

63 Sobre este aspecto: Luciani, "Il referendum abrogativo", en *Commentario della Costituzione* Branca, Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, 116 ss.

64 Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza*, cit., 239, pero ya con referencias a la Constitución de Weimar, Kirchheimer, "Weimar – e cosa dopo? Analisi di una Costituzione", en Id., *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, (a cura di A Scalone), Modena, 2017, 65. En la literatura italiana, spec.: Luciani, *Il referendum abrogativo*, cit., 117 ss.. *Adde*: Gemma, *Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici*, 1287 ss. En general, sobre la cuestión de la relación entre referéndum y democracia directa: Luciani, *Il referendum abrogativo*, cit., 1 ss. *Adde*: Pizzetti, F. G., "L'Istituto referendario tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa. Brevi considerazioni e spunti di riflessione alla luce di recenti vicende italiane e britanniche", en Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.



Esto no significa que los instrumentos de participación popular mediante los recursos de la red no puedan concurrir a las dinámicas democráticas<sup>65</sup>. Piénsese, por ejemplo, que el proceso de elaboración del Tratado de Roma de 2004 –el tratado por el que se aprobaba una Constitución para Europa– contemplaba incluso la participación de los ciudadanos a través de un foro *on line*<sup>66</sup>.

Se trata, sin embargo, de instrumentos complementarios que no pueden tener la pretensión de suplantar los lugares de la representación<sup>67</sup>. Y no pueden siquiera pretender asignarles a estos últimos un papel auxiliar respecto de los *input* de la red. Pienso, por ejemplo, en la pretendida plusvalía de las propuestas legislativas elaboradas, sin ninguna transparencia, por una multiplicidad de sujetos anónimos e irresponsables conectados telemáticamente, las cuales deberían ser pura y simplemente traspuestas por los parlamentarios llamados a ejercitar la iniciativa legislativa.

## VIII. LA RED Y LA MANIPULACIÓN DEL CONSENSO

Hablando del impacto de la red sobre los procesos democráticos, se ha de abordar una última, delicadísima, cuestión. Me refiero a la posibilidad que ofrecen las nuevas tecnologías de la comunicación para la manipulación del consentimiento de los electores.

65 V., Coleman, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Cambridge-Malden, 2017, que evidencia las potencialidades de la red para la transparencia de los procesos decisionales. Sobre esta última línea, spec. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, cit.; adde Rivera, "Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo", en Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit. Sobre el tema relacionado con la llamada democracia participativa: Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010. A la luz de la experiencia alemana: Luther, "Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche", en Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

66 Sobre el significado de esta apertura del proceso: Cerulli Irelli, "The Issue of the Legal Nature of the Constitutional Treaty and the System of Sources", en Blanke, Mangiameli (a cura di), *Governing Europe under a Constitution*, Berlin-Heidelberg, 2006, 60 ss.

67 Sobre esta cuestión: Bifulco, "Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?," en Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., quien considera "profundamente errado" considerar que democracia participativa y la democracia deliberativa puedan ser sustitutivas de la democracia representativa. Con específica referencia a la democracia deliberativa: Bifulco, "Democrazia deliberativa e principio di realtà", en Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

Todavía sigue siendo ilustrativo lo que escribió Carl Schmitt en su "Teoría de la Constitución", la cual, como sucede con los clásicos, está en disposición de dar una respuesta con noventa años de antelación.

"En cada democracia –dice Schmitt– existen siempre partidos, oradores y demagogos [...], además de prensa, cine y otros medios de manipulación psicotécnica de las grandes masas. Todo ello se sustrae a una compleja disciplina. Existe por ello siempre el peligro de que las fuerzas sociales invisibles e irresponsables dirijan la opinión pública y la voluntad del pueblo<sup>68</sup>".

Si se considera que Schmitt escribía estas palabras cuando los medios de manipulación psicotécnica de las masas se reducían a noticiarios en blanco y negro, a la prensa y a la radiodifusión, se da uno cuenta de que hoy el peligro que él temía se ha magnificado enormemente. Es de hecho conocido que, en virtud de las huellas que dejamos en la red, el perfil de cada uno de nosotros es reducible a un algoritmo, que puede circular sin control y que permite que se nos dirijan mensajes individualizados a medida, que se corresponden con aquello a lo que somos más sensibles<sup>69</sup>. Sin contar que el mismo algoritmo hace posible el aislamiento del ciudadano-elector en una especie de cápsula informativa de la que se excluyen todos los contenidos que podrían someter a discusión los prejuicios<sup>70</sup>.

68 Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., 324.

69 Se trata de técnicas inicialmente elaboradas con finalidad comercial pero aplicables y aplicadas también en el mercado político. Sobre sus bases científicas, v., ad es., Gunter, *The Psychology of Consumer Profiling in a Digital Age*, New York-London 2016; Dimofte, Haugvedt, Yalch (a cura di), *Consumer Psychology in a Social Media World*, New York-London, 2016). Las implicaciones jurídico-constitucionales del uso de estas técnicas y, más en general, de la incidencia en la formación de las opiniones, de las *fake news*, del discurso del odio, sobre todo para el papel de los motores de búsqueda y para la omnipresencia de las redes sociales son enormes. Una panorámica al respecto la podemos encontrar en el volumen de Pitruzzella, Pollicino, Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017. Para una específica referencia a las *fake news*, véase también Frosini, T.E., "Costituzionalismo 2.0", en *Rass. parl.*, 4/2016, 691 ss.; mientras que para esa cuestión central del valor de la verdad en el Estado constitucional es obligada la referencia a Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 1995, que puede leerse en la traducción italiana de F. Fiore: Häberle, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

70 Sobre esta línea: Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, en Pitruzzella, Pollicino, Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit. (al que se remite para otras referencias), que se ocupa difusamente del *filter bubble* y de sus efectos, subrayando el papel que al respecto puede asumir Facebook y delimitando los caracteres de la llamada *bubble democracy*, que se arriesga a decretar la atrofia de un elemento esencial a la vitalidad de la democracia: el debate

Se trata de un desafío mortal a la actual democracia liberal.

Schmitt, en su época, era pesimista sobre la posibilidad de encarar desafíos de este tipo. A su entender, el fenómeno de la manipulación psicotécnica de las masas no sería regulable: el único antídoto posible sería unidad del pueblo, construida por la división amigo / enemigo<sup>71</sup>.

Confieso que no considero que esta conclusión sea tranquilizante. El problema existe y es muy serio. Es un problema que, como constitucionalistas, no podemos ignorar<sup>72</sup>.

### **Resumen**

*Se realiza un recorrido de cuestiones y autores clásicos del Derecho constitucional a la luz de problemáticas actuales. Así, afronta la tensión entre democracia, Estado de Derecho y pluralismo, y cuestiones sobre libertad, los derechos y la separación de poderes, en los planos subjetivo y objetivo. Se finaliza con una reflexión acerca de la irrupción de la tecnología y sus consecuencias para la democracia.*

### **Palabras clave**

*Democracia; Estado de Derecho; Separación de poderes; Tecnología.*

### **Abstract**

*Current issues of Constitutional Law are analyzed from a classical approach and from classical authors. In this way, it confronts the tension between democracy, Rule of Law and pluralism, and questions about liberty, rights and the separation of powers, in the subjective and objective planes. It ends with a reflection on the irruption of technology and its consequences for democracy.*

### **Key words**

*Democracy; Rule of Law; Separation of Powers; Technology.*

Recibido: 8 de septiembre de 2018

Aceptado: 18 de septiembre de 2018

público. Que para satisfacer las nuevas instancias de participación democrática sea necesario un debate público en el que las diversas opiniones, opciones y representaciones puedan confrontarse es subrayado por Bilancia, P., "Crisi della democrazia rappresentativa e apertura nuove istanze di partecipazione democratica", in Bilancia, P. (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit., la cual evidencia lo inadecuado al respecto de la llamada democracia en red. Para una severa denuncia de la incidencia, sobre las decisiones políticas, de la desinformación de los electores: Brennan, *Against Democracy*, II ed., Princeton-Oxford, 2017, que propone la radical alternativa de la "epistocracia", en relación con la cual, con reservas: Somin, "Democracy vs. Epistocracy", in *The Washington Post*, 3.9.2016.

<sup>71</sup> Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., 324.

<sup>72</sup> Por tanto, se saludan con entusiasmo investigaciones como las contenidas en Pitruzzella, Pollicino, Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit.



# LAS DOS GRANDES CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN EN EL SIGLO XXI

## The two great crises of constitutionalism in the context of globalization during the 21st Century

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La "época dorada" del constitucionalismo en el seno del Estado nacional y su declive.
- III. Las insuficiencias de la integración supranacional europea.
- IV. La externalización del poder estatal por la economía.
- V. La internalización del poder de los agentes globales a través de las redes sociales.
- VI. Un constitucionalismo marginal y deslegitimado en el contexto global.
- VII. Conclusiones. Relegitimar el constitucionalismo.
- VIII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La creciente permeabilidad del Estado a los agentes globales que actúan en el plano financiero y comunicativo, ha determinado las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en este siglo XXI. Podríamos decir que ambas son crisis democráticas en cuanto a su resultado final, porque ambas dan lugar a procesos de involución democrática. Pero mientras una de ellas ha generado una *involución democrática "externa"* en el sentido de que se produce en el exterior de los procesos políticos estatales, mediante la imposición de condiciones económicas que limitan la capacidad de acción del Estado, la otra ha generado una *involución democrática "interna"* porque afecta ya al núcleo mismo de los procesos políticos estatales, mediante la interferencia en procesos electorales y en el debate público en general de grandes plataformas que gestionan redes sociales y que aspiran a determinar los resultados de esos procesos por medio de la manipulación propagandística masiva.

Por un lado, la primera en el tiempo ha sido la crisis financiera, que ha dado lugar a una *externalización del poder estatal*, sometido a las condiciones económicas que se han dictado desde fuera. Con motivo de la crisis, se ha intentado implantar una "interpretación económica de la Constitución" (Balaguer, 2012b) que ha debilitado los valores inspiradores del constitucionalismo, afectando en gran medida a la legitimidad de las constituciones nacionales. La economía ha intentado usurpar el espacio no sólo de la política sino también de la propia Constitución, marginando a la Constitución nacional y convirtiéndola en una institución residual en el espacio público, perdiendo en gran medida su fuerza normativa, su carácter pluralista y su condición de factor regulador de la dinámica social (Balaguer, 2013b).

Por otro lado, la más reciente ha sido la crisis democrática interna generada por las redes sociales, que se ha manifestado a partir del referéndum sobre el Brexit y de las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos, con la incidencia que han tenido las grandes agencias proveedoras de servicios en Internet sobre los procesos electorales, mediante el diseño tecnológico de propaganda masiva adaptada a las redes sociales. La involución democrática generada con ocasión de la crisis financiera es muy grave porque altera las condiciones estructurales básicas del constitucionalismo europeo (derechos fundamentales, derechos sociales, descentralización política, normatividad de la Constitución, división de poderes en la relación entre ejecutivo y legislativo). Pero la involución democrática interna es todavía más grave porque afecta a los procesos políticos de formación de la voluntad estatal *internalizando el poder de los grandes agentes globales*.

Desde ese punto de vista, ambas crisis han generado, de manera complementaria, una debilidad cada vez mayor de la democracia pluralista. Por un lado, la financiera reduce el pluralismo al obligar al Estado cualquiera que sea la orientación política de sus gobernantes –es decir, sea cual sea lo que piensen respecto de cómo debe producirse la acción estatal– a hacer las políticas que se imponen desde fuera (en última instancia condicionadas por los especuladores financieros). Por su parte, la comunicativa es todavía más problemática, porque no se limita a condicionar al Estado desde fuera sino que pretende subvertir los procesos democráticos de formación de la voluntad estatal para determinar desde dentro de esos procesos la voluntad de los gobernantes. No se trata ya de decirles a los representantes democráticos lo que deben hacer en virtud de exigencias económicas externas, aunque piensen de manera diferente, sino de definir directamente lo que deben pensar para poder convertirse en opciones de gobierno, a través de la manipulación propagandística de sus votantes.

Desgraciadamente, con esto no acaban los problemas generados por las dos grandes crisis del constitucionalismo de nuestro tiempo. Más allá de los efectos visibles de la intervención de estos nuevos poderes globales, se están generando problemas estructurales que pueden afectar a la esencia misma del constitucionalismo en su última fase de desarrollo hasta ahora, la representada por las constituciones normativas y la democracia pluralista. En el plano económico, se están minando las bases del Estado social y se están deteriorando sus raíces culturales. En el plano comunicativo, pese a la potencialidad participativa que tienen las redes sociales, se está produciendo un creciente aislamiento y encapsulamiento de la ciudadanía en grupos y un cambio de patrones de conducta en los partidos políticos y en los medios de comunicación, que dificultan cada vez más los procesos comunicativos reflexivos, orientados a la formación de consensos, que eran propios de la democracia pluralista.

La segmentación y disgregación progresiva del espacio público se está viendo potenciada extraordinariamente por las redes sociales, ya que les resulta económicamente productiva a las grandes plataformas de Internet. La generación de inestabilidad política y de conflictos sociales virtuales a través de las redes incrementa sus ingresos publicitarios. La lógica economicista que se ha instalado en los grandes agentes globales está provocando un retroceso civilizatorio y una crisis existencial del constitucionalismo que hemos conocido hasta ahora.

Estamos asistiendo a una transformación de los patrones culturales que habían regido la vida pública de las sociedades democráticas en el constitucionalismo moderno y a un cambio de paradigma. Este cambio de paradigma no se puede perfilar todavía de manera precisa debido a las dinámicas tan aceleradas que se están generando en esta temática, que hacen que periódicamente haya alguna novedad respecto de líneas significativas de cambio en la utilización de las redes con finalidades diversas, aunque generalmente vinculadas al beneficio económico de las plataformas o los agentes globales que las utilizan. Este ritmo dificulta mucho el análisis científico por cuanto no es posible conocer previamente los efectos que esas transformaciones van a tener en el medio y largo plazo. La reflexión teórica tiene que extraer de esas líneas incipientes las tendencias que posiblemente incidirán en el espacio público, en la configuración democrática de los países analizados y en sus procesos constitucionales.

Como intentaremos argumentar en este trabajo, la acción combinada de una presión económica de base derivada de la globalización, que se evidenció de manera clara con la crisis financiera desde 2008 y de una creciente intervención de las plataformas que gestionan redes sociales en los procesos políticos (especialmente

evidente a partir de 2016, cuando tuvo su gran "ensayo general" en el referéndum sobre el Brexit) está generando una transformación de las condiciones materiales y de las pautas culturales del constitucionalismo y dando lugar a un cambio de paradigma. Si ese cambio se consolida, estaríamos ante un constitucionalismo aislado, residual, que no podría cumplir con las funciones históricas que lo caracterizan. Un constitucionalismo deslegitimado por los requerimientos económicos y tecnológicos de nuestro tiempo, que quedaría marginado de los procesos políticos reales, que se vería incapaz de controlar a los auténticos poderes de nuestra época y de garantizar los derechos fundamentales frente a esos poderes.

Esto ocurre justamente cuando el constitucionalismo había conseguido controlar en lo esencial el poder del Estado a través de mecanismos políticos y jurídicos de exigencia de responsabilidad establecidos en las constituciones normativas. El motivo fundamental consiste en que ese poder, que antes se ejercía en el seno del Estado nacional, se está desvinculando cada vez más del Estado y se está ejerciendo ahora desde instancias globales. Por tanto, el constitucionalismo tiene que diseñar nuevas estrategias que hagan posible la recuperación de las funciones históricas que lo han caracterizado como movimiento civilizatorio, para controlar el poder allí donde está actualmente, en gran medida fuera del Estado y de los circuitos internos de formación de la voluntad estatal.

## **II. LA "ÉPOCA DORADA" DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL SENO DEL ESTADO NACIONAL Y SU DECLIVE**

El constitucionalismo de las constituciones normativas ha sido la gran construcción teórica que ha hecho posible el control del poder del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y la articulación democrática y pacífica de los conflictos sociales y políticos en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Pero esa construcción se desarrolla en un momento histórico en el que el proceso de globalización comienza a activarse de nuevo y el proceso de integración supranacional en Europa da sus primeros pasos. En ambos procesos, el constitucionalismo está ausente inicialmente y no comenzará a proyectarse, especialmente por lo que se refiere a la integración europea, hasta fechas recientes. En cierto sentido podríamos decir que la época de plenitud del constitucionalismo llevará en sí el germen de su decadencia posterior, precisamente porque intenta regular el poder, entonces concentrado en el Estado y ese poder comienza a desvincularse progresivamente del Estado en la misma época en que se aprueban en Europa las primeras constituciones normativas, la alemana y la italiana, que ahora cumple 70 años.



Pero no será hasta el siglo XXI, con el ritmo acelerado que la globalización está imprimiendo al tiempo histórico actual, cuando se haga evidente la incidencia negativa que este proceso puede llegar a tener sobre las condiciones materiales que hicieron posible el constitucionalismo de las constituciones normativas. En realidad, si tenemos en cuenta los factores que están en la base de los fenómenos de fragmentación social, polarización política, sectarismo, manipulación propagandística, desarrollo del populismo y, en última, instancia, involución democrática, podemos ver como el patrimonio constitucional europeo nos permite abordar estas cuestiones con una perspectiva histórica para aprender de experiencias previas. Estos fenómenos ya estaban presentes en el debate público previo a la consolidación en Europa de las constituciones normativas después de la Segunda Guerra Mundial, que dieron lugar a lo que podríamos considerar la "época dorada" del constitucionalismo (F. Balaguer 2012). Pero, en ese momento, todavía era posible intentar resolver esos problemas en el seno del Estado y por medio de la Constitución, porque la economía y la política dependían en gran medida de la mediación estatal.

Sin embargo, el contexto de la globalización ha desplazado gran parte del poder real de los Estados, situándolo en los circuitos financieros, en su vertiente económica, y en los agentes de la comunicación global, en su vertiente política. Se trata de un cambio de paradigma, que debilita extraordinariamente al Estado y lo deja en gran medida inerme, dando lugar a las dos grandes crisis que el constitucionalismo europeo ha tenido que afrontar en este siglo XXI. Para comprender el alcance de esas crisis hay que tener en cuenta que el constitucionalismo surgió históricamente como un movimiento de control del poder centrado esencialmente en el poder del Estado. El perfeccionamiento de técnicas e instrumentos de limitación del poder culmina en el seno del Estado nacional con las constituciones normativas, a través de instancias políticas y jurídicas que someten a las instituciones políticas a reglas destinadas a garantizar los derechos de la ciudadanía y proteger a las minorías. Así ha sido durante la segunda mitad del siglo XX para muchos países europeos (Alemania, Italia, Francia, España, Portugal...). Pero, a partir del siglo XXI, el ritmo acelerado de la globalización está situando fuera del Estado ámbitos de poder cada vez más amplios e intensos, que no están sometidos a control alguno. En gran medida, esta ausencia de control se deriva de los avances tecnológicos, que generan nuevas formas de lesión de los derechos fundamentales imposibles de prever, porque surgen de la imposición de los intereses comerciales de las grandes plataformas de internet, que se mueven en una zona oscura para el Derecho y, específicamente, para el Derecho constitucional.

Se produce así la paradoja de que cuando el constitucionalismo ha comenzado a culminar su gran obra civilizatoria en la historia de la humanidad, comienza tam-

bién su declive, unido al del propio Estado como espacio de articulación del poder que se ejerce sobre la ciudadanía. En las dos grandes crisis que estamos analizando, la primera de ellas, la financiera, ha situado a algunas constituciones en *stand by* (F. Balaguer, 2012b) dando lugar a una interpretación económica de la Constitución, que rompe con los principios y valores establecidos en las constituciones normativas.

La segunda crisis, se deriva de la capacidad de manipulación propagandística mediante la utilización de plataformas de comunicación, que han alterado las condiciones del espacio público y que han intervenido de manera muy eficaz en procesos electorales tales como el Brexit o las elecciones presidenciales de Estados Unidos. Plataformas que gestionan redes sociales o empresas que las utilizan, han influido en la orientación del voto a través de un tipo de propaganda que se parece mucho a la publicidad subliminal y mediante la acumulación masiva de datos personales para la construcción de perfiles de usuario.

Los poderes que están detrás de estas crisis se sitúan al margen del Estado y la Constitución nacional. Caben serias dudas de que los Estados europeos tengan la capacidad para imponerles condiciones y garantizar los derechos de su ciudadanía en plenitud frente a esos poderes. La cuestión que se plantea entonces es si es posible recuperar el constitucionalismo estatal a través del constitucionalismo supranacional.

### III. LAS INSUFICIENCIAS DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL EUROPEA

Frente a la segunda globalización, que en sentido moderno se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial, el proceso de integración europea resultó plenamente funcional para los Estados miembros. La creación de un amplio mercado que superaba las limitaciones de los mercados nacionales favoreció el desarrollo económico e hizo posible la limitación del poder de grandes multinacionales ante las que los Estados nacionales apenas si tenían capacidad de maniobra. En una fase en la que la economía productiva predominaba todavía sobre la economía financiera y especulativa, el proceso de integración permitió hacer frente a la globalización y proteger los espacios nacionales de los Estados miembros en cuanto a su margen de decisión política y al desarrollo de la democracia pluralista. Todo ello pese a que la integración supranacional se construyó a espaldas del Derecho constitucional y con un modelo en el que los intereses nacionales ocupaban (y siguen ocupando) la mayor parte del debate público en Europa.

Así pues, frente a este proceso, que limitaba la capacidad de los Estados para actuar a nivel global y para decidir sobre sus políticas internas, la integración supra-

nacional hizo posible que los Estados europeos recuperaran una parte del poder perdido (F. Balaguer 2011). Siendo imposible la soberanía estatal en tiempos de globalización, por medio de la integración supranacional se construyó un poder político compartido entre los socios europeos a través de las instituciones supranacionales. Durante la segunda mitad del siglo XX, el modelo funcionó con esas claves. Pero en el siglo XXI nos encontramos ya ante magnitudes diferentes, como se ha puesto de relieve con la última crisis económica, en la que las instituciones europeas han resultado bastante ineficaces en la protección del euro y de las economías de algunos Estados miembros, poniendo en grave riesgo el propio proyecto de integración, al menos hasta la llegada de Mario Draghi a la Presidencia del Banco Central Europeo en 2011.

Especialmente durante la crisis económica hemos podido ver como algunos sistemas constitucionales, entre los que se encuentra el italiano y el español, han experimentado una involución extraordinaria, debida a la presión de los mercados y a la incapacidad del modelo actual de integración supranacional europea para proteger a los Estados miembros de la zona Euro frente a los especuladores financieros (F. Balaguer, 2013a) Esa involución tiene un origen externo que está relacionado con el cambio de las condiciones históricas en las que se desenvuelve el constitucionalismo y que procede en última instancia de la aceleración del proceso de globalización derivada del desarrollo tecnológico y científico. Naturalmente, esa involución ha generado malestar en amplios sectores de la sociedad, deslegitimando tanto el proyecto europeo como los propios sistemas constitucionales internos, como consecuencia del aumento de la desigualdad, las reducciones de derechos sociales y el empeoramiento de las condiciones de vida.

En realidad, el actual modelo de integración europea no es excesivamente europeísta. Al potenciar los intereses de los Estados, contribuye a reforzar la identidad nacional, haciendo que Europa se perciba como una oportunidad de mejorar las propias posiciones o como una amenaza frente a los distintos sectores sociales, a lo que se traslada habitualmente la idea de que la responsabilidad de las políticas que les perjudican es europea y no de los gobiernos de los Estados miembros. Durante muchos años, con este modelo de integración, Europa ha sido –en los términos del vocabulario economicista que se ha extendido a partir de la crisis– el "Banco malo" al que se le han asignado los "activos tóxicos" de las políticas económicas que se diseñaban para hacer frente, con mayor o menor fortuna, al proceso de globalización. Un modelo así no puede sino debilitar la identidad europea, que difícilmente se podrá construir si el modelo de integración supranacional actual se sigue manteniendo (F. Balaguer, 2013c).

Por otro lado, el modelo de integración no ha seguido el camino, natural y coherente con el patrimonio constitucional europeo, de construcción constitucional de Europa, sino que ha deshabilitado en gran medida las funciones propias del Derecho constitucional, en particular el control del poder y la canalización de los conflictos sociales y políticos por medio de la democracia pluralista (C. de Cabo, 2009) aunque también la garantía de los derechos, tanto en los períodos iniciales de la construcción europea como –paradójicamente– en los últimos años, como consecuencia de las políticas que se han puesto en marcha para afrontar la crisis económica. Desafortunadamente, esta afectación a las funciones del Derecho constitucional no es apreciable solamente en el nivel europeo sino que se ha reflejado también en el interno, de manera que se ha perdido calidad democrática en los Estados miembros debido al modelo de integración que hemos seguido hasta ahora.

#### **IV. LA EXTERNALIZACIÓN DEL PODER ESTATAL POR LA ECONOMÍA**

Pese a todo, la integración europea fue una historia de éxito durante el período en que transcurrió dentro del siglo XX, acomodándose en gran medida a su tiempo histórico y a las condiciones económicas en que se desenvolvía dentro del proceso de globalización, como evidencian las sucesivas ampliaciones y el hecho de que hubiera candidaturas permanentes para incorporarse al proyecto europeo. Es difícil señalar una fecha en la que se pueda decir que esa situación cambió, hasta el punto de dar lugar a la prevista primera retirada voluntaria de la Unión Europea, el Brexit, así como a dificultades internas y conflictos muy agudos, impensables en los primeros cuarenta años del proceso de integración. En realidad, las condiciones externas de la globalización comenzaron a cambiar, quizás de manera poco perceptible, ya con la primera crisis del petróleo en los años 70 y el desarrollo progresivo de grandes bolsas de capital financiero y especulativo. La caída del muro, la integración de los países del Este de Europa, la unificación alemana y la puesta en marcha del Euro, son otros de los factores que cambiarían el orden global que se había mantenido estable durante más de cuarenta años después de la Segunda Guerra Mundial.

La crisis de la Eurozona evidenció la inadecuación de un modelo de integración a medias, que carecía de las condiciones para un auténtico gobierno económico de Europa y que dejó a algunos Estados miembros inermes ante los especuladores financieros, a los que no podían hacer frente debido a las condiciones de la integración en la zona Euro y a la imposibilidad de afrontar con una divisa propia la crisis, como habían hecho en crisis anteriores. Además, los ataques al Euro pusieron

también de manifiesto la imposibilidad de contar con el patronazgo de los Estados Unidos en el proceso de integración, como había ocurrido históricamente cuando la divisa alemana servía como puntal del dólar (M. Arjona, 2017). El aumento constante de la posición del Euro como moneda de reserva en los años anteriores a la crisis, generó una inevitable rivalidad con el dólar, que ya no se correspondía con las condiciones en las que se había desarrollado la integración europea durante el siglo XX. Pero habría que esperar a la Administración Trump para que los principales líderes europeos asumieran esta nueva realidad geopolítica y la necesidad de replantear las bases del proyecto europeo, que se habían mantenido relativamente inalteradas desde sus inicios, en un mundo muy diferente del actual.

Los retos a que se enfrenta hoy el proyecto europeo son enormes y los medios con los que cuenta son muy limitados si se mantiene el modelo actual de integración supranacional. No se trata solamente del declive de las antiguas potencias europeas frente a los países emergentes o de la propia Unión Europea frente a China en lo que se refiere a su posición en la distribución del PIB mundial. El problema es que mientras no haya una unidad de decisión a nivel europeo, democráticamente respaldada por la ciudadanía, nos enfrentamos a agentes mundiales que o bien tienen recursos naturales que les permiten nutrir sus estructuras productivas o bien se están posicionando en la lucha por esos recursos adquiriendo posiciones de ventaja que difícilmente se podrán revertir en el futuro a favor de la Unión Europea. La ausencia de una política energética europea, de una política de defensa europea y de otras muchas que requieren una actuación unitaria a nivel europeo, para hacer frente a las condiciones actuales de la globalización, solo puede deparar un declive mayor de las economías de los Estados miembros en el futuro.

Naturalmente, esta situación solo podría mitigarse o resolverse mediante una mayor integración europea. El problema, sin embargo, es que la deslegitimación del proyecto europeo se ha extendido progresivamente con las políticas impulsadas desde las instituciones europeas para hacer frente a la crisis económica, dando lugar a fenómenos como el Brexit y a que amplios sectores de población en países anteriormente muy europeístas se declaren ahora no ya euroescépticos sino abiertamente antieuropeos.

No se puede desconocer que las políticas europeas de austeridad desarrolladas con motivo de la crisis económica han alterado los grandes consensos constitucionales de algunos de los Estados miembros. En particular, la democracia pluralista se ha visto sometida a una fuerte tensión derivada de la aplicación incondicionada de las políticas de austeridad europeas, que ha inhabilitado cualquier propuesta política que no fuera coherente con esas políticas, determinando la inviabilidad de los

programas electorales presentados por los partidos y refrendados por la ciudadanía mediante la conformación de mayorías gubernamentales. El círculo de decisión previamente delimitado desde instancias globales y supranacionales no ha dejado espacio para el pluralismo político, *externalizando así el poder estatal* y sometiéndolo a condiciones económicas dictadas en gran medida por los especuladores financieros y los grandes fondos de inversión globales.

Lo mismo se puede decir de las políticas sociales y de los derechos sociales, que han sido un elemento fundamental en el pacto social que dio lugar a las constituciones normativas en Europa. El declive de los derechos sociales y laborales ha sido de tal envergadura que las propias instancias europeas, conscientes de la deslegitimación que se ha generado en amplios sectores de la población europea, han puesto en marcha recientemente el llamado "Pilar Social Europeo" con la intención de recuperar en alguna medida la capacidad de integración social del proyecto europeo mediante el diseño de nuevas políticas con un contenido específicamente social y laboral y la recuperación del diálogo social que se había interrumpido durante la crisis. No puede desconocerse, sin embargo, que más allá de lo positivo que resulta que la Unión Europea preste atención específica a esa dimensión social, las reglas de juego establecidas para hacer frente a la crisis económica siguen vigentes y, como se reconoce por las propias instituciones europeas, son un condicionante necesario de las nuevas políticas sociales (F. Balaguer, 2018b).

En última instancia se ha resentido también la normatividad de la Constitución, precisamente porque los grandes consensos constitucionales del período constituyente estaban garantizados por la propia Constitución que, sin embargo, ha resultado ineficaz para hacer valer los principios y preceptos constitucionales frente a la presión presupuestaria impuesta desde instancias globales y supranacionales (F. Balaguer, 2018a). Hasta cierto punto, la democracia y la Constitución en Europa se han convertido durante el período de la crisis en un lujo al alcance tan sólo de aquellos Estados miembros que tenían una mejor posición económica y que, por tanto, no veían condicionados sus grandes pactos constitucionales por las políticas puestas en práctica con la crisis económica. En última instancia, frente a la "Constitución económica" del Estado social, que equilibraba los factores productivos propiciando políticas sociales que tenían, en última instancia, una vocación emancipadora, se ha producido una hipertrofia de la economía que, sin modificar el texto, ha generado una interpretación económica de la Constitución que ha terminado alterando los fundamentos de nuestro sistema constitucional (F. Balaguer, 2013b).

Reconducir esta involución democrática y constitucional no va a ser tarea fácil. Ciertamente, la mejora de la situación económica de la zona Euro puede contribuir

a que se vayan recuperando en alguna medida los grandes pactos constitucionales. Sin embargo, la Constitución no puede estar sometida a los vaivenes de los ciclos económicos, de tal manera que cada vez que se produzca una situación de crisis pase a la posición de "stand by" hasta que la crisis se supere. Lo que la crisis económica nos ha enseñado, es que estos grandes pactos constitucionales difícilmente se van a poder mantener, con perspectiva de futuro, exclusivamente en el ámbito del Estado Nacional. Por el contrario, cada vez se hace más necesario promoverlos en perspectiva europea y en el ámbito europeo, para que puedan ser efectivos y no dependan de las condiciones a las que los mercados globales pueden someter a los Estados nacionales. Ampliar el círculo de decisión nacional requiere que se asuma la necesidad de intensificar la integración política supranacional, ya que en Europa, como en cualquier otra región del mundo, los Estados nacionales de tamaño medio o pequeño no van a tener por sí solos (salvo circunstancias especiales) la dimensión necesaria para hacer frente a la globalización.

Pero, por otro lado, una Europa que se ha construido en gran medida a espaldas del constitucionalismo y que ha contribuido a deslegitimarlo mediante la imposición de una interpretación económica de la Constitución incompatible con el patrimonio constitucional europeo no podrá avanzar en el proceso de integración política mientras no cambie el actual modelo. Las dos grandes crisis del constitucionalismo han sido, al mismo tiempo, *dos grandes crisis de la Unión Europea* y no por casualidad. Solamente una Europa que recupere la legitimidad del constitucionalismo como movimiento civilizatorio podrá aspirar a construir una plena integración política y salvar así el proyecto europeo frente a sus cada vez más numerosos enemigos.

## V. LA INTERNALIZACIÓN DEL PODER DE LOS AGENTES GLOBALES A TRAVÉS DE LAS REDES SOCIALES

La preocupación por la influencia negativa que las redes sociales pueden estar teniendo en los procesos democráticos y por la lesión que pueden generar a los derechos fundamentales es muy reciente. En sus primeros años de desarrollo (tampoco muy lejanos, ciertamente) las redes fueron percibidas como una oportunidad para incrementar la participación política, facilitar los procesos democráticos e, incluso, promover transiciones de regímenes autoritarios hacia la democracia. Esa visión positiva no ha desaparecido, porque el potencial de las redes sociales sigue siendo enorme en lo que se refiere a las posibilidades de potenciación democrática. Sin embargo, en los últimos tiempos se han comenzado a analizar también los problemas que las

redes sociales están generando en relación con los derechos fundamentales así como la incidencia que pueden estar teniendo en la configuración del espacio público de los sistemas democráticos. Finalmente, en fechas ya muy cercanas, hemos podido comprobar igualmente la actividad que las plataformas que gestionan las redes sociales y otros agentes pueden desarrollar en relación con la manipulación de la propaganda electoral, la difusión de *fake news* y la afectación de los procesos electorales.

En efecto, desde hace solo unos meses hemos tenido conocimiento de algunos hechos que previamente se intuían como meras hipótesis de trabajo. Es el caso de la intervención de Cambridge Analytica/Facebook en el referéndum del Brexit y en las elecciones presidenciales norteamericanas (M. Scott, 2018). Seguramente en los próximos meses salgan a la luz más datos, conforme avancen las investigaciones en curso. La interacción entre redes sociales y democracia comienza a ser problemática. La reflexión sobre esa tensión creciente se ha centrado hasta ahora en la incidencia negativa de las redes sociales en el espacio público en cuanto que la creación de perfiles está generando filtros que producen burbujas (E. Pariser, 2011) en las que quedan "aislados" los usuarios, provocando diversas disfunciones. Entre ellas, la fragmentación del espacio público, la radicalización creciente de los diversos sectores de opinión que se mueven dentro de esas "burbujas", la proliferación de las *fake news*, que se ve favorecida por la lógica de la polarización (C. R. Sunstein, 2018) y, en última instancia, la disolución del "público" unitario (D. Palano, 2017) que estaba en la base de la "democracia del público" (B. Manin, 1997) y que había promovido, desde el espacio comunicativo, la convergencia de los partidos hacia el centro político y la moderación.

En general, hay un universo de cuestiones que se están planteando en el terreno de la comunicación política y de su incidencia sobre la democracia. Sin embargo, los factores constitucionales, que podrían ser muy útiles para la caracterización de los problemas y la aportación de alternativas, han entrado escasamente en juego. Todo lo más, en trabajos muy apreciables, en relación con las *fake news*, para destacar la insuficiencia de la caracterización doctrinal y jurisprudencial de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos en orden al tratamiento de este problema (F. Schauer, 2010) o para resaltar la diferente percepción que en el Derecho Europeo se tiene desde el punto de vista no tanto de la libertad de expresión cuanto del derecho a la información (información veraz) que hace posible una intervención mayor del poder público (O. Pollicino, 2017).

Una gran parte de la actividad potencialmente lesiva de los derechos de la ciudadanía que desarrollan esas plataformas era técnicamente impensable hace tan solo unos años y, por lo tanto, ajena a cualquier regulación estatal, supranacional o in-



ternacional. El problema es que, antes de que se hayan podido establecer normas destinadas a disciplinar esas actividades, ya se están configurando otras, cuyo alcance todavía no conocemos y que son también potencialmente lesivas (pensemos, por ejemplo, en el posible uso masivo de datos personales a través del "bitcoin trader"). Sin que hayamos terminado de superar la primera gran crisis del constitucionalismo de este siglo XXI, que surgió como consecuencia de la crisis financiera de 2008 y de la imposición de una interpretación económica de la Constitución que ha minado las bases de la democracia pluralista, ha reducido los derechos sociales, ha revertido la descentralización política y ha debilitado al extremo la normatividad de la Constitución (F. Balaguer, 2015b), nos encontramos ahora con una nueva crisis de un alcance potencialmente más destructivo si cabe porque afecta al núcleo mismo de los procesos democráticos y constitucionales *internalizando el poder de los grandes agentes globales a través de las redes sociales*.

La afectación del núcleo de los procesos democráticos que se ha evidenciado con la intervención de Cambridge Analytica en el referéndum del Brexit así como de esa misma compañía y de Facebook en las elecciones presidenciales de Estados Unidos (a las que siguieron las de otros agentes globales en sucesivos procesos electorales en Holanda o Francia, por ejemplo) plantea interrogantes muy serios para el futuro del constitucionalismo y de la democracia pluralista. Las posibilidades de manipulación política masiva de los procesos electorales, desde el entorno digital, por medio de la propaganda "subliminal" elaborada a través de millones de perfiles que se generan mediante algoritmos y que permite condicionar de manera personalizada la orientación del voto de los usuarios de las redes sociales, no tienen precedente alguno en la historia. El hecho de que esa actividad se haya podido desarrollar sin impedimento legal y con una finalidad comercial resulta todavía más perturbador.

Desde la perspectiva del Derecho constitucional esta no es la única inquietud que generan las redes sociales. Pensemos en la fragmentación del espacio público, la polarización de las actitudes políticas, la radicalización del discurso y del lenguaje con la consiguiente lesión de los derechos fundamentales, la dificultad cuando no imposibilidad de articular consensos en un clima político cada vez más enrarecido, la deslegitimación permanente de la política, la apelación a las propias redes como mecanismo de legitimidad y de representatividad, potenciando movimientos populistas y antidemocráticos, entre otros muchas señales de que la democracia pluralista y la Constitución normativa están viviendo sus horas más bajas.

En la base de esta evolución están las condiciones sociales de conflicto radical que configuran el sustrato de la polarización, que se termina trasladando a las redes sociales e intensificando a través de ellas y tienen una solución muy complicada

actualmente, por dos factores que confluyen para dificultarla. El primero de ellos, que las claves económicas para resolverlas se sitúan ya fuera del Estado, en el contexto global, lo que explica la inseguridad con la que se perciben estos tiempos por amplios sectores sociales que ya no ven al Estado como un garante eficaz de sus derechos (Z. Bauman, 2007). En el caso de Europa, no existe todavía una estructura supranacional lo suficientemente integrada y eficaz como para actuar de manera unitaria en el plano global, lo que dificulta igualmente la solución a este nivel. Esto explica que muchos textos constitucionales hayan aumentado su divergencia con la realidad, especialmente en materia de derechos y de gobierno económico, a partir de la crisis financiera. El cambio de paradigma afecta también a la Constitución, que *ha perdido su posición de centralidad en el espacio público* y está cada vez más aislada, en la medida en que no se percibe como un instrumento eficaz de control del poder financiero y de realización de los derechos de la ciudadanía.

El segundo de esos factores tiene que ver específicamente con los procesos comunicativos derivados de las redes sociales. A pesar de que las redes sociales como instrumento eran y siguen siendo una esperanza para la profundización democrática, se produce una paradoja debido a la forma en que se han configurado hasta ahora. Una contradicción entre lo que se esperaba de ellas y lo que están haciendo realmente y que tiene su explicación en el hecho de que las redes aunque abran paso a amplios procesos comunicativos y eventualmente participativos, *no tienen una estructura democrática y participativa en su configuración*. No solo eso, se trata además de plataformas que funcionan en régimen de monopolio o de oligopolio (T.E.Frosini, 2017) y que tienen un interés centrado en la obtención de recursos por medio de la publicidad por lo que es difícil esperar que puedan contribuir a serenar el debate público y a facilitar la participación democrática en la solución de los problemas sociales. Estas plataformas, con la lógica del beneficio económico, necesitan llamar la atención del público para aumentar sus ingresos publicitarios (Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom, 2017). Desde esa perspectiva, *la inestabilidad política y el conflicto social favorece sus objetivos*, retroalimentando así los efectos perniciosos del "bubble filter" y de la polarización que genera.

Podemos aventurar razonablemente que el resultado del referéndum sobre el Brexit o la elección de Donald Trump como Presidente de Estados Unidos, han mejorado las perspectivas de negocio de las grandes plataformas que gestionan las redes sociales y no porque Donald Trump sea un fanático de una de ellas, sino por la inestabilidad que ambos procesos electorales han generado en sus respectivos países. Esas plataformas ganan siempre: con el Brexit y con las interminables discusiones que genera en la red y que habrían sido previsiblemente menores si el resultado del

referéndum hubiera sido distinto. Ganan también con la elección de Donald Trump y con los continuos debates que el nuevo Presidente de Estados Unidos está generando en su país y en el mundo, alterando las condiciones de desarrollo de la política de las Administraciones anteriores.

Por otro lado, los medios técnicos a disposición de las redes sociales a efectos de manipular a la opinión pública son extraordinarios y no tienen precedente en la historia de la Humanidad, como han evidenciado la intervención de Cambridge Analytica y Facebook en las elecciones presidenciales norteamericanas. Siempre ha habido *fake news* y propaganda política con instrumentos muy eficaces, como fueron en el siglo XX la radio y la televisión. Lo que diferencia a los medios actuales de los anteriores es que, a través de los perfiles elaborados mediante algoritmos y del envío personalizado de propaganda, se puede condicionar la opinión y el voto de manera extremadamente efectiva. Tanto que no depende del nivel de educación de los destinatarios, y no solamente porque esa propaganda opere dentro de la "burbuja" previamente identificada de las preferencias políticas, sino porque actúa en un nivel más peligroso, en el de *la psicología de los usuarios de las redes sociales*, mediante técnicas que permiten utilizar miedos ocultos o inclinaciones de las que ni siquiera son conscientes, pero que las plataformas conocen mediante el análisis de su actividad en la Red.

Como podemos ver, el constitucionalismo de nuestro tiempo no está pasando por su mejor momento. Frente a la época dorada que supusieron las constituciones normativas, en los últimos años estamos experimentado un doble proceso de involución externa e interna que se refleja, en el ámbito externo en las limitaciones de la capacidad de acción no sólo del Estado nacional sino también de las instituciones supranacionales (que forman parte igualmente de la realidad constitucional) generada por la globalización. En el ámbito interno, tiene su manifestación más evidente en la configuración regresiva del espacio público que están provocando las redes sociales, respecto de los principios que inspiran el debate público y la actividad política en la Constitución normativa. Ambos procesos de involución, externo e interno, se alimentan recíprocamente, de manera que cuanto menor es la capacidad del Estado y de la Unión Europea para resolver los problemas sociales, mayor es el deterioro del debate público interno generado a través de las redes sociales. Pero, al mismo tiempo, cuanto mayor es el deterioro del espacio público interno, mayores son las dificultades que tiene el Estado para actuar de manera eficaz en el ejercicio de sus funciones constitucionales y la Unión Europea para ofrecer a la ciudadanía un proyecto serio de integración supranacional que sólo puede basarse ya en parámetros constitucionales.

## VI. UN CONSTITUCIONALISMO MARGINAL Y DESLEGITIMADO EN EL CONTEXTO GLOBAL

En el nivel democrático del gobierno ordinario de una sociedad, los fenómenos de polarización, conflicto, sectarismo incluso, son hasta cierto punto manejables (solo hasta cierto punto, ciertamente), porque forman parte de los procesos de debate y decisión propios de la democracia pluralista. En el nivel constitucional, sin embargo, suponen una prueba de fuego para la existencia misma del constitucionalismo. Si la fragmentación del espacio público, la inestabilidad y el enfrentamiento entre sectores sociales no permite llegar a consensos constitucionales (ya sea para la aprobación de nuevas constituciones ya sea para la reforma de las existentes) estaríamos ante una creciente inoperancia y aislamiento del Derecho constitucional respecto de la sociedad, que determinaría a medio plazo el fin de la Constitución tal y como la hemos conocido hasta ahora. Respecto del Derecho constitucional, las redes sociales avanzan también un *cambio de paradigma*, en el que no basta simplemente con pensar en la regulación de las redes para adaptarlas a las exigencias propias del constitucionalismo sino que, como en toda interacción dialéctica, es necesario plantearse también qué tenemos que cambiar en el Derecho constitucional de nuestro tiempo para adaptarlo a las redes sociales y a los nuevos procesos comunicativos y sociales que generan.

La transformación de los patrones culturales que se está produciendo y el cambio de paradigma que se está generando va a afectar a la forma de entender el Derecho constitucional que hemos tenido hasta ahora, lo que implica también una nueva concepción del espacio público y de los derechos y la democracia, determinada por el desarrollo tecnológico y comunicativo. Pero, al mismo tiempo, es necesario corregir los elementos disfuncionales en la configuración actual de las redes sociales y en su utilización por grandes plataformas y agentes globales, que es susceptible de provocar una involución democrática. Estamos ante una nueva frontera, cuyos contornos precisos no se han desvelado todavía y que se irá perfilando en los próximos años.

La coexistencia entre procesos constitucionales y redes sociales no es fácil, y podemos señalar ya algunas contradicciones importantes que son perceptibles en relación con el Derecho constitucional de las constituciones normativas:

1-Las constituciones normativas se basan en el *consenso fundamental* de la sociedad, articulado a través de procesos constituyentes en los que están representados todos los sectores sociales, que acuerdan un marco de convivencia común y lo actualizan igualmente por consenso mediante reformas y enmiendas constitucionales.

Estos consensos son cada vez más difíciles de conseguir debido a la polarización creciente del espacio público, potenciada en gran medida por las redes sociales.

2-Las constituciones normativas tienen una vocación de *ordenación global de la sociedad*, regulando la totalidad de la acción del Estado y controlando el poder público para garantizar los derechos. Esa pretensión se sigue manteniendo, aunque el poder de los Estados miembros de la UE no tenga ya esa vocación de totalidad porque lo comparten con las instancias europeas (F. Balaguer, 2016). Sin embargo, las redes sociales parecen estar generando una fragmentación añadida del espacio público, con diversidad de intereses sectoriales, que dificultan una ordenación comprensiva del conjunto de la sociedad mediante instrumentos constitucionales.

3-Las constituciones normativas definen un marco de convivencia estable, *una programación en el tiempo* para las generaciones sucesivas. El factor tiempo es de gran importancia en el Derecho constitucional, como también lo es en las redes sociales, pero de manera contradictoria. En las redes sociales, la inmediatez en la respuesta, propia del proceso comunicativo que se configura a través de ellas, está generando procesos políticos en los que la planificación a medio o largo plazo no parece tener ninguna utilidad. Se requieren cada vez más respuestas directas e inmediatas que sirvan para resolver problemas que son complejos y están llenos de matices y exigirían una ordenación temporal distinta.

4-La mayor parte de las constituciones de los Estados miembros de la UE tienen una estructura normativa, lo que implica la utilización de técnicas e instrumentos de carácter jurídico para la realización de sus funciones a través de procesos formalizados que incorporan garantías jurídicas complejas. Esa complejidad puede ser tan difícil de comprender como operaciones matemáticas o procesos químicos sobre los que el debate científico está reservado a especialistas en la materia. Sin embargo, en el marco de una sociedad democrática no pueden limitarse los debates sobre la Constitución. Al contrario, la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales (P. Häberle, 1975) debe ser preservada. Pero el debate en las redes sociales parece estar orientándose cada vez más en un *sentido contradictorio con los propios valores constitucionales* de respeto a la dignidad y a los derechos (potenciando el racismo, la xenofobia y la misoginia, por ejemplo).

5-El radicalismo y la intolerancia que se generan en las redes, se están trasladando en gran medida al debate público fuera de las redes, lo que resulta todavía más problemático desde el punto de vista constitucional. Las redes parecen estar desarrollando *una función de reproducción cultural negativa* en la medida en que "educan" a amplios sectores de población en el enfrentamiento y en la crispación dentro y fuera de las redes. En el plano político, esas actitudes sociales negativas incrementan

la agresividad en el espacio público, aumentando la dificultad para llegar a acuerdos entre los agentes políticos.

6-La creciente dependencia de los medios de comunicación tradicionales de las redes sociales es también un factor a considerar (G. Pitruzzella, 2017). Para poder competir en el mercado publicitario, los medios de comunicación parecen estar *adaptándose progresivamente al discurso de las redes* tanto en lo que se refiere a los contenidos (muchos de ellos superficiales, que banalizan los debates públicos) cuanto a la forma de presentarlos y manejarlos, en muchas ocasiones conectados no solo con las temáticas sino también con la forma en que se están abordando en las redes sociales.

7-Los partidos políticos parecen manifestar igualmente una dependencia creciente de las redes sociales en su actividad. Sus agendas están condicionadas por los debates que se generan en ellas y sus orientaciones dependen en gran medida de las polémicas que se plantean en las redes. Esto no sería en sí mismo disfuncional, porque expresaría un incremento de la participación política, si no fuera porque hay indicios para pensar que esos debates se introducen en las redes en muchas ocasiones por medio de estructuras organizadas y de agentes que quieren *orientarlos y priorizarlos* en función de intereses ocultos. Además, en este punto se está produciendo un riesgo de involución democrática con la intervención de esos agentes en los procesos electorales a favor de determinados partidos y opciones políticas.

Como podemos ver, la situación del constitucionalismo resulta cada vez más problemática en este contexto, determinado por las dos grandes crisis que ha experimentado en el siglo XXI. La Constitución deja de cumplir sus funciones y se desplaza hacia *un lugar marginal* en relación con los conflictos sociales y los procesos políticos, definidos ahora por otras claves, externas e internas, diferentes a las que habían impulsado la posición central de las constituciones normativas en la sociedad. Al mismo tiempo, su legitimidad se erosiona justamente por el hecho de que frente a la Constitución se oponen *la economía* como factor de legitimación y *el desarrollo tecnológico* como límite. En ambos casos se condicionan las políticas públicas, los derechos fundamentales y el marco constitucional. Las limitaciones a los derechos se pretenden justificar por la inevitabilidad de las premisas económicas de austeridad incondicionalmente aceptadas o por la imposibilidad de articular mecanismos técnicos para protegerlos frente a las redes sociales o a las grandes plataformas de Internet. *Una legitimidad más fuerte pretende alzarse frente al constitucionalismo*. Una legitimidad que está al servicio de los grandes intereses económicos globales.

## VII. CONCLUSIONES. RELEGITIMAR EL CONSTITUCIONALISMO

Las dos grandes crisis del constitucionalismo en el siglo XXI se reflejan en la dificultad del Derecho constitucional para cumplir las funciones que históricamente le ha asignado el constitucionalismo y, en particular, la canalización de los conflictos sociales mediante la articulación del pluralismo y la generación de acuerdos políticos y consensos constitucionales. Las dificultades son objetivas y se manifiestan en la incapacidad del Estado para desarrollar políticas propias que permitan garantizar los derechos de la ciudadanía en un mundo globalizado, por un lado y, por otro lado, en la configuración progresivamente disgregadora de un espacio público en el que las redes sociales tienen un especial protagonismo en la conformación de la opinión pública, desplazando a los medios de comunicación tradicionales.

Ambos factores confluyen, interaccionan y se alimentan recíprocamente, de manera que la democracia pluralista se ve amenazada por las condiciones externas de la globalización, que reducen el círculo de las decisiones políticas posibles en el espacio público nacional y por las condiciones estructurales internas de la comunicación a través de las redes sociales, que dificultan un debate racional que facilite la adopción de acuerdos políticos y de consensos constitucionales. No es, desde luego, el final de la Constitución, pero el siglo XXI está resultando ser *un siglo progresivamente "aconstitucional"* por definirlo de alguna manera, y la Constitución normativa que hemos conocido durante la segunda mitad del siglo XX, está siendo cada vez más ineficaz e inoperante debido a estos factores externos e internos.

La solución para relegitimar el constitucionalismo ya no está en manos del Estado y de la Constitución nacional sino que depende del contexto supranacional, esto es, de la capacidad que tenga la ciudadanía para constitucionalizar la Unión Europea y definir un ámbito de decisión europeo que pueda recuperar a nivel supranacional las funciones de la Constitución. Solamente la Unión Europea tiene la magnitud necesaria para hacer frente a la globalización, ampliando el círculo de las decisiones políticas (incluido el de los Estados miembros y de sus constituciones internas). Es también la Unión Europea la que puede adoptar medidas en el ámbito de las redes sociales que mitiguen los efectos de los discursos disgregadores que se vehiculan a través de ellas y que controlen el extraordinario poder que tienen ahora los proveedores de Internet. La integración supranacional europea, una vez que se configure de manera plenamente constitucional y democrática a través de un Estado federal europeo, será también el instrumento de recuperación de las funciones de la Constitución y de plena activación de la democracia pluralista, no sólo a nivel europeo sino también a nivel interno en los Estados miembros.



Cuestiones esenciales para la construcción europea se irán definiendo en los próximos años si tenemos en cuenta que las redes están potenciando el discurso nacionalista y xenófobo y orientando el debate en el espacio público europeo hacia los intereses nacionales, lo que obstaculiza un entendimiento abierto de la identidad nacional (F. Balaguer, 2017c) y dificulta la construcción de una identidad europea. La integración europea es absolutamente necesaria para hacer frente a la globalización y para controlar el poder de agentes que no encuentran ya en el Estado nacional un límite. El hecho de que las dos grandes crisis del constitucionalismo hayan sido también dos grandes crisis europeas evidencia que estamos en un momento crucial de la vida del proceso de integración europea y de la evolución del constitucionalismo, en el que *ambos proyectos civilizatorios deben converger para sobrevivir en el contexto global*.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Arjona Sánchez, Miguel, 2017. *La libertad de capitales en Europa*. Tesis Doctoral, Granada.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2011. "Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo", en *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Antonio Cantaro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 31-49.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2012a. "El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional", en *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 99-122.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2012b. "Crisi economica e crisi costituzionale in Europa". *KorEuropa*, n. 1/2012: [https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco\\_Balaguer\\_Callejon\\_numerato.pdf](https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco_Balaguer_Callejon_numerato.pdf)
- Balaguer Callejón, Francisco, 2013a. "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 98, Mayo/Agosto 2013, pp. 91-107: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39779/22466>
- Balaguer Callejón, Francisco, 2013b "Una interpretación constitucional de la crisis económica", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, Número 19, Enero-Junio de 2013: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15\\_F\\_BALAGUER.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm)



- Balaguer Callejón, Francisco, 2013c. "European Identity, Citizenship and the Model of Integration", en Alessandra Silveira, Mariana Canotilho and Pedro Madeira Froufe (eds.), *Citizenship and Solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, PIE – Peter Lang SA – Éditions scientifiques internationales, Bruxelles, 2013c.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2015a. "Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo", *La cittadinanza europea*, n 1/2015, pp. 39-62.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2015b. "Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización", en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (Coordinadores), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, Tomo IV, Volumen 1, páginas 197-211.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2016. "European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform", en Rainer Arnold (Editor) *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, pp. 15-25.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2017a. "Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna", en Fulco Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, pp. 85-112.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2017b. "Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola", en *I Controlimiti – Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Alessandro Bernardi, Jovene Editore, Napoli, 2017, pp. 113-133.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2017c. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *UNIO – EU Law Journal*. Vol. 3, N. 1, Janeiro 2017, pp. 10-24: [http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/Corrigidos/francisco\\_balaguer\\_callejon.pdf](http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/Corrigidos/francisco_balaguer_callejon.pdf)
- Balaguer Callejón, Francisco, 2018a. "Constitutional Courts under Pressure – New Challenges to Constitutional Adjudication. The Case of Spain", en *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*. Edited by Zoltán Sente, Fruzsina Gárdos-Orosz, Routledge, London and New York, pp. 164-184.
- Balaguer Callejón, Francisco, 2018b. "La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo", en prensa, Milán.

- Balaguer Callejón, Francisco, 2018c. "Alcune lezioni della Brexit per il Diritto costituzionale europeo. Referendum e Social Network *versus* democrazia pluralista", en prensa, *Liber Amicorum Silvio Gambino*.
- Bauman, Zygmunt, 2007. *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Polity Press, Cambridge,
- D'Atena, Antonio, 2018. Tensioni e sfide della democrazia. *Rivista AIC*, no 1/2018: <http://www.rivistaaic.it/tensioni-e-sfide-della-democrazia.html>
- Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom, 2017. "Is Social Media a Threat to Democracy?", 1 de Octubre de 2017, <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>
- De Cabo, Carlos, 2009. "Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 11, Enero-Junio de 2009.
- Ferguson, Niall, 2018. "Social networks are creating a global crisis of democracy", en: <https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/>
- Frosini, Tommaso Edoardo, 2017. "Internet e democrazia", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Anno XXXII Fasc. 4-5 – 2017, pp. 657-671.
- Gambino, Silvio, 2015. "Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale" *KorEuropa*: [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Gambino\\_Crisi-economica-e-Stato-sociale-1.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Gambino_Crisi-economica-e-Stato-sociale-1.pdf)
- Grasso, Giorgio, 2016. "Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria", en *Osservatorio AIC*: <http://www.osservatorioaic.it/le-parole-della-costituzione-e-la-crisi-economico-finanziaria.html>
- Guillén López, Enrique, 2013. "La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 20, Julio-Diciembre de 2013.
- Häberle, Peter, 1975. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation". *Juristen-Zeitung*: 297-305.
- Manin, Bernard, 1997. *The principles of representative government*, Cambridge University Press.
- Nocito, Walter, 2015. "Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova" *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 15/2015.

- Palano, Damiano, 2017. La bolla mortale della nuova democrazia. Il Foglio. 1 Maggio 2017. <https://www.ilfoglio.it/politica/2017/05/01/news/la-bolla-mortale-della-nuova-democrazia-132173/>.
- Pariser, Eli, 2011. *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books.
- Pitruzzella, Giuseppe, 2017. La libertà di informazione nell'era di Internet In G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea.
- Pollicino, Oreste, 2017. La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet. In G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea.
- Raimondo Ansemينو, Natalia; Reviglio, María Cecilia; Diviani, Ricardo, 2016. "Esfera pública y redes sociales en Internet: ¿Qué es lo nuevo en Facebook?" *Revista Mediterránea de Comunicación*, 7(1), 211-229.
- Rodrigues Canotilho, Mariana, 2015. "La crisis económica (y social) de los países en crisis". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 23. Enero-Junio de 2015.
- Ruggeri, Antonio, 2016. "Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa" *Consulta On Line*: <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri59.pdf>.
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco, 2009. "Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, Julio-Diciembre de 2009.
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco, 2016. El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 26: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/06\\_BARRILAO.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/06_BARRILAO.htm)
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco, 2018. "El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad", en prensa.
- Schillaci, Angelo, 2014. "Crisis económica, participación y reformas de las administraciones públicas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 11. Núm. 22. Julio-diciembre/2014, pp. 15-27.
- Scott, Mark, 2018. Cambridge Analytica helped cheat" Brexit vote and US election, Politico, 29/3/2018: <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>
- Schauer, Frederick, 2010. Facts and the First Amendment. *UCLA Law Review*. Volume 57 Issue 4: 897-919. <https://www.uclalawreview.org/pdf/57-4-1.pdf>

- Sunstein, Cass R., 2018. *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton University Press.
- Vecchio, Fausto, 2015. "Crisis económica y evolución de la Administración Pública en Europa". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 23. Enero-Junio de 2015.

### **Resumen**

*Aun cuando la progresiva incorporación del constitucionalismo al plano internacional y global supongan avances civilizatorios parciales, lo cierto es que el siglo XXI está provocando una transformación esencial en las condiciones históricas que habían dado lugar su formación y desarrollo. La globalización ha generado un contexto caracterizado por la aceleración y la transformación permanente, tanto en el ámbito económico como en el tecnológico. Los cambios que se han producido en los casi dos decenios que llevamos del siglo XXI, han alterado sustancialmente el mundo que habíamos conocido hasta finales del siglo XX. Han aparecido nuevos agentes de poder global tanto públicos como privados que no están vinculados a los valores que inspiraron el constitucionalismo. En el caso de los públicos, porque se trata de Estados autoritarios en los que no existen estructuras democráticas o estas son muy débiles. En el de los privados porque han vinculado su actividad a la lógica exclusiva del beneficio económico, desvirtuando los valores democráticos que habían regido hasta fechas recientes el espacio público.*

*La creciente permeabilidad del Estado a los agentes globales que actúan en el plano financiero y comunicativo, ha determinado las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en este siglo XXI. Por un lado, la crisis financiera, que ha dado lugar a una externalización del poder estatal, sometido plenamente a las condiciones económicas que se han dictado desde fuera. Con motivo de la crisis, se ha intentado implantar una "interpretación económica de la Constitución" que ha debilitado los valores inspiradores del constitucionalismo. Por otro lado, la crisis democrática, que se ha manifestado a partir del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas, con la incidencia que han tenido las grandes agencias proveedoras de servicios en Internet sobre los procesos electorales, mediante el diseño tecnológico de propaganda masiva adaptada a las redes sociales. El Estado Nación se encuentra actualmente inerte frente a estos agentes globales de la especulación financiera en los mercados y de la manipulación publicitaria el espacio público (que tienen conexiones entre sí). El constitucionalismo de nuestra época solamente puede aspirar a una regulación global o, cuando menos, supranacional, efectiva.*

*Más allá de los efectos visibles de la intervención de estos nuevos poderes globales, se están generando algunos problema estructurales que pueden afectar a la esencia misma del constitucionalismo en su última fase de desarrollo hasta ahora, la representada por las constituciones normativas y la democracia pluralista. En el plano económico, se están minando las bases del Estado social y se están deteriorando sus raíces culturales. En el plano comunicativo, pese a la potencialidad participativa que tienen las redes sociales, se está generando un cre-*

*ciente aislamiento y encapsulamiento de la ciudadanía en grupos y un cambio de patrones de conducta en los partidos políticos y en los medios de comunicación, que dificultan cada vez más los procesos comunicativos reflexivos, orientados a la formación de consenso, que eran propios de la democracia pluralista. La segmentación y disgregación progresiva del espacio público se está viendo potenciada extraordinariamente por las redes sociales, ya que les resulta económicamente productiva a las grandes plataformas de Internet. La generación de inestabilidad política y de conflictos sociales virtuales a través de las redes incrementa sus ingresos publicitarios. La lógica economicista que se ha instalado en los grandes agentes globales está provocando un retroceso civilizatorio y una crisis existencial del constitucionalismo que hemos conocido hasta ahora.*

**Palabras clave**

*Constitucionalismo, crisis económica, redes sociales, integración europea, democracia.*

**Abstract**

*Even if the gradual incorporation of constitutionalism on the international and global level involves partial civilizing advances, the truth is that the 21st century is causing an essential transformation in the historical conditions that led to its formation and development. Globalization has generated a context characterized by acceleration and permanent transformation, both in the economic and technological fields. The changes that have taken place in the almost two decades of the 21st century have substantially altered the world that we had known until the end of the 20th century. New agents of global power, both public and private, which are not linked to the values that inspired constitutionalism, have emerged. In the case of the public powers, because they are authoritarian states which lack of democratic structures. In the private sector because they have linked their activity to the exclusive logic of economic benefit, distorting the democratic values that had ruled until recently the public sphere.*

*The increasing permeability of the State to the global agents that act in the financial and communicative plane, has determined the two great crises of the constitutionalism in front of the globalization in this 21st century. On the one hand, the financial crisis, which has led to an outsourcing of a state power fully subject to economic conditions that have been dictated from outside. On the occasion of the crisis, an attempt has been made to implement an "economic interpretation of the Constitution" that has weakened the inspiring values of constitutionalism. On the other hand, the democratic crisis, which has manifested itself from the Brexit and the US presidential elections, with the impact that the large Internet service provider agencies have had on the electoral processes, through the technological design of adapted mass propaganda to social networks. The Nation State is currently defenceless against these global agents (which have connections among themselves) of financial speculation in the markets and public space manipulation. The constitutionalism of our time can only aspire to a global or, at least, supranational regulation, to be effective.*

*Beyond the visible effects of the intervention of these new global powers, some structural problems are being generated that may affect the very essence of constitutionalism in its last*

*phase of development until now, that represented by normative constitutions and pluralist democracy. At the economic level, the foundations of the social and democratic State of Law are being undermined and their cultural roots are deteriorating. On the communicative level, despite the participative potential of social networks, there is a growing isolation and encapsulation of citizenship in groups and a change in behaviour patterns in political parties and in the media, which make more and more difficult reflective communicative processes, oriented to the formation of consensus, which were typical of pluralist democracy. Social networks are extraordinarily enhancing the segmentation and progressive disintegration of the public space, since it is economically productive to the large Internet platforms. The generation of political instability and virtual social conflicts through networks increases their advertising revenues. The economist logic that has been installed in the great global agents is provoking a civilizing setback and an existential crisis of the constitutionalism that we have known up to now.*

**Key words**

*Constitutionalism, economic crisis, social networks, European integration, democracy.*

Recibido: 10 de diciembre de 2018

Aceptado: 27 de diciembre de 2018

# INTERNET Y DEMOCRACIA

## Internet and Democracy

TOMMASO EDOARDO FROSINI

*Catedrático de Derecho Público Comparado de la Universidad Sour  
Orsola Benincasa de Nápoles (Italia)*

### SUMARIO:

- I. Internet y liberalismo, antes que democracia.
- II. Ayer el video-poder; ¿hoy el poder de internet?
- III. La crisis de la representación como crisis del representado.
- IV. Internet y la nueva democracia de masas.
- V. Reforzar la participación política a través de internet.
- VI. La democracia en internet y sus críticos.

## I. INTERNET Y LIBERALISMO, ANTES QUE DEMOCRACIA

La compleja y complicada relación entre Internet –o bien eso que se manifiesta a través de la Red y en particular de las redes sociales– y la democracia –como el modo y el método con el cual se organiza la sociedad contemporánea– es ya un tema que suscita gran atención y reflexión por parte de los estudiosos de las ciencias sociales. Divididos entre los que sostienen cómo y por qué Internet puede reforzar la democracia, y los opositores, que ven en Internet una amenaza para la capacidad democrática de los Estados<sup>1</sup>.

Me uno a los primeros, porque considero que Internet puede representar una oportunidad para mejorar las formas de la democracia, especialmente en términos de participación política. No creo, sin embargo, que este enfoque deba articularse con exaltaciones acríticas, ignorando las dudas que Internet vierte sobre el funcionamiento de la democracia, como más adelante aclararé.

Pero antes de nada quisiera sentar una premisa general. Considero que el fenómeno de Internet está relacionado más con el liberalismo que con la democracia. Y es que más que condicionar el modo de ser del poder y su declinación en términos

1 Sobre estas cuestiones véase S. COLEMAN, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Polity Press, Cambridge, 2017.

de igualdad, destaca la libertad del individuo que se expresa a través de las potencialidades de la llamada *net freedom*. Lo que quiere decir sobre todo libertad de expresión como nunca hasta ahora se había podido manifestar en su ejercicio individual. Hoy en día buscar, recibir y difundir sin límites de fronteras informaciones e ideas es verdaderamente posible, gracias a Internet. Y es un logro considerable de la libertad del individuo<sup>2</sup>. Por tanto, Internet, y de manera más general las tecnologías —a mi parecer—, representan un desarrollo de las libertades; o más bien, cómo las libertades han podido crecer notablemente y expandirse hacia nuevas fronteras del actuar humano precisamente gracias al progreso tecnológico. Ciertamente, las tecnologías no producen sólo libertad; por decirlo de algún modo, la tecnología puede estar al servicio del hombre bueno o malo, del gobernante ilustrado o del déspota. En un Estado constitucional liberal, sin embargo, la dirección política debería estar siempre dirigida hacia intervenciones que den valor y hagan crecer las libertades del individuo, y la utilización de las tecnologías no puede más que ser instrumental a este objetivo. Ciertamente existe un frente adverso: muros virtuales se erigen en lugar de los de piedra. De hecho, existen países (no liberales) que han construido barreras electrónicas para evitar el acceso a parte de la red global, y lo han hecho borrando palabras, nombres y frases clave de los motores de búsqueda, o bien violando la *privacy* de los ciudadanos<sup>3</sup>. Una nueva cortina de información está cubriendo una parte del mundo, donde los videos y los blogs son ya los *samizdat* de nuestros días. Esto, sin embargo, confirma la vocación liberal de Internet, y el miedo que de esta libertad global tienen países intolerantes a la tecnología, pues la viven como una amenaza a su poder absoluto<sup>4</sup>. Basta pensar en la forma en que las tecnologías permitirían,

2 Expuse profundamente ésta y otras tesis en T. E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, Editore Scientifico, Nápoles, 2015.

3 Datos y noticias en E. SCHMIDT y J. COHEN, *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, Rizzoli, Milán, 2013, pp. 100 y ss., que hablan de "filtración" y recuerdan cómo China es "el filtrador de informaciones más activo y entusiasta del mundo [...] el Great Firewall of China, como se llama al instrumental usado por el gobierno para oscurecer los sitios, es un verdadero guardián de la integridad nacional china".

4 Véase, por ejemplo, el reciente caso de Turquía, donde con la ley de febrero de 2014, el gobierno obliga a los proveedores de servicios de internet a transformarse en agentes de vigilancia y censura realizando remociones y bloques selectivos de contenidos online desagradables y coleccionando todos los datos de los usuarios e incluso sus correos electrónicos: en caso contrario, le revocan la licencia. Cfr. S. ESEN y D. KUMCU, "Internet Freedom in Turkey", *Percorsi costituzionali*, núm. 2, 2014, pp. 581 y ss.



y ya lo hacen, superar al Estado como epicentro único de decisión y poner de esta manera en crisis el concepto de soberanía, tradicionalmente entendido<sup>5</sup>.

He de añadir, así, que se esté desarrollando un nuevo modo de ser del constitucionalismo, el cual se va delineando sobre las robustas y sólidas raíces de la separación de poderes y de la garantía de los derechos con referencia precisamente a la tecnología; o mejor, como manera de dar fuerza y protección a los derechos de libertad del individuo en un contexto social profundamente cambiado por la innovación tecnológica y de sus derivados en el ámbito del Derecho<sup>6</sup>. Se ha hablado también de un "nuevo constitucionalismo, que pone de relieve la materialidad de las situaciones y de las necesidades, que identifica nuevas formas en los vínculos entre las personas y las proyecta en una escala diversa de aquella que hasta ahora habíamos conocido<sup>7</sup>". En este sentido, regresa con fuerza y siempre con mayor convicción la doctrina de la llamada "libertad informática<sup>8</sup>", que con Internet se ha convertido en una exigencia de libertad en sentido activo, no libertad "de" sino libertad "para", que es aquella que se vale de los instrumentos informáticos a fin de proveer y obtener informaciones de cualquier clase. Es el derecho de participación en la sociedad virtual, que ha sido generada con la llegada de las computadoras en la sociedad tecnológica: es una sociedad de componentes móviles y de relaciones dinámicas, y en la que cada individuo participante es soberano en sus decisiones. Nos encontramos, indudablemente, frente a una nueva forma de libertad, que es la de comunicar con quien se quiere,

5 Sobre este punto, véase A. SIMONCINI, "Sovranità e potere nell'era digitale", en T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (coords.), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier, Milán, 2017, pp. 19 y ss., que habla del "paradigma tecnológico dominante" y de la "auto-matización como nuevo poder enemigo de la auto-nomía" e invoca el principio de "precaución" constitucional para gobernar la tecnología digital.

6 Desarrollos en H. RUIZ-FABRI y M. ROSENFELS (coords.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Société de Législation Comparée, París, 2011. Véase también R. GARGARLELLA (coord.), *La Constitución en 2010. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno, México, 2011. He profundizado sobre el tema del constitucionalismo en la sociedad tecnológica en T. E. FROSINI, "Costituzionalismo 2.0", *Rassegna Parlamentare*, núm. 4, 2016, p. 673.

7 Así, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 7.

8 La doctrina de la libertad informática fue elaborada por V. FROSINI, "La protezione della riservatezza nella società informatica", en N. MATTEUCCI (coord.), *Privacy e banche dei dati*, il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 y ss. (ahora en V. FROSINI, *Informatica diritto e società*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 173 y ss.), y además, con referencia a Internet: V. FROSINI, "L'orizzonte giuridico dell'Internet", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 2, 2000, pp. 271 y ss.

difundiendo las propias opiniones, pensamientos materiales, y la libertad de recibir. Libertad de comunicar, por tanto, como libertad de transmitir y de recibir. Ya no es sólo el ejercicio de la libre manifestación del pensamiento del individuo, sino sobre todo la facultad de éstos de constituir una relación, de transmitir y requerir informaciones, de poder disponer sin límites del nuevo poder de conocimiento conferido por la telemática.

## II. AYER EL VIDEO-PODER; ¿HOY EL PODER DE INTERNET?

Cursos y recursos históricos, podría decirse. Cuando se rompieron las incrustaciones estatistas del monopolio estatal televisivo, permitiendo que también los particulares dieran información (y espectáculo) a través de las redes televisivas, y por tanto se diera paso a formas de liberalización del éter, explotó también el tema del llamado *video power*. Y, en consecuencia, el temor de que la televisión pudiese convertirse, en manos de particulares, en un instrumento de poder capaz de orientar, o bien manipular, las decisiones políticas de la ciudadanía. Sobre esto escribió Giovanni Sartori, y fue uno de los primeros<sup>9</sup>. No niego que la televisión pueda tener capacidades persuasivas, pues es una de sus funciones comerciales (como acontece en el caso de los *spots* publicitarios), pero hoy, a años de distancia y con la experiencia que hemos adquirido, me parece que puede considerarse significativamente reducido el poder del video, especialmente en las campañas electorales, donde se temía que éstas pudieran facilitar la victoria de *outsiders* improvisados. Dominaba la convicción de que la videopolítica —como argumentaba Sartori— convierte la elección en un elemento altamente fortuito, donde el vencedor es el resultado de un *match* televisivo determinado predominantemente por el aspecto (la cara que gusta) y confiado a *flashes*, a mensajes persuasivos, de diez segundos. Por ello, entonces, la exigencia de regular la propaganda electoral televisiva reduciéndola en modos y tiempos dictados por la *par condicio*. No entro en el fondo, pero confirmo mis reservas sobre la comprensión del *free-market ideas*<sup>10</sup>.

Si ayer era el video-poder el que podía minar los fundamentos de la democracia, según una opinión que en esa época se había difundido, hoy las mismas críticas y

9 G. SARTORI, "Videopolitica", *Rivista italiana di scienza politica*, núm. 2, 1989, pp. 185 y ss. (posteriormente modificado, "Videopotere", *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 303 y ss.); pero véase también F. C. ARTERTON, *Video Politics*, Lexington Books, Lexington, 1984.

10 Reservas que formulé en un ya lejano escrito mío: T. E. FROSINI, "Il decreto legge sulla par condicio nella forma di governo in transizione", en F. MODUGNO (coord.), *Par condicio e Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1997.

reservas se dirigen al llamado *Internet power*. Ésta es la razón por la que he hablado de cursos y recursos históricos. De hecho, creo que también el temor de una posible dictadura de la *web* es excesiva, y se reduce, como en el caso de la televisión, a un miedo poco fundado. Por el contrario, la política, o de manera más general las formas en que se aplican los procedimientos democráticos, podría salir reforzada, revigorizada y relanzada.

Antes de ver cómo Internet puede reforzar los modos y las formas de la democracia, creo que es oportuno un breve razonamiento sobre la representación democrática hoy, propedéutico en algunos aspectos precisamente al posible soporte de la *web* a las democracias febriles. Es necesario partir de un dato fáctico, que es la crisis de la representación política que existe en numerosas democracias contemporáneas.

### III. LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN COMO CRISIS DEL REPRESENTADO

Es cierto que ha entrado en crisis ese modo tradicional de ser de la representación política: es decir, el mandato para representar a la nación, la responsabilidad atribuida a quien representa, los partidos políticos como asociaciones que representan al electorado, el ejercicio de la función legislativa como tarea primaria de las asambleas representativas, y así también la función de control. Es más, la crisis de la representación también está determinada por la dificultad de encontrar un equilibrio, o mejor dicho una síntesis entre representar y gobernar<sup>11</sup>. Y por tanto al respecto de qué fórmula electoral y de gobierno se haya de adoptar para no comprimir la representación, pero al mismo tiempo valorar la gobernabilidad. De hecho, representar y gobernar es la difícil cuestión sobre la que se mueven las formas de gobierno de las democracias modernas<sup>12</sup>.

La crisis de la representación es también así crisis del representado, pues ha perdido sus referencias políticas e institucionales. Y esto ya sea por la licuefacción de los partidos, que cada vez sirven menos como puente entre la sociedad política y la sociedad civil (como un tiempo se decía); o por la pérdida de centralidad del Parlamento, como órgano que ya no decide; o incluso, por la desaparición de la relación entre representante y territorio, y por tanto la presencia del elegido como expresión de un colegio electoral. Además, la representación política ha abdicado en favor de

11 Discuto los términos del problema en T. E. FROSINI, "Governare è meglio che rappresentare?", *Rassegna Parlamentare*, núm. 1, 2012, p. 7 y ss.

12 Cfr. T. E. FROSINI, *Constitución, democracia y estado de derecho*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2017, *passim*.

otras formas representativas: las de los intereses, a través de los *lobbies*; las territoriales, en virtud de una acentuación de la descentralización política y administrativa; las de género, que empujan hacia una representación paritaria forzada a través de leyes y normas constitucionales<sup>13</sup>.

La representación, por tanto, se ha parcelado como consecuencia de la acentuación del pluralismo social que parece ya no poder comprimirse sólo en el perímetro parlamentario. Está en crisis la delegación para tomar decisiones:<sup>14</sup> no puede sustentarse con base en una renovada valoración del principio constitucional de soberanía popular, sino más que nada sobre una (todavía) confusa forma de intervencionismo directo, que quisiera encontrar en la *web* su capacidad de decisión. Y es así que, en cambio, se manifieste, de manera explícita, la crisis del representado, de aquel que busca en otro lugar forma y sustancia para expresar su pensamiento y verlo resuelto en acción, descartando la opción tradicional de la representación política a través del voto, que asume efectividad con el principio mayoritario.

Pero todavía hay más: está en crisis incluso el concepto de soberanía, porque se considera un principio que puede reducirse a un fuerte arbitrio, enemigo del Derecho<sup>15</sup>. Se sostiene que sólo existe el constitucionalismo de los derechos, capaz de purificar la política normativizándola. Otra cuestión, en cambio, tiene que ver con el contraste, siempre más radical, entre el contexto actual de los ordenamientos democráticos y la dimensión global del mercado y de las finanzas, que condicionan las políticas públicas. El paradigma de la soberanía, al que la práctica de la democracia ha estado hasta ahora ligada, ha sido puesta en crisis por una *governance* mundial, que hace referencia a grupos de interés de carácter no electivo, y por tanto sin legitimación democrática<sup>16</sup>. En este sentido, se hace referencia a la arena global de

13 Para una serie de consideraciones, R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (coords.), "La rappresentanza in questione", *Giornate di Diritto e Storia costituzionale "Atelier 4 luglio – G.G. Florida"*, Nápoles, 2016. Véase también el volumen: C. BASSU y G. G. CARBONI, *Rappresentanza e globalizzazione*, Turín, 2016, que se origina por el Congreso de la Associazione DPCE, que tuvo lugar en Sassari el 16 de octubre de 2016, y que contiene diversas contribuciones, que tratan las dimensiones de la relación entre representación y globalización. Se reenvía también a la parte monográfica, con numerosas e interesantes contribuciones, dedicada a "Rappresentanza senza populismo", de *Percorsi costituzionali*, núm. 1, 2017.

14 Sobre este tema, véase A. SCHIAVONE, *Non ti delego*, Rizzoli, Milán, 2013.

15 Al respecto véase el interesante estudio de S. SASSI, "Crisi della sovranità e diritto transnazionale", *Percorsi costituzionali*, núm. 1, 2017, pp. 247 y ss.

16 Sobre este punto, la contribución de G. CERRINA RERONI, "Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione", en C. BASSU y G. G. CARBONI, *op. cit.*,

las organizaciones y de los reguladores internacionales, los cuales interactúan entre ellos, y entre ellos y los particulares, a través de un complejo sistema de reglas y de normas, provocando el riesgo del advenimiento de una "tecnocracia global", de la que ha hablado Shapiro<sup>17</sup>.

Las instituciones de la democracia se han debido enfrentar con la necesidad de gobernar dinámicas sociales rápidamente cambiantes y cada vez más complejas como consecuencia del surgimiento de los procesos de globalización y de la explosión de la revolución tecnológica.

#### IV. INTERNET Y LA NUEVA DEMOCRACIA DE MASAS

La revolución tecnológica ha operado con fuerza sobre la organización política de la sociedad occidental, y lo hará incluso más en los años por venir. Ha creado las condiciones para que se formara una nueva democracia de masas, como ha sido claramente definida,<sup>18</sup> distinta y distante de los regímenes de masas de la primera mitad del siglo XX, en los cuales el individuo permanecía en una sujeción psicológica receptiva y pasiva con una total obnubilación de las libertades personales. Esas mismas libertades que, en cambio, se exaltan y valoran en la nueva democracia de masas,

*"no es sin embargo un destino fatal e irreversible de la sociedad moderna. Ésta es sólo una directriz de marcha de la humanidad, caracterizada por la huella de la civilización tecnológica que le imprime el procedimiento [...] En ella se realiza con aparente paradoja una nueva forma de libertad individual, un crecimiento de la sociabilidad humana que se ha crecido en el amplio horizonte del nuevo circuito de las informaciones, una potenciación, por tanto, de la energía intelectual y operativo del individuo que vive en la comunidad"*<sup>19</sup>.

La libertad informática no se agota, sin embargo, en la (renovada) dimensión de la comunicación y de la información. Ésta comprende también la libertad política y la organización institucional. A través de la tecnología cambian siempre en mayor medida los arreglos institucionales conocidos y la forma en que el proceso democrático es influenciado profundamente por la manera en que circulan las informaciones, ya que la disponibilidad de éstas por parte de todos los ciudadanos se presenta como un prerequisite del proceso. La libre circulación de la información

pp. 45 y ss.

17 M. SHAPIRO, "Deliberative, Independent Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the UE?", *Law & Contemporary Problems*, 2005, pp. 241 y ss.

18 Así, V. FROSINI, *La democracia nel XXI secolo*, Liberilibri, Macerata, 2010, pp. 23 y ss.

19 V. FROSINI, *La democracia nel XXI secolo*, *op. cit.*, p. 34.

puede producir la formación de una conciencia civil y política más informada mediante una llamada a la capacidad de juicio del ciudadano, que ya no es episódica, sino que más bien se ha vuelto parte de un circuito comunitario de información y de responsabilidad. La democracia, y su forma, se plantea de manera diversa a la de los siglos precedentes: cambian los significados de representación y de soberanía, avanza una nueva democracia de masas, que rompe los círculos cerrados de las élites en el poder, obligando a los representantes de la voluntad popular, por decirlo así, a bajar a la plaza telemática y a confrontarse directamente con los representantes, en las nuevas formas asumidas por la tecnopolítica<sup>20</sup>. La nueva democracia ha recibido ya diversas denominaciones: democracia "electrónica" (pero este término define el instrumento y no al agente); "virtual" (pero de esta manera la indicación política resulta debilitada); "continua" (por su carácter de referéndum perenne); o bien "nueva democracia de masas" (con referencia a la antigua democracia directa)<sup>21</sup>. Esta ha recibido valoraciones opuestas, dividiéndose sus intérpretes en dos grupos, los que la sostienen y sus detractores, y divididos sobre la respuesta a la cuestión de fondo, que puede ser formulada en los siguientes términos: ¿el impacto político de las tecnologías informáticas sobre los frágiles sistemas complejos que son las democracias contemporáneas favorecería la construcción de un ágora o de totalitarismo electrónicos? La dialéctica de los juicios sobre la nueva forma de democracia está, sin embargo, fundada en un presupuesto común de discusión: la superación de la actual democracia de tipo representativo-parlamentaria<sup>22</sup>.

20 Sobre esta cuestión, véase S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997; S. RODOTÀ, "Libertà, opportunità, democrazia e informazione", en "Internet e Privacy: quali regole?", Actas del congreso organizado por el Garante para la protección de datos personales, Roma, 1998, pp. 12 y ss. El cual, al referirse a la Internet, la define como "una forma que la democracia puede asumir, y una oportunidad para reforzar la declinante participación política. Es un modo para modificar los procesos de decisión democrática".

21 Sobre las diversas definiciones citadas en el texto, véanse en ese orden los siguientes estudios: L. K. GROSSMAN, *The Electronic Republic, Reshaping Democracy in the Information Age*, Viking, Nueva York, 1995; L. SCHEER, *La democrazia virtuale*, trad. G. Comerio, Costa & Nolan, Génova, 1997; D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ, París-Bruselas, 1995; V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, Ideazione, Roma, 1997 (V. FROSINI, "La democrazia informatica non è autoritaria, ma di massa", *Telèma*, núm. 14, 1998, pp. 105 y ss.).

22 Véase I. BUDGE, *The new Challenge of Direct Democracy*, Polity, Cambridge, 1996, el cual sostiene que el nuevo desafío de la democracia directa dará a los ciudadanos los instrumentos informativos y formativos para una participación consciente en la vida política de la comunidad a la cual pertenecen y llevará también a revitalizar los organismos representativos. Véanse también las críticas

También la llamada democracia electoral –aquella fundada en el mecanismo del voto– ya está sufriendo transformaciones después del desarrollo tecnológico de las sociedades contemporáneas. Por ahora, las transformaciones están relacionadas esencialmente con las técnicas de votación, o bien con la forma en que se vota. La papeleta electoral en papel sobre la que se coloca la propia elección política está próxima a ser dejada de lado. Está ya en fase de utilización en diversas partes del mundo<sup>23</sup> el llamado voto electrónico, que prevé la emisión del voto a través de computadoras. En lugar de poner una marca con un lápiz sobre la papeleta electoral, se podrá oprimir una tecla de la computadora, en cuya pantalla se reproduciría la papeleta electoral, y expresar así el voto y la propia preferencia política. Esta técnica de votación –que es simple de realizar en el caso del voto para los referendos, debiendo elegir sólo entre un "sí" o un "no"– permitiría tener los resultados electorales en un brevísimo tiempo una vez que se hayan cerrado las votaciones, y evitar los agotadores cálculos y escrutinios que, por otro lado, siempre están sujetos al riesgo de fraudes electorales. La votación *online* podría también ser utilizada, con simplificación y racionalización, para las primarias con las que se seleccionan a los candidatos a los cargos de elección popular. En lugar de mesas dispersas por todo el territorio para la emisión del voto, con mayor riesgo de fraude o líos en el cómputo final, bastaría una organización en la *web*, donde pudieran recogerse *online* los sufragios de quienes quisieran expresar su preferencia por las candidaturas.

Pero los escenarios futuros de la democracia electoral no paran con el voto electrónico. De hecho, se podría también prever el voto a través de la propia computadora de casa, o incluso a través del televisor con auxilio del control remoto. Ciertamente, esta técnica de votación casera si bien por un lado podría reducir el abstencionismo (así como los gastos electorales), por otro lado, impondría la fijación de toda una serie de garantías (incluso de carácter técnico) para proteger la libertad de voto. Libertades que también –y quizá, sobre todo– en la época de la política tecnologizada y globalizada permanece siempre como un valor constitucional al que se debe proteger celosamente. Pero frente al futuro debemos mostrarnos optimistas y apostar por un renovado progreso de la civilización, dando la bienvenida a la nueva

y censuras de E. MOROZOV, *L'ingenuità della rete. Il lato oscuro della libertà in Internet*, trad. M. Renda y F. B. Ardizzoia, Codice edizioni, Turín, 2011. Con consideraciones en claroscuro, M. AINIS, "Democrazia digitale", *Rassegna Parlamentare*, núm. 2, 2013, pp. 263 y ss.

23 Sobre la difusión del voto electrónico en el mundo, véase L. TRUCCO, "Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale", en T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (coords.), *op. cit.*, pp. 427 y ss.

democracia tecnológica del siglo XXI, que se funda en la libre iniciativa individual, en la responsabilidad del ciudadano como persona y en su facultad de elección y de decisión. El voto individual se protege y potencia en su disposición telemática, que elimina las manipulaciones, los errores y los fraudes de los sistemas en papel, que permite una posibilidad de elección con el voto inconexo, alternativo o de reserva, que puede ser controlado y calculado con la ayuda de una computadora. Es una democracia no delegante sino participativa, que manifiesta una nueva forma de libertad marcada por la participación del ciudadano en la vida de la colectividad en forma de participación en el poder político. Nace de esta manera una

*"república libre de la información automatizada [que] equivale, por su funcionalidad de comunicación y por tanto también de sugerencias, revelaciones, acuerdos y delegaciones, a una nueva forma democrática de sociedad que instaura las condiciones técnicas para la puesta en práctica de un régimen político de la democracia de masas<sup>24</sup>".*

## V. REFORZAR LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DE INTERNET

Y llegamos al punto decisivo: ¿puede Internet reforzar la democracia?<sup>25</sup> Hasta ahora creo haber dado una respuesta sin duda positiva. Ahora intentaré explicar cómo y por qué, para posteriormente desarrollar algunas observaciones conclusivas sobre algunas reservas que de cualquier forma deben ser tomadas en cuenta respecto al tema planteado en la pregunta inicial.

Si la democracia debe ser (también) participación eficaz y efectiva en las decisiones públicas por parte de la ciudadanía,<sup>26</sup> entonces creo que Internet puede contribuir de manera importante en su realización. ¿Cómo? A través de la posibilidad que ofrece la red de promover, mejorar y expandir formas de democracia directa –como *town-hall meeting*, *consensus conference*, referéndum e iniciativas populares– y de democracia indirecta para el trámite de funciones informativas y de *feedback* populares.

No faltan así distintas experiencias en diversos países, que se van consolidando siempre en mayor medida. La más relevante es la que se presentó en Islandia, donde

24 Así V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, op. cit., p. 33.

25 Para emplear la pregunta que se plantea S. COLEMAN, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, op. cit.

26 Sobre este tema, véase S. RODRÍGUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017.



se procedió, entre abril y julio de 2011, a una especie de participación electrónica en el proceso de revisión constitucional (*web-designed Constitution*), a través de la consulta *online*, involucrándose a los trescientos mil habitantes de la isla a través de las redes sociales masivas, como *Facebook* y *Twitter*<sup>27</sup>. Se procedió entonces a un *constitutional crowdsourcing*, que produjo cerca de tres mil seiscientos comentarios para un total de trescientas sesenta propuestas. El resultado de este proceso participativo fue aprobado posteriormente por una grandísima mayoría a través de un referéndum, que se llevó a cabo en octubre de 2012, pero que posteriormente se volvió vano por la victoria electoral, en el 2013, de la mayoría de los opositores de la nueva Constitución.

El ejemplo islandés es uno de los más llamativos en los términos de modificación de la Constitución. Otros ejemplos, más difundidos, son los que conciernen medidas legislativas o bien administrativas. Como en Finlandia, donde, a partir del 2012, está activa una plataforma digital *Open Ministry*, que permite a los ciudadanos presentar *online* propuestas de iniciativa parlamentaria o comentarios sobre las leyes en discusión (*crowdsourced law-making system*). Otros ejemplos se podrían referir *Around the World*, y también en Italia a nivel regional como en el caso de la Toscana, con el *electronic Town Meeting*. En suma, con estas nuevas formas de participación directa en las decisiones de política pública, de las comunidades virtuales que se agregan en Red hasta las deliberaciones cuya decisión está precedida por una amplia discusión *online*, el objetivo es "transformar al ciudadano de espectador en actor"<sup>28</sup>.

Ciertamente, una precondition para el éxito de la participación de los ciudadanos a través del uso de Internet (*netizenship*, como contracción entre *net* y *citizenship*), es el derecho de acceso a Internet. El acceso a Internet constituye el modo con el cual el sujeto se relaciona con los poderes públicos, y por tanto ejerce sus derechos de ciudadanía. Negar el acceso a Internet, o bien hacerlo costoso y en consecuencia exclusivo, significa imposibilitar el ejercicio de la mayor parte de los derechos de ciudadanía. El derecho de acceso a Internet es un tema sobre el cual insisto desde hace ya tiempo, y por tanto reenvío a lo que se ha escrito<sup>29</sup>.

27 H. LANDEMORE, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", *The Journal of Political Philosophy*, núm. 2, 2015, pp. 166 y ss.

28 Así, M. AINIS, *op. cit.*, p. 271.

29 Cfr. T. E. FROSINI, "Il diritto costituzionale di accesso a Internet", *Rivista Associazione dei Costituzionalisti*, núm 1, 2011. Por último, T. E. FROSINI, "Il diritto di accesso a Internet", en T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (coords.), *op. cit.*, pp. 41 y ss.

Otras dos palabras finales sobre la acentuación de las formas participativas políticas a través de Internet: el referéndum y el *recall*. En el primer caso está claro que puede ser activado en Red en forma continua, sin formalidades procedimentales ni límites en su objeto. De esa manera, sin embargo, más que referéndum, que tiene y no puede no tener una dimensión constitucional y legislativa, se trataría de una forma de sondeo, o bien una manera con la cual la ciudadanía sería llamada (¿por quién? este es el problema) a expresarse sobre algunos temas de interés público. Sin ningún vínculo jurídico con el resultado, si acaso se trataría de una propuesta persuasiva sobre la utilidad o no de asumir esa medida objeto de la pregunta en la *Web*. En el fondo, los ejemplos que he referido en primer término se apegan a este tipo de mecanismo. Temer la avanzada de los llamados referendos en Red, que puedan poner en riesgo el sistema de la representación política, me parece excesivo. Y, de cualquier forma, nos guste o no, se trata de un aumento de la dosis de democracia de la ciudadanía, que de esta manera se involucra en mayor medida, incluso en términos consultivos, en las decisiones que le conciernen directamente. Es demasiado elitista sostener que de esa manera se extiende la competencia para decidir a un número creciente de incompetentes, admitiendo sin ambages que en las oficinas en que se toman las decisiones legislativas están sentadas personas competentes.

Otra cuestión es el *recall*, o bien el voto para revocar a alguien electo, sea presidente o parlamentario. La institución es conocida y difundida en diversas partes del mundo: en algunos Estados de Norteamérica y en algunos países de Sudamérica<sup>30</sup>. Es evidente que la *Web* simplificaría, y por mucho, los procedimientos para activar la revocación. Bastaría un clic para decidir si destituir o no a la persona electa. Cierto es que el *recall* puede funcionar donde se da una elección mediante sufragio universal del Presidente (como en el caso de Venezuela, donde Chávez fue sometido, sin éxito, a *recall*) o del Gobernador (como en el caso de California donde, con el voto popular, fue destituido Gray Davis, a sólo once meses de la elección)<sup>31</sup>. Y se pueden estudiar modos y métodos de la revocación en un sistema de elección con colegio uninominal. Salvo verificar su compatibilidad con la prohibición de mandato imperativo, que es aún uno de los baluartes de la democracia parlamentaria<sup>32</sup>.

30 Sobre los cuales, véase S. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

31 Cfr. A. DE PETRIS, "Da "We the people" a "Hasta la vista, Davis!": origini, evoluzione e profili di costituzionalità del recall negli ordinamenti degli Stati Uniti", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 4, 2004, pp. 1793 y ss.

32 Para los términos de la cuestión, véase R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2005.

De hecho, el mandato vinculante es compatible con la Red, pero incompatible con las instituciones representativas.

## VI. LA DEMOCRACIA EN INTERNET Y SUS CRÍTICOS

Existe alguna espina en la rosa de la democracia en Internet y, por tanto, es necesario manejarla con cuidado para evitar pincharse.

Se sostiene que el exceso de intervencionismo en la Red puede debilitar las instituciones representativas, que corren el riesgo de ser sometidas a los deseos del *Internet people*. Y que por tanto los partidos políticos atenuarían su alcance constitucional por estar sobrepasados por la movilización *online*. Hipótesis ciertamente sugestivas; pero se trata de cualquier manera de hipótesis, que deben verificarse. Diría que depende de nosotros y del uso que hagamos de ellas. Depende de la responsabilidad de los gobernantes y de la de los gobernados. Y, de cualquier forma, el momento decisional es siempre el voto, que determina las decisiones de dirección política las cuales permanecen confiadas a la mayoría parlamentaria y a su gobierno. Imaginar que todo esto pueda ser borrado de la Red y de sus aplicaciones a los procesos decisionales, quiere decir imaginar el fin del constitucionalismo. La red, entonces, podrá servir, en positivo, para aumentar el nivel de participación política de los ciudadanos, a través del pluralismo de las informaciones y el intercambio de las mismas entre ciudadanos y entre éstos y los representantes de las instituciones y de las administraciones. Ciertamente, la Red podrá, en negativo, si se usa mal y con intenciones demoledoras, debilitar el papel de los partidos, transformándolos en meros lugares de recolección de las propuestas presentadas y compartidas por la Red. Esto, sin embargo, depende de la rebelión de las masas frente a la partidocracia y a la omnipresencia de los partidos y al monopolio político de los mismos. Toca entonces a los partidos saber hacerse más ligeros y menos tentaculares. Quizá, pienso en Italia, a través de una ley que los regule y circunscriba su perímetro de competencia e intervención pública<sup>33</sup>.

Se ha señalado correctamente, que "A pesar de ello, Internet ya ha modificado la percepción de la democracia [...] ha cambiado la opinión pública, corrigiendo la manera en que se forman tanto los juicios como las expectativas [...] los ciudadanos tienden a volverse más exigentes hacia sus gobiernos [...]. Ha reforzado los poderes

33 He discutido este tema en T. E. FROSINI, *Forme di governo e partecipazione popolare.*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 363 y ss.

de control de los electores sobre los electos, pero ha también multiplicado su capacidad de iniciativa, hasta transformar —a veces— a cada individuo en un legislador<sup>34</sup>.

Otra (pequeña) espina en la rosa de la democracia en Internet: la violación del secreto del voto. Esto dependería de los *likes* que demos en las redes sociales, como por ejemplo *Facebook* o *Twitter*<sup>35</sup>. Porque cada *like* que dejamos en las redes sociales sería una pieza en un censo voluntario de masas, que terminaría por ofrecer oportunidades y poderes a quien quiere orientar las opiniones. Estudios conducidos por psicólogos, además, sostienen que bastan sesenta y ocho *likes* de un usuario de *Facebook* para identificar el color de su piel (con una precisión del 95%), la orientación sexual (88%) y la política (85%). De estos estudios nacieron sociedades de investigación como *Cambridge Analytica*, las cuales observando y monitoreando las páginas de *Facebook* por ejemplo en enero, son capaces de prever la forma en que votarás en noviembre. Si las opiniones políticas son conocidas por *Facebook*, el voto ya no es un secreto. Pero no deja de ser una situación similar a la de los militantes o a la de quien escribe un blog político. No obstante además está siempre la autodeterminación del individuo: si le da *likes* a sus preferencias políticas sabe bien que de esta forma hará conocer a terceros su orientación electoral.

Aún otra (pequeña) espina, que puede pinchar el correcto funcionamiento de la democracia en Internet. Se trata de las llamadas *fake news*: es decir de las noticias falsas y tendenciosas, que circulan en Internet y que podrían engañar al consumidor, o bien informar de manera incorrecta y mendaz al ciudadano. Se han señalado incluso riesgos para la democracia y se ha querido someter Internet a reglas de garantía sobre la calidad de las noticias, quizá certificadas por una Autoridad independiente. Expreso mi desacuerdo con esta hipótesis. Las noticias falsas siempre han existido (y existirán) en todos los sectores de la comunicación pública y privada, en la prensa y en la red. En esta última, además, ha de tenerse en cuenta teniendo en cuenta que se amplía la libertad de expresión, que permite mayor transparencia y por tanto permite revelar en mayor medida la verdad contra toda censura. En la red existe concurrencia y pluralismo, en el ámbito de la oferta de informaciones<sup>36</sup>. Sobre este

34 Así, M. AINIS, *op. cit.*, p. 276.

35 Cfr. S. KUPER, "How Facebook is changing democracy", en "Financial Times", de 15 de junio de 2017.

36 Sobre este punto, F. DONATI, "Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet"; O. POLLICINO, "Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider", ambos en *Percorsi costituzionali*, núm 1, 2014, pp. 31 y ss., y pp. 45 y ss.

punto ayudan las palabras del juez Oliver W. Holmes, en el famoso voto particular del caso *Abrams vs. United States* (1919):

*"el bien supremo se logra mejor a través del libre comercio de las ideas, que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado y que la verdad es la única base sobre la cual nuestros deseos pueden ser seguramente realizados"*<sup>37</sup>.

Finalmente, la gran espina que puede verdaderamente herir la democracia en Internet. Es la llamada democracia económica<sup>38</sup>. Se trata de la concentración de mercado por parte de algunas grandes empresas que operan en Internet: *Google*, *Facebook* y *Amazon*. La primera, *Google*, domina su sector con una cuota de mercado del 88% en el *search advertising* (publicidad en motores de búsqueda); la segunda, *Facebook* (y sus subsidiarias: *Instagram*, *WhatsApp* y *Messenger*) posee el 77% del tráfico de las redes sociales en dispositivos móviles y, finalmente, la tercera, *Amazon*, tiene una cuota del 74% en el mercado de *e-books*. En términos económicos clásicos, las tres son monopolios. Por tanto, existe un serio problema de privación de la libre concurrencia, que limita la esencia de la democracia liberal, a través del abuso de posición dominante y de la dependencia económica. No es, sin embargo, un problema de *antitrust*, que por otra parte ha hecho que se escuche, aunque sea débilmente, su voz a través de la Autoridad garante europea y la Comisión europea, como en los casos de *Microsoft* y *Google*, poniendo en duda que algunas prácticas comerciales (de *Google*, en particular) puedan ser consideradas vulneraciones del artículo 102 del tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del acuerdo SEE<sup>39</sup>.

Como decía, no es sólo un problema de *antitrust*. Desde el punto de vista democrático se pueden temer riesgos de un poder económico tan fuerte que pueda condicionar no sólo y no tanto el mercado económico, sino sobre todo el mercado de las ideas. Que podría ser condicionado por las decisiones impuestas por las gran-

37 O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 105.

38 Sobre la cual, véase E. C. RAFFIOTTA, "Libertà economiche e Internet", en T. E. FROSONI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (coords.), *op. cit.*, pp. 413 y ss.

39 Me refiero al caso *Microsoft*, sobre el que puede verse A. GIANNACCARI, "La concentrazione Microsoft-Skype (vs Facebook-WhatsApp?). Ovvero una guerra per bande alle spalle delle Telcos", *Mercato Concorrenza Regole*, núm. 1, 2014, pp. 139 y ss. Véase también A. GIANNACCARI, "Apple, Amazon e gli e-book: Una storia illecita, pro-competitiva", *Mercato Concorrenza Regole*, núm. 1, 2016, pp. 79 y ss. Con referencia al caso *Google*, véase V. COMANDINI, "Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet", *Mercato Concorrenza Regole*, núm. 3, 2013, pp. 541 y ss.

des empresas de Internet, que apuntarían también a lograr un sistema más favorable a sus intereses económicos.

Es deseable, por tanto, una mayor concurrencia en el sector de Internet, permitiendo a otros sujetos entrar en el mercado sin correr el riesgo de ser aplastados por las grandes empresas, que operan como si fueran un régimen monopolista. Como escribía Louis D. Brandeis antes de ser nombrado por Woodrow Wilson juez de la Suprema Corte: "en una sociedad democrática, la existencia de grandes centros de poder privados es peligrosa para la vitalidad de un pueblo libre"<sup>40</sup>.

Ampliar, agrandar, expandir la oferta de y en Internet, para intensificar el pluralismo de las informaciones, de las opiniones y de las ideas. También así se podrá consolidar Internet como instrumento al servicio de la democracia y de las libertades.

### **Resumen**

*El trabajo estudia la compleja relación entre Internet y la democracia. Comienza recordando que la situación actual recuerda en parte a las cautelas que se manifestaron con la extensión de la televisión. A continuación realiza una reflexión general sobre la crisis de la representación. Luego estudia las posibilidades de mejora que ofrece Internet, pero también las debilidades que conlleva.*

#### **Palabras clave**

*Democracia, Internet, representación.*

### **Abstract**

*The work studies the complex relationship between Internet and democracy. It begins explaining that the current situation remembers in part the cautions that were manifested time ago as television spread. Then the paper makes a general reflection on the crisis of representation. Finally it studies the possibilities of improvement that Internet offers, but also the weaknesses that it entails.*

#### **Key words**

*Democracy, Internet, Representation.*

Recibido: 18 de enero de 2018  
Aceptado: 20 de febrero de 2018

40 Cfr. M. I. UROFSKY, *Louis D. Brandeis: a Life*, Schocken Books, Nueva York, 2012.

# Artículos

---





# PARA UN DERECHO ADMINISTRATIVO SIN FRONTERAS<sup>1</sup>

## For an Administrative Law without borders

VASCO PEREIRA DA SILVA

*Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa y*

*Catedrático Invitado de la Universidad Católica Portuguesa*

### SUMARIO:

- I. Del Derecho administrativo nacional al Derecho administrativo sin fronteras.
- II. Las tres vertientes del Derecho administrativo sin fronteras.
- III. Síntesis sin fronteras: el impacto en el Derecho administrativo portugués.

## I. DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SIN FRONTERAS

El Derecho Administrativo tiene, en su origen, carácter nacional<sup>2</sup>. En realidad, uno de los elementos caracterizadores típicos de la "Administración Agresiva" (Bachof) del Estado Liberal, en los tiempos de la difícil infancia del Derecho Administrativo, era el de su vinculación al Estado-nación. Como escribe Cassese,

"los derechos administrativos son históricamente hijos de los Estados nacionales. Las Administraciones públicas pertenecen a una comunidad estatal, dependen estructuralmente de los gobiernos nacionales y están reguladas por ley, a la que están sometidas, a causa del principio de legalidad. Los derechos administrativos son, por lo tanto, derechos esencialmente estatales<sup>3</sup>".

1 Traducido del portugués por Augusto Aguilar Calahorro.

2 Véase mi texto anterior, del que se extrajeron, con las necesarias adaptaciones y modificaciones, algunos fragmentos: V. PEREIRA DA SILVA, "Do Direito Administrativo Nacional ao Direito Administrativo sem Fronteiras (Breve Nota Histórica)", en V. PEREIRA DA SILVA y I. W. SARLET, *Direito Público Sem Fronteiras*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011. Versión electrónica: <http://www.icjp.pt/publicacoes>

3 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure. Standard Globali per i Diritti Amministrativi Nazionali", en S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma, 2006, p. 72.

Esto no significaba, sin embargo, el total alejamiento de la doctrina administrativa clásica de lo que ocurría en el ordenamiento jurídico de otros Estados. Véase por ejemplo uno de los padres fundadores del Derecho Administrativo, Otto Mayer, cuyas dos obras más emblemáticas versan sobre el Derecho Administrativo francés y el alemán –respectivamente, *Theorie des Französischen Verwaltungsrecht*, y *Deutsches Verwaltungsrecht*<sup>4</sup>. Es más, Otto Mayer considera que es necesario empezar por estudiar en profundidad el Derecho Administrativo francés y, sólo después, se puede estar en condiciones de construir el Derecho Administrativo alemán. El Derecho Administrativo francés constituyó así una fuente inspiradora de la construcción jurídica, elaborada por Otto Mayer, para el Derecho alemán. Según escribe Otto Mayer, en el prefacio a la 1ª edición del Derecho Administrativo alemán,

"allí [en Francia] había un nuevo derecho perfecto, tal como salió del horno de la Revolución (...), aquí [en Alemania] una transición gradual y siempre impregnada de restos del Derecho antiguo que permanecen; allá, a causa de estas condiciones, una doctrina acabada, con una espantosa uniformidad entre los autores"<sup>5</sup>. Añadiendo incluso que, en Francia "todos los conceptos eran recibidos ya preparados, sólo tenían que darles otra expresión y ordenación. ¿Quién puede afirmar que nuestra ciencia del Derecho alemán ya había llegado a un resultado similar o apenas aproximado?"<sup>6</sup>.

El objetivo confeso de Otto Mayer es el de partir del Derecho Administrativo francés para construir el alemán, lo que implicaba, ya entonces, la adopción de una visión comparatista o global<sup>7</sup>. Así, después de preguntarse si no sería "más correcto tratar del todo, y a partir de él construir unitariamente puntos de vista globales"<sup>8</sup>, acaba por concluir que es el momento de "arriesgar" la "construcción" del Derecho administrativo alemán. Y remata el Prefacio diciendo que "entonces, me dije a mí mismo: sea lo que Dios quiera y lo hice lo mejor que pude"<sup>9</sup>.

Otro padre fundador del Derecho Administrativo, Eugène Laferrière, en su *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, revela también la

4 O. MAYER, *Theorie des Französischen Verwaltungsrecht*, Hansebooks GmbH, Norderstedt, 2016; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1, Duncker & Humblot, 6.ª edición, Berlin, 1969.

5 O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. V.

6 O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. V.

7 Debe decirse que la propia expresión "global" es incluso anticipada por Otto Mayer, que la utiliza expresamente en sus reflexiones: O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. V.

8 O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. V.

9 O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. V.

adopción de una perspectiva comparatista y global<sup>10</sup>. La primera parte de este libro (Libro preliminar) se titula "Nociones Generales y Legislación Comparada", que se divide en dos capítulos, el primero sobre "Nociones generales", el segundo sobre "Legislación Comparada" (que va desde la página 26 hasta la 106). Y el estudio de la legislación comparada que es tan variado que abarca: I– España, II– Alemania. Legislación Federal, III– Prusia, IV– Otros Estados de Alemania (Baviera, Wutemberg, Bade, Saxe-Royal), V– Austria-Hungría, VI– Suiza, VII– Bélgica, VIII– Italia, IX– Inglaterra, X– Estados Unidos de América.

Igual de cosmopolita es Roger Bonnard, que denomina a su obra sobre el Proceso Administrativo con el subtítulo "Estudio de Derecho Administrativo Comparado" (*Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration – Étude de Droit Administratif Comparé*<sup>11</sup>). En esa obra se puede encontrar una II Parte titulada "Los órganos de control jurisdiccional de la Administración en las legislaciones administrativas<sup>12</sup>", donde se compara el control de la Administración en Inglaterra y Estados Unidos (Sección I), en Francia (Sección II), en Yugoslavia (Sección III), en Bélgica (Sección IV), en Italia (Sección V), en Grecia (Sección VI), en Rumanía (Sección VII), en Alemania (Sección VIII), en Suiza (Sección IX), en Austria (Sección X), en Polonia y Checoslovaquia (Sección XI).

En las antípodas de esta visión abierta al mundo de algunos autores clásicos, se encuentra Maurice Hauriou. En su famoso *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*<sup>13</sup>, el Derecho Comparado es liquidado en apenas dos páginas escasas del respectivo capítulo introductorio, sirviendo para afirmar la superioridad del sistema francés al compararlo con el sistema inglés. Posición esta de cierta xenofobia jurídica, patente en la propia limpieza de la materia escogida, en la que la afirmación de la superioridad moral francesa surge en el "Título Preliminar – Definiciones", que abarca el "Capítulo II, El Derecho Administrativo", cuya "Sección III, Valor y Práctica del Derecho Administrativo francés", presenta un párrafo 1.º, "Características Específicas del Derecho Administrativo francés<sup>14</sup>", y un párrafo 2.º, "Valor Práctico del Derecho Administrativo francés<sup>15</sup>".

10 E. LAFERRIÈRE, *Traité de de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*, vols. I y II, L.G.D.J., París, 1989.

11 R. BONNARD, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration – Étude de Droit Administratif Comparé*, Dalloz, París, 2006.

12 R. BONNARD, *op. cit.*, pp. 125-261.

13 M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Dalloz, Paris, 2002.

14 M. HAURIOU, *op. cit.*, pp. 30-36.

15 M. HAURIOU, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

Sin embargo, cabe señalar que la perspectiva comparatista adoptada por estos autores clásicos no se corresponde enteramente con una visión sin fronteras. Y ello porque esta visión comparatista tenía como objetivo afirmar un Derecho Administrativo nacional, por lo que sólo se manifestaba en el momento originario de la construcción doctrinal, pero después no se reflejaba en el día a día del Derecho Administrativo. Por otro lado, el tratamiento del Derecho Administrativo extranjero era relativamente limitado, pudiendo ser considerado (perdónese la ironía) como una especie de flor del espíritu de la doctrina administrativista, al igual que las gracias individuales (como tocar el piano o hablar francés), que se correspondían más con una actitud de diletantismo intelectual que con una realidad jurídica operativa.

La situación actual del Derecho Administrativo corresponde a un cambio de paradigma, ya que se asiste no sólo al conocimiento y a la utilización comparada de sistemas jurídicos extranjeros, sino que se verifica también la propia internacionalización del Derecho Administrativo. La globalización económica, en la que vivimos, ha traído consigo la globalización jurídica, dando lugar al fenómeno nuevo del Derecho Administrativo sin Fronteras.

Se asiste a una pérdida de la dimensión estatal del Derecho Administrativo. Lo que resulta de la desaparición del vínculo necesario del Derecho Administrativo con el Estado, tan característico de los primeros días de nuestra rama de Derecho, no sólo desde el punto de vista interno sino también del europeo e incluso del internacional<sup>16</sup>. Por tanto, desde el punto de vista interno, además de que la actividad administrativa, ya desde hace mucho, ha dejado de ser meramente estatal pasando a ser realizada por una multiplicidad de entidades de naturaleza pública y privada (hasta el punto de poder decir, como Nigro<sup>17</sup>, que en vez de Administración se debe pasar a usar la expresión administraciones, utilizando el plural), se asiste también ahora, desde el punto de vista externo, al surgimiento de una dimensión internacio-

16 En este sentido ver, entre otros: S. CASSESE, "Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali", en M. P. CHITI y G. GRECO (coords.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 3 y ss.; S. CASSESE, "Le Basi Costituzionali", en S. CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 159 y ss.; S. CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2000; M. P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 1999; M. P. CHITI, "Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?", *Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo*, núm. 2, 2000, pp. 301 y ss.; M. CHITI y G. GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 1997.

17 M. NIGRO, "Trasformazioni dell' Amministrazioni e Tutela Giurisdizionale Diferenziata", *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, marzo, 1980, p. 22.

nal de realización de la función administrativa (en particular, en el marco de organizaciones internacionales), que lleva a hablar de un Derecho Administrativo Global, basado en la idea de gobernanza (*governance*<sup>18</sup>)<sup>19</sup>.

Las tres principales vertientes de la internacionalización del Derecho Administrativo son (en sentido creciente): el Derecho Administrativo Comparado, el Derecho Administrativo Global y el Derecho Administrativo Europeo. Vertientes estas cuyo nivel de acentuación y de desarrollo difiere de país en país, conforme a especificidades propias. Por ejemplo, la simple constatación de que la dimensión comparatista es tendencialmente más acentuada en Francia, mientras que la vertiente global es cada vez más fuerte en el Reino Unido y en los EE.UU., o que el aspecto europeo es más notorio en Alemania e Italia.

## II. LAS TRES VERTIENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SIN FRONTERAS

### 1. El Derecho Administrativo Comparado

La dimensión esencial del Derecho Administrativo sin Fronteras es la nueva relevancia dada al Derecho Comparado. En realidad, el Derecho Comparado deja de ser sólo un elemento utilizado por la doctrina o una fuente de inspiración para el legislador, para pasar a ser simultáneamente un instrumento operativo en las tareas de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas y una fuente autónoma de Derecho Administrativo.

Esbozando un esquema válido también para otros países, escribe Fabrice Mellerray que la evolución del "argumento del derecho comparado", en el Derecho Administrativo francés, pasa por tres momentos, que son los siguientes:

#### 1) El tiempo de la justificación.

"Al principio, para la mayoría de los autores que utilizan la técnica comparativa (*la démarche comparative*) de lo que se trata es de usarla para explicar la originalidad del

18 D. LEWIS, *Law and Governance*, Cavendish, London-Sydney, 2001; A. VON BOGDANDY "Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme", *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht*, núm. 853, 2002 pp. 63 y ss.; S. CASSESE, "Global Standards for National Administrative Procedure", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 109, 2005. Disponible en: <http://law.duke.edu/journals/lcp>

19 V. PEREIRA DA SILVA, "Viagem pela Europa do Direito Administrativo", *Cadernos de Justiça Administrativa*, núm. 58, julio-agosto, 2006, pp. 60 y ss.

Derecho Administrativo francés, es decir, históricamente la dualidad de jurisdicciones y el lugar ocupado por el Consejo de Estado y el Derecho que elaboró<sup>20</sup>.

Esta es una posición utilitaria de Derecho Comparado, que tiene por objeto obtener un efecto de confirmación y de autolegitimación de las elecciones nacionales. El "Derecho Comparado sirve para describir, explicar, justificar, elaborar y probar una teoría general, pero no ciertamente para invitar a una reforma del Derecho Administrativo francés<sup>21</sup>".

2) El tiempo de la satisfacción.

Ahora, se pasa de la autolegitimación al autoelogio, ya que los "trabajos comparativos conducen habitualmente a la constatación de la superioridad del modelo francés y a su celebración, revelando una autosatisfacción ingenua (*autosatisfacción naïve*) y una ausencia de modestia<sup>22</sup>".

3) El tiempo de la duda.

Pues, en nuestros días, y ante la globalización introducida en el mundo del Derecho, "es cierto que la influencia jurídica francesa está en declive". En realidad, "nuestro Derecho correspondía a la lógica de un Estado fuerte, al liberalismo autoritario, que ya no existe. En vista de las transformaciones del Derecho Administrativo determinadas por el paso del Estado Liberal al Social, primero, y al Post-Social, después, así como por el cambio de la lógica nacional a la global, se instala la duda de saber cuál es el modelo más adecuado, y se ponderan las ventajas relativas a los sistemas jurídico-administrativos más abiertos, como el alemán o el anglosajón<sup>23</sup>".

La doctrina se encuentra en una posición contradictoria, entre un pasado pujante que se celebra, y un presente que no corresponde más con esa realidad, y del que sólo ahora se empieza a tomar conciencia. Mientras que, por un lado, se tiene a menudo la impresión de que el Derecho Administrativo francés se encuentra habitualmente situado en una postura de autosatisfacción, convencida de la originalidad irreductible de su construcción, de su eminente calidad<sup>24</sup>, por otro lado, la realidad

20 F. MELLERAY, "Droit Administratif Comparé ou Comment l'Argument de Droit Comparé a Changé de Sens em Droit Administraif Français", en F. MELLERAY, *L'Argument de Droit Comparé en Droit Administratif Français*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 16.

21 F. MELLERAY, "Les Trois Âges du Droit Administratif Comparé...", *cit.*, p. 18.

22 F. MELLERAY, "Les Trois Âges du Droit Administratif Comparé...", *cit.*, p. 18. Véase también J. RIVERO, "Le Droit Administratif en Droit Comparé: Rapport Final", *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 41, núm. 4, octubre-diciembre, 1989, p. 921.

23 F. MELLERAY, "Les Trois Âges du Droit Administratif Comparé...", *cit.*, p. 20.

24 J. B. AUBY, "Preface", en F. MELLERAY, *L'Argument de Droit Comparé...*, *cit.*, p. 2.

introdujo "un movimiento de permeabilización de los sistemas jurídicos, un movimiento competitivo entre esos sistemas y un movimiento de armonización, derivado de la globalización de los fenómenos jurídicos<sup>25</sup>".

La reacción a este estado de cosas ha pasado, por un lado, por la apertura al Derecho Comparado, por otro lado, por su utilización de una forma aún no completamente adecuada. Se diría, en términos psicoanalíticos, que se verifica un momento de autorreconocimiento de los traumas de la difícil infancia del Derecho Administrativo, pero que el paciente que está dispuesto a iniciar la terapia del Derecho Comparado no sabe aún muy bien cómo hacerlo.

Así, la apertura al exterior, apuntada por Jean-Bernard Auby, se manifiesta, en el Derecho francés, entre otras cosas, por la creación del Defensor del Pueblo (*Médiateur*) –por influencia del *Ombudsman* escandinavo–, o por la proliferación de autoridades administrativas independientes –por influencia del sistema anglosajón–. Pero, al mismo tiempo, es forzoso admitir que "el argumento de Derecho Comparado es siempre selectivo, muchas veces deformado y otras instrumentalizado y autojustificativo<sup>26</sup>". El argumento de Derecho Comparado es selectivo, pues normalmente sólo implica comparaciones con el sistema anglosajón o con el alemán; está deformado, pues las informaciones no siempre son correctas o actualizadas; y es instrumentalizado y autojustificativo, debido a que "aquellos que lo invocan acaban invariablemente por subrayar las particularidades irreductibles del sistema francés<sup>27</sup>".

En Portugal, la apertura al Derecho Comparado es probablemente un poco mayor que en Francia, aunque con demasiada frecuencia selectiva, distorsionada y autojustificativa. La definición que los economistas hacen de Portugal como un pequeño país con una economía abierta al exterior, es válida y aplicable también al campo del Derecho Administrativo, que puede ser considerado como un sistema abierto al exterior.

En realidad, el Derecho portugués se ha caracterizado desde siempre por una importante dimensión comparatista, pudiendo ser caracterizada en su evolución reciente en las siguientes tres fases:

1) La fase de influencia dominante del Derecho francés, en el período que va desde los principios de la Justicia Administrativa, pero en particular desde el principio del siglo XX, hasta la Constitución de 1976. Esta situación de dependencia del

25 J. B. AUBY, *La Globalization, l'État et le Droit*, Montchrestien, París, 2003, p. 78.

26 J. B. AUBY, "Preface", *cit.*, p. 5.

27 J. B. AUBY, "Preface", *cit.*, pp. 5-7.

Derecho francés (tanto en la ley, como en la doctrina y la jurisprudencia) no impidió, sin embargo, una división dogmática clara a nivel de la enseñanza correcta, geográficamente delimitada, lo que permitió hablar de la "escuela de Lisboa" (Marcello Caetano, Freitas do Amaral), que era notoria, y de la "escuela de Coimbra" (Afonso Queiró, Rogério Soares), mucho más marcada por la influencia del Derecho alemán.

La fase de influencia europea continental, iniciada a partir de la Constitución del 76 hasta la adhesión a la Unión Europea. Esta fase está marcada por una mayor y más diversificada apertura y permeabilidad a los sistemas jurídicos del continente europeo, especialmente aquellos que nos quedan más cerca. Así se verifica una gran influencia del Derecho alemán (que es, probablemente, la determinante), del italiano, del español (muchas veces todavía reprimida o inconsciente, pero real y efectiva), acompañada de una relativamente menor importancia dada al Derecho anglosajón.

La fase de apertura plural y diversificada tanto a los sistemas de derecho de tipo continental como a los anglosajones, que se verifica en particular a partir de la adhesión de Portugal a la Unión Europea (1985). Aquí, junto a un fuerte refuerzo de la dimensión europea y la europeización resultante del Derecho administrativo portugués, igualmente comienza a producirse una clara influencia del Derecho anglosajón (véanse las autoridades administrativas independientes, las agencias administrativas, la privatización de la administración y la consiguiente fuga hacia el Derecho privado de la contratación administrativa, del estatuto de los trabajadores públicos), conduciendo a una verdadera globalización del Derecho administrativo.

El actual estado de cosas obliga, sin embargo, a distinguir entre lo que pasa a nivel de la legislación y de la jurisprudencia, en el que las referencias al Derecho Comparado son también muchas veces selectivas, deformadas, instrumentalizadas y autojustificativas, de lo que se observa a nivel de la doctrina, en la que es notoria una gran apertura al exterior, incluso si es necesario distinguir entre manuales y disertaciones, siendo los primeros más parroquiales y las segundas verdaderamente cosmopolitas (por lo que es posible decir que la doctrina portuguesa tiene mundo).

En nuestros días, la doctrina se encuentra, a menudo en una situación de transitoriedad. Si se presta atención a las cuestiones comparativas todavía no se ha tomado verdaderamente consciencia de que, como consecuencia de la globalización, nuestros derechos –los derechos administrativos, como el resto del ordenamiento jurídico– se encuentran sometidos a fenómenos de lucha (*brassage*), involucrados en flujos complejos de influencia recíproca. Esto es particularmente cierto en la esfera europea, en la que los derechos administrativos se influyen mutuamente,



entran en competencia para influir en el Derecho Europeo, están influenciados por éste, etc.<sup>28</sup>.

En efecto, si se tienen en cuenta los ámbitos de mayor globalización jurídica (tanto en el ámbito del Derecho Mercantil Global, en el marco de la Organización Mundial del Comercio, como en el ámbito del medio ambiente, en general, en el marco del Derecho Europeo), es necesario constatar que "nuestros Derechos administrativos (...) no viven ya de manera independiente. Se encuentran, cada vez más, en situaciones de asociación / rivalidad: ligados pero en competencia. Esto no significa que esos derechos se encuentren necesariamente "involucrados en procesos de homogeneización muy profunda, igual se enfrentan, se imponen unos a otros, que se aproximan a veces mediante estándares comunes". Y es este aumento del "nivel de confrontación de los sistemas jurídicos", lo que implica la necesidad de "saber cómo los demás evolucionan, porque van [necesariamente] a encontrarse en el camino"<sup>29</sup>.

Y es de esta situación de permanente confluencia de Derechos Administrativos de la que resulta el cambio de paradigma del Derecho Comparado, que deja de ser relevante sólo a efectos doctrinales, para pasar a revelarse también a efectos de la interpretación y aplicación de normas jurídicas, así como a convertirse en verdadera fuente de Derecho. Se da así un pasaje de la vida contemplativa hacia la vida activa derivada de "un cambio profundo en los propósitos (*enjeux*) del Derecho Comparado. Tradicionalmente visto como ejercicio más intelectual y teórico, éste pasa a ser dotado, en gran medida, de objetivos concretos, operativos"<sup>30</sup>.

En el ámbito del Derecho Administrativo Global, la fluidez de las normas internacionales obliga a un esfuerzo de interpretación a la luz de la comparación entre las soluciones de todos los países donde son aplicables, para permitir la construcción de principios generales, o de estándares interpretativos necesarios para su aplicación e integración. El Derecho Comparado se convierte así en una fuente de Derecho Administrativo Global.

Es lo que sucede, en particular, a nivel de la Unión Europea cuando

"el Tribunal de Justicia se refiere a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, ya sea porque los tratados le invitan a ello, en materia de

28 J. B. AUBY, "Preface", *cit.*, pp. 9-10. Véase también J. B. AUBY, *La Globalization, l'État et le Droit*, *cit.*

29 J. B. AUBY, "Preface", *cit.*, p. 10.

30 J. B. AUBY, "Preface", *cit.*, p. 10.

responsabilidad contractual, en el marco de la jurisprudencia "Algera" y "Brasserie du Pêcheur", aunque ello no suceda con demasiada frecuencia<sup>31</sup>".

Al hacer esto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asume una función creadora de Derecho (Administrativo) Europeo, mediante la utilización del Derecho Comparado.

En síntesis, el Derecho Comparado más allá de su relevancia doctrinal y de ser inspiración para el Derecho que se está constituyendo, se ha convertido en un mecanismo de interpretación e integración de normas jurídicas, lo que lo convierte en una importante fuente de Derecho Administrativo Global.

## 2. El Derecho Administrativo Global

En la base de la fundamentación teórica del Derecho Administrativo Global, se encuentran dos casos paradigmáticos<sup>32</sup>, curiosamente ambos ligados al mar y a la pesca, a saber: el caso del "atún azul" y el caso de las "gambas y las tortugas".

En el caso del "atún azul" (*Southern Bluefin Tuna / Tunus maccoyii*), según escribe Sabino Cassese, la actividad de la pesca del atún muestra bien "como nace un Derecho Administrativo Global". El Tratado de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (aprobado en 1982 y que entró en vigor en 1994) establece normas de protección especial para determinadas especies, como es el caso del atún (regulado en el Anexo al Tratado). A raíz de ello surgió en 1985 un Tratado celebrado entre Australia, Japón y Nueva Zelanda, que establece normas para la protección del atún; el cual es seguido por otro en 1993, firmado también por otros países más, que establece una Comisión para la protección del atún azul (*Commission for the Conservation of the Southern Bluefish Tuna*), que a su vez dará lugar en 2001 a una Comisión ampliada (*Extended Commission*), constituida por un mayor número de miembros, y que está compuesta tanto por los Estados adherentes al Tratado como por las entidades pesqueras. Esta Comisión es una típica autoridad administrativa, de composición mixta público-privada, y que ejerce funciones de carácter administrativo, en particular de control y de control de la pesca del atún, a un nivel global (y no nacional).

Sucedió que, en 1998 y en 1999, Japón inició un programa de pesca del atún que superaba los límites fijados por la Comisión. En razón de la contestación de

31 J. B. AUBY, "Preface", *cit.*, p. 8.

32 S. CASSESE, "Il Diritto Amministrativo Globale: una Introduzione", en S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, *cit.*, p. 38.

esta actuación, sobre todo por Australia y Nueva Zelanda, se desencadena la intervención de un tribunal arbitral, previsto en los convenios internacionales. Además, Nueva Zelanda también adoptó medidas unilaterales de represalia contra Japón (vg. la prohibición del acceso de barcos japoneses a sus aguas). Se inicia entonces una controversia jurídica, que se refería tanto a las sanciones unilaterales como a las previstas en los tratados.

Esta es una cuestión típica de Derecho Administrativo, sólo que de contornos globales y ya no nacionales. En realidad, según escribe Sabino Cassese, este caso posee

"todos los rasgos distintivos del Derecho Administrativo. Existe una organización dotada de poderes de autoridad, y toma decisiones jurídicas directamente aplicables incluso a otros sujetos [distintos de los destinatarios]. Por último, existen jueces llamados a dirimir las controversias que surgen entre los sujetos regulados<sup>33</sup>".

Pero esta es también una cuestión jurídica algo diferente a la de los clásicos Derechos administrativos nacionales (aunque en nuestros días este nuevo formato se ha ido generalizando cada vez más). Según Cassese, las principales diferencias son las siguientes:

Las normas aplicables proceden de múltiples fuentes autónomas, cada una de ellas independiente de las demás, además de situadas a diferentes niveles, pero cuya aplicación simultánea conduce a la ausencia de exclusividad entre regímenes internacionales. De hecho, la Comisión del atún no aplica sólo las normas del Tratado que la instituyó, sino también disposiciones adoptadas por otra organización internacional, verificándose aquí la conexión entre tres distintos órdenes internacionales, siendo cierto que estas órdenes internacionales se mezclan aún con las distintas órdenes nacionales; la relativa indistinción entre regulación y autorregulación, así como la ausencia de jerarquía entre reguladores y regulados (pues, los Estados se encuentran simultáneamente en ambas posiciones). Por lo tanto, se observa un "alto grado de autorregulación en la medida en que el regulador y los regulados están en el mismo plano<sup>34</sup>"; la gran importancia atribuida a las comisiones independientes o comités técnicos, como sujetos administrativos, a los que se añade la elevada complejidad técnica, tanto de los problemas que deben resolverse y de las normas aplicables, así como de las propias decisiones que deban tomarse; la "línea de distinción entre público y privado es poco clara, ya que de la Comisión ampliada forman parte

33 S. CASSESE, "Il Diritto Amministrativo Globale: una Introduzione", *cit.*, p. 42.

34 S. CASSESE, "Il Diritto Amministrativo Globale: una Introduzione", *cit.*, p. 43.

tanto los Estados miembros como las entidades pesqueras, que pueden ser tanto organismos públicos, como privados<sup>35</sup>".

En el caso de las "gambas y las tortugas", se trataba de una decisión de los Estados Unidos de América de 1989 de imponer el embargo a la importación de gambas procedentes de países que no respetasen las normas relativas a la protección de las tortugas marinas. Según las autoridades nacionales estadounidenses, "las gambas no eran una especie en extinción y, por eso, protegida, pero las tortugas marinas lo eran. El acto estaba, pues, basado en una justa preocupación de salvaguardia de una especie en vías de extinción<sup>36</sup>". Esta decisión administrativa norteamericana fue impugnada jurisdiccionalmente por la India, Pakistán, Malasia y Tailandia, alegando la violación de las normas del comercio internacional (GATT).

De este caso de Derecho Administrativo Global, resultó una decisión judicial pionera, que declaró la ilegalidad de la decisión de las autoridades norteamericanas, tanto por violación de reglas procedimentales (derecho de audiencia) como sustantivas (principio de proporcionalidad).

Así, por una parte, el tribunal consideró que la decisión nacional controvertida no siguió las normas del procedimiento justo (*due process*). Este principio, habitualmente establecido sólo en leyes nacionales, hace así su ingreso en los Derechos Administrativos nacionales por otra vía, por estar establecido en sede internacional, para ser después aplicado en el ámbito nacional<sup>37</sup>. Ello significa la creación jurisdiccional de estándares de decisión tanto sustantivos como procesales, considerando que el Derecho Global implica

"obligaciones de consulta y de transparencia, de respeto por el justo procedimiento, de garantía de los medios judiciales, es decir, el reconocimiento del Derecho en las relaciones entre Administraciones Públicas, habitualmente sólo reservados a los ciudadanos del propio país<sup>38</sup>".

Se abren así las puertas, tanto a la ampliación de los sujetos procedimentales nacionales (vg. de las empresas privadas norteamericanas importadoras de gambas, que tienen un interés coincidente con el de los pescadores de gambas extranjeros), como a la creación de procedimientos internacionales que permitan la audiencia a las víctimas extranjeras.

35 S. CASSESE, "Il Diritto Amministrativo Globale: una Introduzione", *cit.*, p. 43.

36 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 68.

37 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 70.

38 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 71.

Pero la decisión judicial va aún más lejos, al considerar también la ilegalidad material de la decisión administrativa, al entender que la prohibición de importación de gambas no tiene nada que ver con la protección de las tortugas, por lo que es inadecuada y desproporcionada (*arbitrary and capricious*). Lo que significa considerar que el Derecho Global está sometido a reglas y principios materiales sustantivos, a semejanza de los vigentes a escala nacional.

Ahora bien, lo que estos dos casos paradigmáticos vienen a mostrar, es el descubrimiento y el desarrollo de un nuevo Derecho Administrativo Global, regulado por normas y principios de origen internacional pero similares a los del Derecho Administrativo (estatal), que corresponden con el ejercicio de la función administrativa más allá de las fronteras del Estado, entre entidades administrativas y particulares, y que están sometidas a un control jurisdiccional por parte de autoridades independientes. O, en la formulación de Sabino Cassese, se trata de un Derecho Administrativo "no vinculado al Estado, sino a las Administraciones globales", regido por "normas globales, producidas por tratados u organizaciones internacionales, pero dirigidas a los Estados y a los particulares interesados", que es distinto tanto del Derecho Administrativo Internacional como del Derecho Internacional Privado Administrativo<sup>39</sup>.

Estas autoridades reguladoras globales son cada vez más frecuentes en ámbitos como los del comercio, las finanzas, el medio ambiente, la pesca, la utilización de recursos marinos, la navegación marítima y aérea, la agricultura, la alimentación, los correos y las telecomunicaciones, la propiedad intelectual, el espacio, la energía nuclear, las fuentes energéticas, y puede decirse "que no existe ningún ámbito de la acción humana en el que no se encuentre ninguna forma de disciplina supraestatal o global<sup>40</sup>", y son más numerosas, pues "su número actual varía según el criterio utilizado en su definición". En 2004, según el autor, sobre la base de un criterio más restringido, su número era de 245, según otro más amplio sería el de 1.988, según otro, aún más amplio, sería de 7.306<sup>41</sup>.

Todas estas entidades dan origen a una Administración Global en red, que funciona mediante la relación directa de todos los organismos conectados (sean internacionales o nacionales), sin la necesidad de intervención de los Estados nacionales.

39 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 73.

40 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 44.

41 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 45. El número es muy considerable, sobre todo teniendo en cuenta el número total de Estados que componen la ONU, que es de 191.

Es el caso de la Organización Mundial de la Salud, que trata directamente con las autoridades administrativas en el ámbito de la salud, para combatir epidemias globales. Aquí no se trata ya de relaciones entre los Estados y la OMS, sino entre ésta y las propias autoridades de los diferentes servicios nacionales de salud, así como de éstos entre sí, que establecen relaciones jurídicas multilaterales globales, en el ejercicio de la función administrativa de la salud a escala mundial.

El Derecho Administrativo Global presenta un conjunto de características propias (que lo distinguen del nacional), y de las cuales las principales son las siguientes:

1) Multipolaridad de poderes y pluralidad de ordenamientos jurídicos. Mientras los derechos administrativos nacionales "girán alrededor de un solo polo, el Estado o el gobierno nacional" (o más de uno, si se trata de un Estado federal), de acuerdo con una lógica piramidal, "por el contrario, el Derecho "Administrativo Global es multipolar", asentándose en una "pluralidad de autoridades públicas, situadas en diversos niveles, pero no en una relación de jerarquía"<sup>42</sup>". En consecuencia,

"no hay un orden prevalente, como el del Estado, que se afirme sobre todos los demás poderes en los ordenamientos estatales internos. Aquí hay autoridades sectoriales y, a menudo, sólo redes sectoriales de autoridades nacionales. Por ese motivo, toda la problemática, típica del Estado, de las relaciones entre Estado y periferia, no se aplica al Derecho Administrativo Global"<sup>43</sup>".

Por lo tanto, es preferible

"hablar de *governance*, en vez de gobierno (*government*), en el sentido de que existe la actividad o el efecto de gobernar, pero no la institución, o el estatuto jurídico (*el di regimi*), pretendiendo con este término representar que los órdenes internacionales (*ordini internazionali*) no se encuentran todavía estructurados o evolucionados como si se tratase de verdaderos y propios ordenamientos internacionales (*ordinamenti internazionali*)"<sup>44</sup>".

2) Lógica propia de organización (y de reparto) de poderes en el Derecho Administrativo Global (que es distinta de la "separación" o "división" de poderes "existente a nivel de los Estados"). Característica del Derecho Administrativo Global es, desde luego, "un fuerte poder normativo, tanto más que en el ordenamiento jurídico global existe un gran número de prescripciones normativas". Por

42 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, pp. 88-89.

43 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 88.

44 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 88.

el contrario, "el poder ejecutivo está, por regla, poco desarrollado, ya que, por motivos diversos, las órdenes sectoriales del ordenamiento se sirven de los ejecutivos estatales, o utilizando sus servicios o delegando en ellos sus tareas". Por lo que se refiere al "poder judicial (...) se encuentra en algunos de los órdenes globales" (vg. en la Organización Mundial del Comercio – *World Trade Organization*), pero su importancia "tiene una relación directa con su desarrollo y con su influencia en los órdenes estatales (para probar esto, basta con hacer la comparación entre la Unión Europea y el Mercosur)<sup>45</sup>". De esta peculiar organización del poder en el Derecho administrativo global permítanme sacar dos conclusiones: que las diferentes funciones a menudo se concentran en un solo cuerpo (ver lo que está sucediendo en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa); y que existe una relativa confusión entre función administrativa y jurisdiccional, a semejanza de lo ocurrido en los Estados nacionales en el momento del "pecado original" de la Justicia Administrativa (o del sistema del Administrador-juez) en el Estado Liberal<sup>46</sup>; significando esta última conclusión que se verifica aquí, a escala internacional, una repetición de los mismos traumas nacionales que se verificaron y que dieron paso a la Justicia Administrativa.

3) Tareas globales realizadas indirectamente por entidades, órganos y servicios de naturaleza estatal. De hecho, "en el ordenamiento global, es frecuente la regla indirecta, que consiste en el ejercicio de funciones propias de los órdenes globales por parte de autoridades o servicios nacionales". Lo que tiene la ventaja de permitir a los "ordenamientos globales, de modestas dimensiones, la producción de efectos de gran envergadura", pero que presenta también el inconveniente de hacer surgir "graves problemas de ejecución de las decisiones globales y de la disponibilidad de medios para garantizar la ejecución<sup>47</sup>".

4) Naturaleza mixta o compuesta de los ordenamientos jurídicos globales. Esto porque están constituidas de "forma multinivel", habiendo siempre "un nivel estatal y uno supraestatal. Este último, actuando como derecho común, no sólo requiere que los derechos domésticos se procuren adecuar a él, sino que consiente que se comuniquen entre sí<sup>48</sup>". Este efecto, se puede ver tanto "mediante la circulación de capitales, bienes y servicios y, en términos más limita-

45 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 88.

46 Véase V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2009.

47 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 88

48 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 88.

dos, empresas y personas", como "mediante el reconocimiento por parte de un ordenamiento estatal de otro ordenamiento", produciéndose así una apertura de los distintos ordenamientos. Ambas vías

"consienten la elección del derecho más favorable y conducen a la competencia entre regulaciones (*regulatory competition*). Esta comunicación entre ordenamientos distintos, consentida por la admisión de un núcleo de reglas superiores y comunes, no ocurre, sin embargo, de un modo regular y simétrico: pues existen fuertes diferencias por sectores, por tipos de bienes y por finalidades<sup>49</sup>".

De todo ello es posible sacar dos principales conclusiones para el Derecho Administrativo y para la Teoría del Derecho, a saber:

1) La desaparición de las fronteras entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. En realidad, tanto la lógica dualista como la monista sobre relación entre Derecho Internacional y Derecho interno se basaban en la idea de la separación de ordenamientos jurídicos, mientras que lo que ahora se verifica es la permeabilidad entre las esferas jurídicas internacional e interna.

2) Una mayor fluidez en el establecimiento de las fronteras entre el Derecho Público y el Privado. De hecho, el Derecho Administrativo Global va a acentuar la confluencia entre lo público y lo privado, que ya se verificaba en el Derecho Administrativo Nacional<sup>50</sup>, al hacer que sujetos públicos y privados se confundan, una vez que ambos actúan al mismo nivel, en el marco de la Administración global<sup>51</sup>.

49 S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 89

50 Véase M. J. ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1996.

51 No estoy de acuerdo con la conclusión presentada por S. Cassese, según la cual el Derecho Administrativo Global no desempeñaría la misma función que el Derecho Administrativo interno. En su opinión, el Derecho Administrativo Global poseería una función que "es la inversa de la del Derecho Administrativo Interno: sirve para ampliar, en vez de restringir, la esfera de libertad de los particulares. Y lo hace limitando la actuación del Estado": S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e Procedure...", *cit.*, p. 90. En mi opinión, tal posición está enferma por los "traumas de infancia", de la consideración del Derecho Administrativo como el "Derecho de la Administración todopoderosa", en vez del Derecho de las relaciones jurídicas administrativas. Así, tanto el Derecho Administrativo Global como los nacionales desempeñan la misma función de garantía de los derechos de los particulares, realizando al mismo tiempo la tutela del interés público. Véase, en este sentido, V. PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 212 y ss.



### 3. El Derecho Administrativo Europeo

Del Derecho Administrativo Global al Derecho Administrativo Europeo se da un verdadero salto cualitativo. En realidad, es sobre todo en el ámbito del Derecho Europeo<sup>52</sup> en el que se realiza la dimensión transfronteriza del Derecho administrativo, puesto que sólo a nivel de la Unión Europea (y, a diferencia de lo que sucede en el ámbito internacional), se ha comprobado la creación de un verdadero orden jurídico, al mismo tiempo común, que resulta de la conjugación de fuentes europeas con fuentes nacionales, y que se aplica automáticamente en la esfera de los Estados miembros (a través de los mecanismos del efecto directo y de la primacía del Derecho Europeo). Una Unión Europea que, entre sus objetivos fundamentales, tiene como finalidad la prosecución de las políticas públicas, a través de las Administraciones de los Estados miembros, que así se transforman en Administraciones europeas (al lado de las –relativamente reducidas– administraciones de la Unión Europea, propiamente dichas para la realización de dichas tareas administrativas<sup>53</sup>).

La función administrativa europea

"es elemento esencial de la Constitución (material) europea<sup>54</sup>, que consagra al más alto nivel, en el plano de los Tratados constituyentes, la tarea de la realización de

52 Ver mi anterior artículo, V. PEREIRA DA SILVA, "Viagem pela Europa do Direito Administrativo", *cit.*, pp. 60 y ss., cuyo texto ahora se utiliza, con las necesarias adaptaciones y modificaciones.

53 Como decía S. Cassese, "la idea de los fundadores de la Comunidad Europea era la de establecer un ordenamiento jurídico supranacional que se solapara al de los Estados, pero que no interfiriera con las administraciones de los mismos, de las que se debería servir antes": S. CASSESE, "Le Basi Costituzionali", *cit.*, p. 172. Mas esta "indiferencia" por la "organización administrativa", pronto se va a modificar, debido a la ampliación de las tareas (administrativas) comunitarias y a la necesidad de su mayor eficacia, conduciendo a la actual "integración de las administraciones nacionales con la administración comunitaria", que se lleva a cabo "a través de tres principios fundamentales: los que derivan de la integración normativa, la prohibición de discriminación, el principio de cooperación": S. CASSESE, "Le Basi Costituzionali", *cit.*, pp. 174-175.

54 Sobre el constitucionalismo europeo, pero también sobre el global y el nacional, cf. V. PEREIRA DA SILVA, "Na Senda de Häberle: à Procura do Direito Constitucional e do Direito Administrativo Europeus", en V. PEREIRA DA SILVA y F. BALAGUER CALLEJÓN, *O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua Dimensão Estadual, Supranacional e Global*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2015. Versión electrónica: <http://icjp.pt/publicacoes/1/5103>. Véanse, asimismo: V. PEREIRA DA SILVA, "Le Gout de Diderot et la Constitution Européenne", en F. BALAGUER CALLEJÓN, S. PINON y A. VIALA, *Le Droit Constitutionnel Européen à l'Épreuve de la Crise Économique et Démocratique de l'Europe*, Institut Universitaire de Varenne, París, 2015, pp. 27 y ss.; V. PEREIRA DA SILVA, "Introduction", Conferencia Internacional "Portugal, Europe and the Globalization of the Law

las políticas públicas, procediendo a la integración de las fuentes y de las instituciones administrativas europeas con las de los Estados miembros. De ello resulta el corte de las tradicionales amarras del Derecho Administrativo con el Estado, así como su anclaje en el Derecho Administrativo de la Unión Europea<sup>55</sup>.

De esta forma, la Unión Europea puede considerarse como "una comunidad de Derecho Administrativo", por usar la sugestiva formulación de Schwarze<sup>56</sup>, visto que los respectivos objetivos y tareas son, en gran medida, de naturaleza administrativa; en tanto que administrativa (en sentido material) es también la función de concreción de las políticas públicas europeas, como administrativas (en sentido orgánico) son aún las Administraciones europeas que desempeñan esa función, tanto si se trata de instituciones de la Unión Europea como de nacionales.

La dimensión europea del Derecho Administrativo, sin embargo, por usar la metáfora psicoanalítica, si ya es hoy una realidad a nivel del inconsciente –porque todos los publicistas, incluso sin el saber, aplican cotidianamente fuentes europeas, insertándose en un proceso continuado de interacción entre el Derecho Europeo y el Derecho Administrativo nacional–, no lo es, todavía, en el ámbito de lo consciente, al nivel de la doctrina y de la jurisprudencia, en el que no existe todavía la necesaria verbalización, o la suficiente concienciación de esa realidad. Esto origina, con frecuencia, fenómenos patológicos de aprehensión de la realidad, que hacen imperioso hacer sentar el Derecho y el Proceso Administrativos en el diván de Europa, a fin de facilitar la sana conciliación entre sus respectivas facetas interna y europea<sup>57</sup>.

Es tan fuerte el fenómeno de la europeización, "en su doble vertiente de creación de un Derecho administrativo a nivel europeo y de convergencia de los sistemas administrativos de los Estados miembros de la Unión"<sup>58</sup> que, a semejanza

– Celebration of the Centenary", Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2013. Disponible en: <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4986>; V. PEREIRA DA SILVA, "Una Reflexión desde Granada sobre la Constitución Europea", *ReDCE*, núm. 22, julio-diciembre, 2014. Disponible en: [https://.ugr.es/~redcel/REDCE22/articulos/11\\_pereira.htm](https://.ugr.es/~redcel/REDCE22/articulos/11_pereira.htm)

55 S www. CASSESE, "Le Basi Costituzionali", *cit.*, p. 180.

56 J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehen und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, vol. 1, Nomos, Baden-Baden, 1988, p. 3.

57 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, *cit.*, p. 103.

58 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, *cit.*, p. 102.

En este sentido veáanse también: V. PEREIRA DA SILVA y A. SALGADO DE MATOS, "Die Grundzüge des nationalen Verwaltungsrechts in Gemeinschaftlicher Perspektive – Portugal", en A. VON BOGDANDY, S. CASSESE y P. HUBER, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. V, C. F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 561-629; F. WOLLENSCHLÄGER, "Constitutionalisation and desconstitu-

de la comprensión del entendimiento del "Derecho Administrativo como Derecho Constitucional Concretizado" (Fritz Werner)<sup>59</sup>, me atrevo a proponer "que se pase a entender también el Derecho Administrativo como Derecho Europeo concretizado"<sup>60</sup>.

Aforismo este que necesita también ser entendido en el sentido (explicitado por Häberle<sup>61</sup>, en lo que se refiere a las relaciones entre Derecho Constitucional y Administrativo pero que, en mi opinión, es susceptible de ser ampliado a los vínculos entre el ordenamiento europeo y el orden administrativo interno) de la doble dependencia recíproca entre Derecho Europeo y Derecho Administrativo, de "dependencia administrativa del Derecho europeo". El Derecho Europeo sólo se realiza a través del Derecho Administrativo, ya que, por una parte, las políticas públicas europeas corresponden al ejercicio de la función administrativa, como administrativa es también la naturaleza de las normas que las establecen a nivel europeo, por otro, la aplicación del Derecho Europeo se realiza por normas, instituciones y formas de actuación de Derecho Administrativo, a nivel de cada uno de los Estados que integran la Unión.

b) Dependencia europea del Derecho administrativo. El Derecho Administrativo es cada vez más Derecho Europeo: bien por la multiplicidad de fuentes europeas pertinentes en el ámbito jurídico-administrativo, creando una situación de pluralismo normativo en el marco de los ordenamientos nacionales<sup>62</sup>; tanto por la convergencia creciente de los ordenamientos nacionales en este ámbito, que ha con-

tionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation", *Review of European Administrative Law*, vol. 10, 2017, pp. 6-19.

59 F. WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", en F. WERNER, *Recht und Gericht unser Zeit*, Heymanns, Colonia, 1971, pp. 212 y ss.

60 V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise...*, cit., pp. 103-104.

61 Ver P. HÄBERLE, "Auf dem Weg. Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht", *Bayerischen Verwaltungsblätter*, núm. 24, diciembre, 1977, pp. 745-746.

62 De acuerdo con M. Chiti, el "pluralismo jurídico" consiste en la "presencia simultánea, en todos los ordenamientos, de múltiples fuentes de derecho y variedad de derecho sustancial". Pero este "fenómeno es particularmente evidente en la Unión Europea, donde los Estados miembros aplican al mismo tiempo el Derecho Internacional general, el Derecho Internacional regional, como el del Consejo de Europa y de otras organizaciones internacionales europeas, el Derecho de la Unión Europea (...), y el Derecho nacional", M. CHITI, "Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo...", cit., p. 305.

ducido a una aproximación creciente de los derechos administrativos de los Estados miembros, en la triple perspectiva: sustantiva, procedimental y procesal.

El Derecho Administrativo se transformó así en un "derecho mestizo", según la feliz expresión de Mario Chitti<sup>63</sup>, de principios, de normas, de nociones, de institutos, de corrientes doctrinales o jurisprudenciales, tanto de procedencia nacional como europea, que se combinan e interactúan en un proceso continuado en el tiempo y en el espacio. Lo que es particularmente notorio, en particular, en ámbitos como el de la noción de Administración Pública, que se ha convertido en una noción de geometría variable, cambiando según las realidades y los sectores a regular; de las formas de actuación administrativa, en particular en lo que se refiere al acto administrativo y a la contratación pública; y el del proceso administrativo, en particular en lo que se refiere a las cuestiones del ámbito de la jurisdicción, (de la plenitud) de los poderes del juez y de las providencias cautelares.

Este Derecho Administrativo Europeo tiene como principales fuentes la legislación y la jurisprudencia. Desde luego el legislador, que se atiende cotidianamente a la producción de reglamentos y directivas en todos los ámbitos de las políticas públicas europeas. Y, en realidad, de la defensa de la competencia al medio ambiente, de las nuevas tecnologías a la agricultura y a la pesca, de los transportes a las telecomunicaciones, no hay dominio de la función administrativa europea que no esté legislativamente regulada.

Pero decisiva ha sido también la actuación de la jurisprudencia europea, interpretando e integrando lagunas del ordenamiento europeo, elaborando estándares decisorios, creando normas y principios comunes a partir de la comparación de los Derechos de los Estados miembros, reinterpretando los Derechos Administrativos nacionales a la luz del Derecho Europeo. Respecto a este último, se señala la sorpresa de Peter Huber, por el Tribunal de Justicia, en su función de reinterpretación de los Derechos nacionales, de llegar incluso a apartar actos administrativos, anteriores incluso a la adhesión de ese Estado a la Unión Europea, poniendo en cuestión principios de Derecho Administrativo Nacional, como el del acto firme y de la protección de la confianza<sup>64</sup>. Dígase de paso que, en mi opinión, esta jurisprudencia europea que cuestionó el concepto de "caso decidido", que era una consecuencia teórica de

63 M. CHITI, "Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo...", *cit.*, p. 305.

64 P. HUBER, "The Europeanisation of Administrative Law", Universidad de Lisboa, Facultad de Derecho, 20 de febrero de 2006. Ver también: P. HUBER "Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa: Problem Aufriss und Synthese", en A. VON BOGDANDY, S. CASSESE y P. HUBER, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

la errónea confusión entre Administración y Justicia, del tiempo de los traumas de la difícil infancia del Derecho Administrativo, obligando a reconstruir, en términos renovados la cuestión de la estabilidad de las actuaciones administrativas<sup>65</sup>; de la misma manera que la jurisprudencia europea que obliga a la relativización del principio de la protección de la confianza, imponiendo su cotejo con otros valores y principios del ordenamiento jurídico, constituyen modelos ejemplares de decisiones judiciales europeas, que apuntan hacia la necesidad de Derecho Administrativo.

Así, según Peter Huber, el modo en que el Derecho europeo impregnaba el Derecho Administrativo de cada uno de los Estados miembros era tal que este último se asemejaba cada vez más a un "queso Gruyère", cuyos agujeros tienden a ser cada vez más grandes. La "del queso" me parece una feliz metáfora y merece ser, ella misma, reformulada y actualizada. En mi opinión, hoy en día, es tan intensa la relación entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales, en una lógica de reciprocidad continuada que, con el debido respeto a mi amigo Peter Huber, creo que la situación puede compararse más con una verdadera *fondue* de quesos Gruyère, pues casi ya no tiene sentido seguir haciendo distinción entre el Derecho Europeo y los Derechos (Administrativos) Nacionales.

### III. SÍNTESIS SIN FRONTERAS: EL IMPACTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PORTUGUÉS

En consecuencia de lo expuesto, parece ser forzoso concluir en el sentido de la existencia de un Derecho Administrativo sin Fronteras, en similitud con el estatal, e incluso el regional. Se puede, así como lo que sucede en el Derecho Constitucional, donde nació el "constitucionalismo multinivel" (Ingolf Pernice)<sup>66</sup>, admitir también la existencia de un "Derecho Administrativo multinivel".

65 Sobre la cuestión ver V. PEREIRA DA SILVA, "Revisitando a Questão do Pretense "Caso Decidido" no Direito Constitucional e no Direito Administrativo Português", *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2012, pp. 797 y ss.

66 La expresión "constitucionalismo multinivel" se debe a I. PERNICE, cfr. *Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously*, en R. HOFMANN y S. KADELBACH. (eds.), *Law Beyond The State. Pasts and Futures*, Campus Verlag, Frankfurt-New York, 2016, pp. 151-205; I. PERNICE, "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht*, WHI-Paper 2/09, 2009: <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>

Una lógica multinivel significa considerar la existencia de distintos grados de protección jurídico-administrativa, en concurrencia pero no excluyentes, siendo cierto que, por regla general, el más eficaz parece seguir siendo (al menos, por ahora) el nivel estatal, debido al principio de subsidiariedad (excepto cuando la protección se encuentre establecida a un nivel superior o inferior). Se plantean dos problemas:

1) El de los desniveles de protección jurídico-administrativa. En este caso, hay que no nivelar "por debajo", sino por "arriba", buscando la realización de un "alto nivel de protección" (como se dice en la Constitución material europea –véase el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que puede ser tanto el estatal, el europeo, o el global, de acuerdo con la regla de la subsidiariedad<sup>67</sup>. En el caso de que el grado más elevado de protección sea el europeo o el global, esto significa también que en este caso se produce una violación del principio de primacía.

2) La convergencia entre los ordenamientos jurídicos derivados de la integración horizontal no debe significar la uniformidad, sino la compatibilidad de los regímenes jurídicos. De ahí, una vez más, la relevancia del Derecho Comparado, que permite conocer los distintos regímenes jurídicos para establecer puentes entre ellos: de esta forma, el objetivo del Derecho Administrativo sin Fronteras no es el de "copiar" instituciones o regímenes jurídicos, sino el de conocerlos a fin de poder elegir mejor las soluciones más adecuadas para ese caso concreto (teniendo siempre presente la máxima de Aristóteles, según la cual la mejor solución depende siempre del tiempo y del lugar).

Novedades del Derecho Administrativo de hoy son tanto las transformaciones transcurridas en el pasaje desde la Administración Policial del Estado Liberal hacia la Administración Prestacional del Estado Social, y hacia la Administración de Fomento del Estado Post-Social, que trajeron nuevos ámbitos científicos como el de la Administración de Policía del Estado Liberal, Derecho del Medioambiente, del Urbanismo, del Consumo, de la Cultura, de la Alimentación, entre tantos otros; como las realidades del Derecho sin fronteras, que hemos estado apreciando.

Todo este "nuevo mundo" del Derecho Administrativo ya no tiene nada que ver con la realidad existente en los primeros días de su creación doctrinal, lo que ha hecho surgir una corriente de pensamiento jurídico que pone en cuestión el método y las bases teóricas que han estado en su base<sup>68</sup>. Esta corriente doctrinal (que in-

67

68 Sobre la cuestión central del método en el moderno Derecho Administrativo, ver C. MOLLERS, "Methoden", pp. 123 y ss., en W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN y A.

cluye, entre otros, autores a Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann, Vosskuhle, Martin Eifert, Claudio Franzius, Cristoph Möllers, Mathias Ruffert, Michael Stolleis, Von Bogdandy, Lotar Michael, Ivo Appel, Peter Huber, Wolfgang Kahl, Hartmut Bauer,)<sup>69</sup> es conocida por el nombre de "nueva ciencia del Derecho Administrativo" y, como su nombre indica, pretende proceder a la refundación y a la reconstrucción del Derecho Administrativo.

Por mi parte, estoy de acuerdo en sus puntos esenciales con este posicionamiento teórico, como he manifestado en mis modestos anteriores intentos de refundación y de reconstrucción del Derecho Administrativo (*Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996) y el procedimiento administrativo (*Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Almedina, Coimbra, 1989; *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2009), en Portugal. Una cosa, sin embargo, me aleja de tal corriente, que es la cuestión del nombre, pues la autodenominación de "nueva ciencia del Derecho Administrativo" me parece ser demasiado pomposa. Incluso conociendo las razones para tal denominación, como los antecedentes de movimientos congéneres de la "nueva Historia" o de la "nueva Filosofía", no juzgo adecuada la utilización de tal epíteto. Precisamente porque uno de los problemas de la adopción de este tipo de nomenclatura es el de no resistir el paso del tiempo, ya que los "nuevos" se vuelven inevitablemente "viejos", ya se trate de personas o de teorías jurídicas, quedando tal denominación todavía más gastada y sin sentido<sup>70</sup>.

Tratando finalmente de sintetizar a modo de conclusión el camino, donde están teniendo lugar los principales impactos de Derecho Administrativo sin fronteras administrativas en la ley portuguesa, es necesario tener en cuenta su influencia en los campos: Organización administrativa (por ejemplo, los órganos administrativos independientes, las autoridades reguladoras, Administración Pública en forma privada)<sup>71</sup>, Principios generales (v, g, buena administración, sostenibilidad, prevención y precaución), Formas de Actuación Administrativa (acto prestador y con efectos multilaterales, contratos públicos, planes, actuación administrativa técnica e infor-

VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Beck, Munich, 2012, pp. 123 y ss.

69 Ver, por todos, W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN y A. VOSSKUHLE, *op. cit.*

70 En Portugal, C. Antunes parece preferir el término de "Ciencia Jurídica Administrativa", que es una designación meramente descriptiva, y nada sirve en cuanto al contenido, o es apodada de "nueva" y, en ese caso, genera las resistencias que he mencionado anteriormente. Ver C. ANTUNES, *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2016.

71 Ver M. J. ESTORNINHO, *op. cit.*

mal), Contencioso Administrativo (ampliaciones del gobierno, en el marco de la jurisdicción, de la legitimidad procesal, de los poderes sancionadores del juez, de la tutela cautelar)...

### **Resumen**

*Hablar de Derecho Administrativo sin Fronteras significa tratar uno de los temas de vanguardia del moderno Derecho Público, que ha obligado a la adopción de nuevas metodologías y construcciones dogmáticas en el Derecho Administrativo. Comienzo por la cuestión terminológica, para explicar el porqué de la denominación que adopto para tratar esta nueva dimensión jurídico-pública, que es la del Derecho Administrativo sin Fronteras. Creo que se trata de una expresión sugestiva y amplia, capaz de abarcar con ventaja, por sí sola, todas las múltiples denominaciones utilizadas en este ámbito ius-administrativo internacional. Y desde mi punto de vista, este Derecho Administrativo sin Fronteras presenta tres dimensiones fundamentales: la del Derecho Administrativo Comparado, la del Derecho Administrativo Global y la del Derecho Europeo.*

### **Palabras clave**

*Derecho Administrativo, Derecho Comparado, Derecho Global, Derecho Europeo*

### **Abstract**

*Administrative Law without Borders is one of the vanguard issues of modern Public Law, which has pushed the adoption of new methodologies and dogmatic constructions in Administrative Law. I begin with the terminological question, to explain why I choose a certain concept to deal with this new legal-public dimension, which is Administrative Law without Borders. I believe that it is a suggestive and broad expression, capable of reaching all the multiple denominations used in this international ius-administrative field. And from my point of view, this Administrative Law without Borders presents three fundamental dimensions: Comparative Administrative Law, Global Administrative Law and European Law.*

### **Key words**

*Administrative Law, Comparative law, Global Law, European Law*

Recibido: 14 de septiembre de 2018

Aceptado: 18 de octubre de 2018



# CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS

## Intervention of direct oral communications

MIGUEL ÁNGEL ROSALES LEAL

*Doctorando en Derecho Constitucional. Abogado*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Derechos afectados.
- III. El principio de proporcionalidad y los delitos que pueden habilitar la adopción de la medida restrictiva.
- IV. La garantía judicial.
- V. Duración y cese de la medida.
- VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La medida de investigación consistente en la grabación directa de conversaciones orales carecía de una regulación específica en España hasta la aprobación de la reforma en 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>1</sup> (en adelante LECr). Esta reforma resultaba necesaria y urgente, tal y como ya había sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional español en la Sentencia 145/2014 de 22 de septiembre. No se trataba sólo de que la regulación fuese insuficiente o deficiente, sino que era inexistente. No así en el caso de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, etc., esto es, en el caso de las comunicaciones a distancia. Intentar subsanar esta carencia normativa acudiendo a la integración analógica desbordaba los límites de lo constitucionalmente aceptable, tal y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina<sup>2</sup>.

1 Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

2 Véase, por ejemplo, I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, "Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de ley", *Revista de Derecho Político*, núm. 98, enero-abril, 2017, p. 98.

Recuerda el Tribunal Constitucional español que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, que incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa además de una resolución judicial que lo permita, una habilitación legal. Se considera que la reserva de ley "constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas"<sup>3</sup>.

La garantía del derecho a la esfera privada de la persona es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos actuales, y por ende también de nuestro proceso penal, por eso, a medida que la tecnología evoluciona hacia una mayor sofisticación, son precisos nuevos instrumentos de garantía.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda también que "al igual que las intervenciones telefónicas, las escuchas de conversaciones a través de la colocación de micrófonos representan un grave ataque al respeto de la vida privada. Por consiguiente, deben fundarse en una «Ley» de singular precisión: en este ámbito es también indispensable que las normas que las regulan sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente"<sup>4</sup>.

La LECr. en su art. 588 quáter a) posibilita, previa autorización judicial, "la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados".

Este mismo precepto añade además que "la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde".

La medida de investigación consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales directas se regula en España en los capítulos IV y VI del título VIII de la LECr. En el capítulo IV –arts. 588 bis a) a 588 bis k)–, se contienen las disposiciones comunes para una serie de medidas de intromisión tecnológica que enumera, entre las que se encuentra la que constituye el objeto de nuestro estudio. Y en el capítulo VI se recoge la regulación específica de la medida en sí, desde el artículo 588 quater a) hasta el art. 588 quater e).

3 STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

4 STEDH de 31 de mayo de 2005, caso *Vetter contra Francia*, párr. 26.

El presente estudio tiene por objeto la realización de un análisis sobre la actual regulación de esta medida restrictiva, a la luz de los derechos y principios constitucionales afectados.

## II. DERECHOS AFECTADOS

En relación a la medida restrictiva consistente en la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos conviene detenernos brevemente en cada uno de los derechos que pueden resultar eventualmente afectados.

### 1. Derecho a la intimidad personal

El derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18.1 CE se ve significativamente afectado por este tipo de investigaciones tecnológicas. Este artículo garantiza el derecho a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio<sup>5</sup>. Hablamos del derecho a "mantener una vida privada sin interferencias de terceros ni del Estado, con la garantía de que nadie pueda invadir los aspectos reservados de la vida íntima"<sup>6</sup>.

Aunque la captación o grabación se produzca en la vía pública, sigue estando involucrado este derecho, porque la intimidad también es susceptible de ser lesionada en la calle, por ejemplo mediante el uso inadecuado de micrófonos direccionales o la utilización de cualquier otra tecnología invasiva de las conversaciones orales que pudieran mantener los viandantes<sup>7</sup>, o bien, por citar otra hipótesis, mediante la captación subrepticia de primeros planos de las partes íntimas del cuerpo de los viandantes. Como vemos las formas de intromisión lesiva en el derecho a la intimidad son muy variadas, ya que se trata del derecho fundamental más polifacético que existe<sup>8</sup>.

5 Véanse, entre otras, STS 97/2015, de 24 de febrero, FJ 4; STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7; STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5.

6 Véase F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2018, p. 156.

7 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Comares, Granada, 2015, p. 15.

8 El derecho a la intimidad no se concibe como un simple derecho a estar solo, o *ius solitudinis*, sino que está en conexión con el derecho a la autodeterminación personal, como una determinada

De acuerdo con Marchena y González-Cuéllar, la restricción de derechos que supone la captación y grabación de comunicaciones orales directas es más intensa que la producida por la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas<sup>9</sup>. La expectativa de privacidad de quien se encuentra en su propio domicilio desarrollando su vida privada y familiar es mucho más evidente que la de aquel que se vale de un terminal telefónico para comunicarse con otro interlocutor<sup>10</sup>.

## 2. Derecho a la inviolabilidad del domicilio

Otro de los derechos fundamentales afectados por la medida de investigación que estudiamos es el derecho a la inviolabilidad del domicilio, porque la captación y grabación de comunicaciones orales también puede llevarse a cabo en este lugar.

Regulado en el artículo 18.2 de la CE, el derecho a la inviolabilidad del domicilio "es un derecho de la personalidad que impide la entrada o registro de un domicilio sin el consentimiento del titular y sin previa autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito<sup>11</sup>". El TC ha ido perfilando una noción de domicilio cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico: el desarrollo de la vida privada sin intromisiones ajenas.

Comoquiera que la intervención dentro del domicilio es más invasiva que fuera de él, habrán de extremarse las garantías constitucionales, en especial la garantía de

calidad de relación con los demás, más que como un estado de autoconfinamiento, R. MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 14.

9 Algunos autores llegan a mantener, incidiendo en esta idea, posiciones extremas, como la de M. Richard González, que llega a decir que la medida consistente en la captación y grabación de las comunicaciones orales supone "una vulneración que no creo que pueda ser sanada o salvada por la orden judicial. Además, (...), no creo que esta sea una medida útil en la medida que una vez puesta en marcha esta posibilidad va a ser difícil que aquellos que infringen la ley vayan a descuidar sus actos y comentarios ni siquiera en su domicilio. Y esto será así porque se habrá creado un sentimiento general en la sociedad de que el Estado puede meterse en tu casa e instalar dispositivos que captan y graban las conversaciones y las imágenes de lo que sucede. De modo que, finalmente, el delincuente hallará la forma de seguir haciendo sus negocios y la sociedad entera habrá quedado sometida al miedo genérico de ser espiada en su propio domicilio con base en sospechas de la comisión de un delito que tampoco tiene que ser excesivamente grave", M. RICHARD GONZÁLEZ, "Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización", *Diario La Ley*, núm. 8808, 2016, p. 8.

10 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 337.

11 F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *op. cit.*, p. 197.

la reserva judicial, no siendo suficiente, como veremos, con la inicial autorización de la grabación extramuros si luego resulta necesario extender la intervención dentro de un domicilio.

### 3. Derecho al secreto de las comunicaciones

Entiendo que en el estado actual de la cuestión el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE también puede verse involucrado en los casos de grabación de las comunicaciones orales.

En relación con esta cuestión cabe recordar la controversia surgida en su momento a la hora de identificar los derechos fundamentales afectados. Siguiendo a Casanova Martí<sup>12</sup> habría que distinguir, en relación al alcance que se dé al término comunicación, entre aquellos que entienden que el art. 18.3 CE protege todo tipo de comunicación independientemente del medio empleado y de la distancia existente entre los interlocutores, de manera que también quedaría protegida por el art. 18.3 CE la comunicación directa cara a cara; y aquellos que consideran que este precepto protege sólo las comunicaciones que se realizan a través de algún medio técnico mediando una cierta distancia entre los sujetos, quedando por tanto fuera de su alcance las simples conversaciones orales, por no considerarse comunicación propiamente dicha o en sentido estricto, si bien éstas seguirían estando protegidas por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE<sup>13</sup>.

El TC, en su sentencia 145/2014, publicada poco antes de la reforma de la LECr de 2015, considera que la grabación de conversaciones orales supone una vulneración del art. 18.3 CE<sup>14</sup>. En esta resolución, el TC analiza los derechos fundamentales vulnerados mediante grabación de conversaciones orales no telefónicas mantenidas por unos detenidos en dependencias policiales. En esta ocasión, este Tribunal anula dichas grabaciones por vulneración del art. 18.3 CE. De hecho, el

12 Cfr. R. CASANOVA MARTÍ, "La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos", *Diario La Ley*, núm. 8674, 2016, p. 2.

13 Antes de que se consolidase el criterio jurisprudencial actual, algunos autores venían manteniendo que el art. 18.3 CE debía estar más bien referido a una comunicación a distancia y realizada a través de algún artificio técnico, lo que no comprendería las simples conversaciones directas o en persona. La opción del constituyente de separar el art. 18.1 CE del 18.3 favorecería las interpretaciones en este sentido, en búsqueda de una mejor caracterización dogmática del art. 18.3 CE. Cfr., por ejemplo, R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid 1995, p. 46.

14 STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 6, 7 y 8.

fundamento jurídico 8.º comienza diciendo así: "Declarada la lesión del art. 18.3 CE por la intervención de las comunicaciones orales verbales en dependencias policiales (...)".

Menos discutible aún es el estado de la cuestión en relación al requisito de la interceptación por parte de terceros no intervinientes en la comunicación. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, afirma que "sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (...) ajenos a la comunicación misma", tanto públicos como privados, dado que el derecho tiene eficacia erga omnes.

#### 4. Derecho a la protección de datos

El derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) es otro de los derechos fundamentales que se ven afectados por la medida que estudiamos. Como dice Pauner Chulvi, "el contenido de este derecho consiste, brevemente, en el poder de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona<sup>15</sup>". Lo que garantiza el derecho a la protección de datos es "un poder de disposición sobre esos datos". Ese poder de disposición sobre sus datos personales se queda en nada "si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen y con qué fin<sup>16</sup>".

#### 5. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

La grabación de las comunicaciones orales del investigado, en los términos regulados tras la reforma de 2015, también puede afectar a sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable o autor de los hechos imputados (art. 24.2 CE).

En este sentido, el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia 513/2010, de 2 de junio (FJ 6.º), sostiene en relación con el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (arts. 17.3 CE, 24.2 CE y 520 LECr.), que "tales derechos se ponen en funcionamiento cuando el acusado está sujeto a los poderes coercitivos del Estado por su detención. (...) El derecho le protege contra el uso por parte del Estado del poder de subvertir el derecho de un acusado a elegir si quiere hablar o no con las autoridades".

15 C. PAUNER CHULVI, "La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, p. 378.

16 STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

En esta sentencia el TS afirma que deben concurrir dos condiciones para que la información obtenida de las grabaciones no lo haya sido en contra de la voluntad del detenido, y que su utilización en juicio no sea contraria a su derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse: la primera de las condiciones consiste en que la fijación de los aparatos de escucha y grabación de las conversaciones no sea ilegal; y la segunda, que no exista indicio alguno de que el detenido, en su conversación, hubiera sido coaccionado para hacerla o de que fuera una trampa o una inducción. Por eso, "el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido". De modo que, si el detenido habla, que sea por su propia voluntad, debiendo suponerse que ha aceptado el riesgo de que quien reciba esa información podrá utilizarla.

#### 6. Derecho a la defensa en referencia a las comunicaciones abogado-cliente

Dispone expresamente el art. 118.4 de la LECr que "todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial". Por tanto, "la captación y grabación de estas conversaciones no incide únicamente en el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, sino que vulnera el derecho a la defensa". De otro modo "se rompería la relación de confianza que une al imputado con su letrado<sup>17</sup>".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que incluso una mera "creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar". Y añade que "tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención<sup>18</sup>".

### III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DELITOS QUE PUEDEN HABILITAR LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA RESTRIC-TIVA

Dispone el art. 588 quater b) de la LECr. que la grabación de las comunicaciones orales sólo podrá llevarse a cabo cuando los hechos que estén siendo investigados

17 R. CASTILLEJO MANZANARES, "Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 45, 2017, p. 12.

18 STEDH de 13 de marzo de 2007, caso *Castravet contra Moldavia*, párr. 51.

sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos<sup>19</sup>: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; c) delitos de terrorismo. Resulta además necesario que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aporte datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identidad de su autor. No basta con que la medida esté prevista en la ley y sea adoptada por un Juez, sino que "resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman", ya que "el sacrificio del derecho fundamental ha de estar siempre racionalmente justificado"<sup>20</sup>. Deberemos de acudir, pues, a la aplicación del test de proporcionalidad que nos permitirá, tomando como referencia la finalidad de la medida de investigación, "ponderar la gravedad mínima que debería revestir el ilícito que se pretende investigar"<sup>21</sup>.

Estamos ante una de las medidas más intrusivas en el derecho a la intimidad de la persona y, sin embargo, la gravedad de los delitos investigados es relativa. La LECr. se refiere aquellos delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. No se trata de delitos castigados con más de tres años de prisión, sino de delitos que, dentro de su horquilla, la pena máxima que tengan prevista alcance o supere los tres años de prisión. Esto nos lleva a una larga lista de delitos que pueden estar castigados con penas de uno a tres años<sup>22</sup>. Lo que nos remite nuevamente a la necesidad de un esfuerzo motivador por parte del Juez

19 Entiendo que cuando la ley se refiere a la investigación de hechos que pudieran constituir alguno de los delitos indicados, se está refiriendo tanto a supuestos de delitos consumados como a los actos preparatorios para llevar a cabo la comisión de un delito, siempre y cuando la provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos estén castigadas penalmente de forma expresa.

20 I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *op. cit.*, p. 104.

21 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas, cit.*, p. 20.

22 Estaríamos ante delitos tan dispares como lesiones (art. 147.1 CP, se castiga con pena de uno a tres años de prisión), lesiones al feto (art. 157 CP, prisión de uno a cuatro años), fecundación de óvulos con fin distinto a la procreación humana (art. 160.2 CP, prisión de uno a cuatro años), amenazas graves (art. 169.1.º CP, prisión de uno a cinco años), coacciones (art. 172 CP, prisión de uno a tres años) violencia de género habitual (art. 173.2 CP, prisión de seis meses a tres años), abusos sexuales (art. 181 CP, pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses), prostitución de menores o discapacitados (art. 188.1 CP, prisión de dos a cinco años), descubrimiento de secretos (art. 197.1 CP, prisión de uno a cuatro años), la sustitución de un niño por otro (art. 220.3 CP, prisión de uno a cinco años), por poner sólo algunos ejemplos.



para justificar que la invasión de la privacidad del investigado no se hace por causas nimias o de poca importancia.

Por otra parte, para definir un grupo<sup>23</sup> o una organización criminal<sup>24</sup> debemos acudir al Código Penal (CP). En este caso ya no rige el límite de los tres años al que nos referíamos antes. Ahora, independientemente del delito de que se trate, sólo basta con que estemos investigando las actuaciones realizadas en el seno de un grupo o de una organización criminal para que pueda ser judicialmente adoptada esta medida de grabación de comunicaciones orales.

Para los delitos de terrorismo nos encontramos en la misma situación que con la definición de organización criminal. Debemos acudir al CP, que distingue entre organizaciones o grupos terroristas<sup>25</sup> y delitos de terrorismo<sup>26</sup>.

23 El art. 570 ter del CP dispone que, a los efectos de este texto normativo, se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos, sin que dicha unión reúna alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo 570 bis CP.

24 El art. 570 bis CP dice que, a los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

25 El art. 571 CP establece que, a los efectos de este Código se consideran organizaciones o grupos terroristas las agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de delitos de terrorismo tipificados en los arts. 573 a 580 del CP.

26 El art. 573 del CP mantiene que se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.<sup>a</sup> Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.<sup>a</sup> Alterar gravemente la paz pública; 3.<sup>a</sup> Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.<sup>a</sup> Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.

Estas tres posibles vías de legitimación de la medida de investigación que estudiamos (delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo) "son alternativas, pero a cualquiera de ellas se debe añadir que exista una previsión de relevancia probatoria de la medida solicitada (tanto desde el punto de vista del objeto como de los sujetos investigados)<sup>27</sup>".

#### IV. LA GARANTÍA JUDICIAL

Hay dos ideas claves que rigen la medida de investigación que estudiamos: "la primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida<sup>28</sup>".

El estudio de la intervención judicial de las comunicaciones orales puede extenderse a tres momentos diferentes: 1) el momento de la solicitud de la medida, 2) los requisitos de la autorización judicial habilitante y 3) el control judicial en la ejecución de la misma. Analicemos cada uno de estos momentos.

##### 1. Solicitud de autorización judicial

En la reforma el legislador regula los aspectos formales que debe revestir la solicitud de autorización judicial, con el fin de asegurar una buena fundamentación en la solicitud<sup>29</sup>.

De este modo, se exige que la solicitud contenga los siguientes puntos: los hechos que constituyen el objeto de la investigación, las razones que justifiquen la medida adoptar, los indicios de criminalidad existentes, la identificación de los sujetos investigados, los medios de comunicación empleados, la extensión de

27 P. CONDE-PUMPIDO, "Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos", p. 10. Se puede acceder a esta Ponencia en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Conde-Pumpido%20Garc%C3%ADa,%20Paloma.pdf?idFile=b243d8eb-4156-4d93-82b0-ccffc6992aa4) (Fecha de consulta: 28/08/2017).

28 Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, apartado IV. «BOE» núm. 239 de 6 de octubre de 2015, p. 90197.

29 Véase R. CASANOVA MARTÍ, *op. cit.*, p 3.

la medida, con especificación de su contenido (comunicación oral, imagen...), la unidad policial encargada de la misma, la forma de ejecución (medios, espacios...), la duración y las personas concretas que deban llevar a cabo la medida (art. 588 bis b). 2 de la LECr).

La petición de la medida de investigación la realizará el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial (art. 588 bis b) LECr). Lógicamente, el propio Juez instructor también puede acordar la medida de oficio.

Este precepto se olvida, sin embargo, de la acusación particular, cuya intervención no se contempla para la solicitud de esta medida, aunque es cierto que el art. 311 LECr sí que lo permite<sup>30</sup>. Sin embargo, también es cierto que esta petición no tendría viabilidad práctica, puesto que, como mantienen Marchena Gómez y González-Cuellar<sup>31</sup>, la adopción de este tipo de medidas conllevará por disposición legal el carácter secreto de las actuaciones con la consiguiente exclusión de las acusaciones no oficiales, mientras no se restablezca el principio general de publicidad (arts. 588 bis j y 302 LECr).

Esta situación podría poner en entredicho el principio de igualdad de armas, toda vez que "las posibilidades de contradicción son esenciales para determinar las condiciones en que se produce el debate, ya que es necesario que todo acusado pueda oponer sus propios medios probatorios a los que se esgrimen por la acusación y, al mismo tiempo, esté en condiciones de contradecir los elementos inculpativos. Cualquier carencia en este sentido quiebra las normas y garantías del procedimiento y abre el camino para una posible indefensión<sup>32</sup>".

Quizá podría tener sentido que la petición de la acusación particular o de alguna de las defensas se pudiese resolver por el juez en secreto, dándose traslado únicamente al Ministerio Fiscal, en los términos previstos en el art. 588 bis d), el cual dispone que "la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa".

El art. 588 bis c) dispone que para autorizar la medida restrictiva es preciso que el Ministerio Fiscal emita un informe al respecto, salvo en el caso, lógicamente, de que sea la propia Fiscalía la solicitante. "La emisión del dictamen no plantea dudas,

30 El artículo 311 de la LECr. dispone que el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales.

31 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 233.

32 STS 763/2000, de 8 de mayo, FD único.

si no fuera por el plazo de tiempo que tiene como máximo el juez para dictar la resolución, 24 horas desde que se presentará la solicitud<sup>33</sup>".

Si hablamos, no de la autorización inicial de la medida por parte del juez, sino de los supuestos de prórroga de la misma, nada se dice sobre la necesidad o no del informe del Ministerio Fiscal, aunque entendemos que por lógica también será necesario.

## 2. Requisitos de la resolución judicial habilitante

### 2.1. Forma

Como venimos diciendo, la medida requiere autorización judicial expresa y, con más razón si es para captar o grabar en el interior de domicilios o lugares destinados a la realización de actos de carácter íntimo, aunque la grabación se haga desde el exterior<sup>34</sup>.

El contenido que debe tener esta autorización está establecido con carácter general en el art. 588 bis c), que dispone que la resolución judicial deberá contener: hechos, calificación jurídica, indicios existentes del delito, personas investigadas, extensión de la medida, unidad policial encargada, duración, forma y periodicidad de información sobre resultados obtenidos, finalidad perseguida con la citada medida, y sujetos obligados o terceras personas que se harán cargo de la ejecución. A este contenido hay que añadirle el específico para la medida que estudiamos, regulado en el art. 588 quater c), que dispone que, además, el Juez debe hacer una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

Esta resolución judicial deberá especificar asimismo si la medida es sólo para la captación del sonido o también lo es para la grabación de imágenes complementarias, así como si resulta necesario entrar en el domicilio del investigado para la instalación de los aparatos de grabación.

Según se desprende del art. 588 bis b) LECr, el auto mediante el cual el Juez de Instrucción autoriza la grabación de las conversaciones orales ha de contener la explícita exposición de las razones por las que concurren los presupuestos constitucionales de legitimidad de la medida. Se trata pues de "una motivación integradora, expresiva del juicio de ponderación y eventual sacrificio de los principios que con-

33 R. CASTILLEJO MANZANARES, *op. cit.*, p. 4.

34 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional de seguimiento directo de personas*, cit., p. 41.

vergen en el momento de la adopción de una medida de esta naturaleza<sup>35</sup>. Así, será preciso, además de la previa ponderación de los bienes jurídicos en conflicto (principio constitucional de proporcionalidad)<sup>36</sup>, que el Juez valore la existencia o no de indicios que señalen a una concreta persona (principio constitucional de intervención indiciaria)<sup>37</sup>.

En el caso de introducción de dispositivos de grabación en el domicilio del afectado deberá existir "una motivación reforzada, indicativa de las razones por las que la medida resulta indispensable y proporcionada"<sup>38</sup>.

Como vemos, se opta por una minuciosa regulación del contenido de la autorización, para evitar un posible defecto de fundamentación y se consigue que la resolución autorizante tenga un contenido garantista que no quede a expensas de lo que cada Juez de Instrucción considere. La precisión de la autorización judicial es básica, porque a ella deben ceñirse los funcionarios policiales y demás sujetos encargados de la ejecución de la medida<sup>39</sup>.

El art. 588 quater e) dice que, cesada la medida, la grabación de nuevas conversaciones o captación de imágenes "exigirá una nueva autorización judicial", lo que es lógico porque la medida está prevista para la captación de los "encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia" (art. 588 quater c.).

## 2.2. Inexistencia de una cláusula de urgencia

En algunas de las medidas de investigación tecnológica previstas por la LECr. se prevé una cláusula de urgencia. Estas cláusulas de urgencia no han de ser confundidas con las medidas de suspensión de derechos fundamentales que, al amparo del art. 55.2 CE, pueden ser adoptadas en relación a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, a las que también se refiere la LECr.<sup>40</sup>

35 M. MARCHENA GÓMEZ, y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 351.

36 El art. 588 quater b.2.b de la LECr. establece expresamente el requisito de que pueda "preverse racionalmente que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación del autor".

37 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit., p. 30.

38 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 351.

39 R. CASANOVA MARTÍ, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

40 Dispone el art. 55.2 de la CE que una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamen-

En concreto, el art. art. 588 ter d) 3 de la LECr, en relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas, prevé expresamente esta suspensión del derecho fundamental del art. 18.3 CE prevista en el art. 55.2 CE, disponiendo que "en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad", comunicándose esta medida "inmediatamente al Juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas". Lógicamente estamos hablando de la suspensión individual, que es sólo posible cuando se trate de los derechos regulados en los arts. 17.2 (duración de la detención preventiva), 18.2 (inviolabilidad del domicilio) y 18.3 (secreto de las comunicaciones) de la Constitución.

Llegados a este punto, es preciso preguntarnos si, en el caso de la grabación de conversaciones orales que estamos estudiando, cabría aplicar la suspensión individual de derechos fundamentales del art. 55.2 de la CE. Naturalmente, todo dependerá de si el derecho fundamental afectado por esta medida restrictiva es el derecho del art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones) o es el art. 18.1 (derecho a la intimidad), para lo que nos remitimos al apdo. 2 de este trabajo. Aparte de la grabación de comunicaciones orales, el legislador no ha previsto expresamente cláusulas de suspensión o de urgencia<sup>41</sup>, por lo que descartada la existencia de una cláusula de urgencia distinta de la del art. 55.2 CE para la media de grabación de comunicaciones orales, lo que nos queda por dilucidar son dos cosas: 1.º) si cabe aplicar el art. 55.2 en el caso de la medida que estudiamos, y 2.º) qué requisitos y garantías deberían en su caso preservarse.

En relación con la primera cuestión, sí cabría la aplicación del art. 55.2 CE, siempre que entendamos que el precepto constitucional implicado es la libertad de las comunicaciones del art. 18.3 CE y no el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

tario, los derechos reconocidos entre otros en el art. 18.3 CE, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

41 Es decir, no existe para la medida que estudiamos cláusula de urgencia, "sin perjuicio de la posible aplicación, cuando proceda, del art. 55.2 CE en el caso de las investigaciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, siempre y cuando entendamos que el bien jurídico afectado es el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y no el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE", R. MARTIN MORALES, *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, cit., p. 28.

El problema viene dado en relación con los requisitos y garantías que deberían preservarse en el momento de la ejecución de la medida, y en particular en determinar si le son aplicables analógicamente las prescripciones establecidas por la LECr para la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, donde se permite la intervención de la grabación antes de producirse la autorización judicial, una vez que sea aprobada por el Ministerio del Interior o por el Secretario de Estado y siempre que se comunique de forma inmediata, y en todo caso antes de las 24 horas, al Juez.

Los artículos que la LECr. dedica a la grabación de las comunicaciones orales nada dicen sobre qué autoridades concretas deberían autorizar la intervención ni tampoco habla sobre el plazo de comunicación al Juez. Al no existir referencias legales, hay autores que consideran que la ejecución de esta medida antes de que la autorice el Juez no es posible, ni siquiera por razones de urgencia<sup>42</sup>.

De este modo nos encontramos con una previsión constitucional en el art. 55.2 CE que permite la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones y con una regulación en la LECr que desarrolla este precepto, pero sólo en relación con las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Consideramos que, tanto en el caso de comunicaciones orales como de comunicaciones telemáticas ha de ser posible la suspensión de tal derecho por aplicación del art. 55.2 CE. Sobre todo, por el contrasentido que supondría que se pudiese intervenir una comunicación telefónica de un terrorista y no una conversación oral entre dos terroristas planeando un atentado.

### 2.3. Determinación de los lugares y encuentros a grabar

Aunque el art. 588 quáter c) de la LECr. dispone que la resolución judicial ha de hacer mención expresa al lugar o dependencias donde se vaya a ejecutar la medida, las grabaciones no pueden llevarse a cabo de forma indiscriminada, ni cabe instalar micrófonos en cualquier punto de una vivienda, sino sólo en aquellas dependencias donde resulte proporcionado de cara a la investigación. Nuestro sistema

42 En este sentido, el Magistrado Eloy Velasco Núñez considera que hay que "descartar la posibilidad de que la medida la realicen, motu proprio, el Ministerio Fiscal o los Cuerpos policiales, incluso en situaciones de urgencia, ni siquiera con convalidación judicial posterior". Véase E. VELASCO NÚÑEZ, "Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos", en J. I. ZARAGOZA TEJADA (coord.), *Investigación Tecnológica y Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 230.

"deja en manos del Juez la definición del alcance locativo de la medida<sup>43</sup>". Estamos ante una de las medidas más intrusivas en el derecho a la intimidad de la persona, de modo que ha de especificarse con claridad dónde se colocan estos dispositivos.

Por tanto, el juez puede acordar, de acuerdo con la Constitución y la ley, la captación y grabación de comunicaciones orales tanto en espacios públicos como privados, abiertos o cerrados, incluyendo el domicilio del investigado.

Por otra parte, las conversaciones mantenidas por el investigado que pudieran ser de interés para la causa pueden ser grabadas tanto dentro como fuera de su domicilio, incluso en el domicilio de terceras personas (art. 588 quáter a. LECr.), siempre que intervenga el investigado. El TEDH también ha reconocido esta posibilidad en la STEDH de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia (párrafo 28).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que una cosa son las grabaciones de las conversaciones de los investigados y otra bien distinta la entrada en su domicilio. La reforma prevé que en el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio, o en algunos de los espacios donde las personas desarrollan su vida privada, la resolución habilitante ha de motivar de forma expresa la procedencia del acceso a estos lugares (art. 588 quater a) 2 LECr). Es decir, el permiso judicial de grabación no supone por sí mismo autorización de entrada en domicilio privado. Por ello debe recogerse expresamente la previsión de entrada en domicilio cuando tal entrada sea necesaria. Además, el consentimiento del morador para la entrada en su propio domicilio no es suficiente para legitimar la utilización añadida de instrumentos de grabación<sup>44</sup>.

Por último, es preciso llamar la atención de que no sólo la entrada física en el domicilio requiere una resolución judicial expresa al respecto<sup>45</sup>, sino que también la grabación desde el exterior (por ejemplo, a través de micrófonos direccionales) se considera una vulneración al derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>46</sup>.

43 Véase M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 352.

44 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 348.

45 La regla de la inviolabilidad del domicilio "es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos", STS 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5. En los mismos términos se manifiesta la STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 3.

46 M. J. CABEZUDO BAJO, "El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 15, 2016, p. 84.



#### 2.4. Grabación complementaria de imágenes

En el artículo 588 quáter a) de la LECr. está previsto que la escucha y grabación de las conversaciones privadas se puede complementar con la obtención de imágenes, cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. No basta, por tanto, con la autorización genérica de la grabación, sino que, si además del sonido se quiere extender la medida restrictiva a la imagen, el juez deberá ampliar la motivación. Al tratarse de una medida más invasiva, la ponderación de la proporcionalidad es lógicamente diferente. La naturaleza particularmente invasiva de la captación de imágenes nos deja incluso en la duda de si existen suficientes garantías con la actual redacción del art. 588 quáter a)<sup>47</sup>.

Recordemos que estamos ante una medida complementaria a la grabación de las comunicaciones y no ante una medida autónoma, en cuyo caso estaríamos hablando de la regulación prevista en los artículos 588 quinquies a) y siguientes de la LECr<sup>48</sup>.

#### 2.5. Control de la medida

El TC ya venía manteniendo que el control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>49</sup>. Por eso, con la reforma, no sólo se impone al Juez de instrucción la obligación de examinar los presupuestos habilitantes para

<sup>47</sup> Esto ha llevado a algunos autores, como Richard González, a considerar inadecuada la ubicación sistemática del precepto por lo que se refiere a la captación de imágenes, ya que, dada la parquedad de su regulación, considera que las garantías son insuficientes. Se debería proceder –dice este autor– a "una muy especial tipicidad delictiva y estar sometida a unas especiales medidas de control, sin que sea suficiente con decir que la resolución judicial podrá complementar la orden judicial de grabación del sonido", M. RICHARD GONZÁLEZ, "Conductas susceptibles de ser intervenidas...", *cit.*, p. 7. Recuérdese, no obstante, en lo que se refiere a la ubicación del precepto, que el capítulo VII se refiere a la captación de imágenes en espacios públicos, mientras que la medida prevista en el art. 588 quáter a) incluye también la captación de imágenes en el domicilio o en recintos cerrados en los que pueda encontrarse el investigado.

<sup>48</sup> M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 348. En el supuesto de grabación de imágenes estamos, pues, ante dos regímenes que no deben ser confundidas, uno es el previsto en los arts. 588 quáter a) y ss., correspondientes a la grabación de las comunicaciones orales y de imágenes complementarias a las mismas, y otro el regulado en los arts. 588 quinquies a) y ss. (Cap. VII), sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, seguimiento y localización.

<sup>49</sup> STC 9/2011, de 28 de febrero, FJ 3, y STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 8.

acordar las medidas de investigación, sino que también queda obligado al control de la ejecución de las medidas acordadas<sup>50</sup>.

Además, teniendo en cuenta que la persona investigada o el tercero afectado por la investigación y, por tanto, por la grabación de sus comunicaciones orales, no conoce la ejecución de la medida, el control judicial se convierte en una garantía básica<sup>51</sup>.

La regulación del control judicial de la medida que estudiamos la encontramos con carácter general dentro de las Disposiciones comunes aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, en el art. 588 bis g) y, en referencia en concreto a la grabación de comunicaciones orales, en el art. 588 quater d). El primero de los preceptos citados dispone que la Policía Judicial ha de informar al Juez de Instrucción del desarrollo y resultados de la medida cuando, por cualquier causa se ponga fin a la misma, y en la forma y con la periodicidad que judicialmente se determine. Por su parte, el art. 588 quáter d) establece otros dos elementos de control:

1) La Policía judicial ha de poner a disposición de la autoridad judicial "el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes", debiendo ir acompañada de "una transcripción de las conversaciones" que se consideren de interés. Los funcionarios no están autorizados a realizar copias y guardarlas<sup>52</sup>, pues han de entregar todos los soportes a la autoridad judicial.

2) El informe remitido al Juez ha de identificar a todos los agentes intervinientes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida. De esta forma se facilita que quien haya intervenido en la investigación pueda llegar a ser citado al plenario, convirtiéndose la diligencia de investigación en verdadera prueba sometida al principio de contradicción.

De todas formas, el art. 588 quater d) ha de interpretarse como un precepto de mínimos, como señalan Marchena y González-Cuéllar. El juez de instrucción puede añadir cualesquiera otras medidas de control que considere pertinentes en

50 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 352.

51 Véase la STS 311/2018, de 27 de junio de 2018, FD 1.4 y 1.7. En este caso, el TS declara la nulidad de la grabación de unas conversaciones llevada a cabo por un particular que actúa con medios técnicos e instrucciones que le da Guardia Civil, sin autorización ni control judicial. El TS considera que la información obtenida a través de estas grabaciones no puede ser avalada por la Sala ya que "ha de quedar fuera de toda duda que en aquellas ocasiones en la que el Estado se vale de un particular para sortear las limitaciones constitucionales al ejercicio del *ius puniendi*, la nulidad probatoria resultará obligada".

52 R. CASANOVA MARTÍ, *op. cit.* p. 7.

cada caso: "en la forma y con la periodicidad que éste [el Juez] determine" (art. 588 bis g) LECr)<sup>53</sup>.

## V. DURACIÓN Y CESE DE LA MEDIDA

### 1. Duración

Constituye una exigencia general derivada del principio de proporcionalidad que las medidas de investigación tecnológica del delito no puedan exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. De este modo, la resolución judicial que autoriza la ejecución de una medida restrictiva deberá precisar el tiempo concreto de duración de la diligencia<sup>54</sup>. Sin embargo, la utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de conversaciones orales directas no requiere fijación de un plazo temporal concreto, pero sí la determinación de los "encuentros concretos" (588 quater b) sobre los que va a recaer. Estamos hablando de la utilización de dispositivos para la grabación de comunicaciones orales determinadas y no para rastrear *sine die* las conversaciones mantenidas por los investigados<sup>55</sup>. Los encuentros concretos deberán especificarse en la resolución judicial habilitante y será inconstitucional su instalación indiscriminada.

Para salvaguardar los principios constitucionales de intervención indiciaria y de proporcionalidad es preciso que la autorización judicial se limite a uno o varios encuentros concretos y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación, debiendo cesar la grabación cuando desaparezcan esas concretas razones que la motivaron<sup>56</sup>.

Se trata de reforzar la idea de que la autorización de las medidas del capítulo VI sólo adquiere significado cuando se relaciona con encuentros previsibles. No es una medida sostenida en el tiempo<sup>57</sup>. No se puede aspirar a grabar indiscriminadamente

53 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 353.

54 Cfr. I. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *op. cit.*, p. 110.

55 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional de seguimiento directo de personas, cit.*, p. 45.

56 R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional de seguimiento directo de personas, cit.*, p. 43.

57 La LECr, en el art. 588 quater a) 1, dice en efecto que la medida ha de estar vinculada a "comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos". En el art. 588 quater c) se dispone que la autorización judicial ha de hacer una mención concreta a "los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia" y, en el art. 588 quater e), se afirma que la grabación que pueda hacerse en otros encuentros exigirá una nueva autorización.

conversaciones con la expectativa de que alguna de ellas podrá ofrecer información de interés<sup>58</sup>.

Aunque en el capítulo VI la norma nos hable de "encuentros concretos", sin necesidad de especificar plazo alguno, recordemos que existe una garantía adicional en el art. 588 bis e), según la cual las medidas "no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos". Este precepto busca un equilibrio entre la necesidad de utilizar la medida y la importancia de definir unos límites cronológicos que no prolonguen de manera innecesaria la restricción de derechos<sup>59</sup>.

En la Exposición de motivos se afirma que "no caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberá desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del art. 588 quater c)<sup>60</sup>".

Esto hace pensar que la medida sí podría adoptarse dentro de un determinado plazo temporal, aunque sólo para la captación de determinadas conversaciones concretas, que serían las únicas que podrían grabarse en ese tiempo, de modo que una vez grabadas finalizaría la ejecución de la medida.

En definitiva, es posible la instalación de dispositivos de grabación permanentes que se activen para "encuentros concretos", pero no de dispositivos de captación del sonido, y mucho menos de imagen, permanentemente activados.

Lo que se está autorizando es la grabación de determinados encuentros, aunque éstos tengan lugar en un determinado periodo de tiempo, sin que sea preciso estar pidiendo autorización para cada encuentro.

El plazo, por tanto, sólo se entiende y justifica como garantía referida al anticipado conocimiento de un contacto preciso, predecible y de cuya existencia próxima puedan aportarse relevantes indicios<sup>61</sup>. De todas formas –recordemos– la medida sólo ha de durar el tiempo estrictamente indispensable, pues de lo contrario, sería desproporcionada e ilegal<sup>62</sup>.

58 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 354.

59 R. CASANOVA MARTÍ, *op. cit.*, p. 6.

60 Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LO 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, p. 90197.

61 M. MARCHENA GÓMEZ y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 355.

62 R. CASANOVA MARTÍ, *op. cit.*, p. 7.

Lo dispuesto en este apartado ha de entenderse sin perjuicio del plazo máximo establecido para la práctica de las diligencias de instrucción previsto en el art. 342 de la LECr., y del secreto del sumario según dispone el art. 302 de la LECr.

## 2. Cese de la medida

En cuanto al momento en que debe producirse el cese de la medida, dice el art. 588 quater e) lo siguiente: "cesada la medida por alguna de las causas previstas en el art. 588 bis j), la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros (...) exigirá una nueva autorización judicial". Estas causas de cese a las que se refiere el art. 588 bis j) son las siguientes: a) cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción; b) cuando resulte evidente que a través de dicha medida no se están obteniendo los resultados pretendidos y, en todo caso, c) cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada<sup>63</sup>.

Entre grabación y grabación, es posible dejar instalado, aunque desactivado, el sistema de grabación, para luego activarlo para los encuentros expresamente autorizados, todo ello sujeto lógicamente a un plazo máximo de intervención.

## VI. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> Dado que la CE distingue entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, la captación y grabación de comunicaciones orales directas tendría quizá mejor encaje dogmático en el 18.1 CE, al no concurrir ni distancia entre los interlocutores ni comunicación a través de artificio alguno. Sin embargo, dado lo contradictorio que sería que la captación de una conversación oral en el caso de bandas armadas o elementos terroristas quedase fuera del ámbito de aplicación del art. 55.2 de la CE y no así cuando se tratase, por ejemplo, de una comunicación telefónica, es conveniente subrayar también la conexión de la captación de comunicaciones orales directas con el art. 18.3 de la CE.

Por otra parte, aunque el título VIII de la LECr se rúbrica "De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución", los derechos fundamentales involucrados pueden ir más allá del art. 18 CE (arts. 17.3, 24. etc.).

<sup>63</sup> Richard González considera que debería de concretarse de forma expresa un plazo de duración de la medida de investigación objeto de nuestro estudio. Véase M. RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 225.

2.<sup>a</sup> La ley permite la intervención de las comunicaciones orales para la investigación de delitos cuya pena tenga un límite máximo de tres años, además de para los delitos de terrorismo y para los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Es importante el esfuerzo motivador del Juez para justificar la intervención teniendo siempre presente los principios constitucionales de proporcionalidad e intervención indiciaria.

3.<sup>a</sup> Exige la ley que la intervención autorizada judicialmente se limite "a uno o varios encuentros concretos y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación", salvaguardándose así los principios constitucionales de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

La autorización judicial de la medida debe indicar los encuentros concretos a intervenir. El criterio que sigue la LECr no es el de establecer un plazo de duración, sino el de concretar los encuentros que van a intervenir.

4.<sup>a</sup> Si para llevar a cabo la ejecución de la medida es preciso entrar en un domicilio, se necesitará autorización judicial expresa. Esta resolución determinará los lugares concretos de la vivienda donde puede llevarse a cabo la intervención.

5.<sup>a</sup> La captación de imágenes, ya sea a través de fotografías o de video, es una medida complementaria a la grabación de las comunicaciones orales y que requiere una previsión expresa en la autorización judicial. No se debe confundir esta captación complementaria de imágenes con la medida restrictiva consisten en la "utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen" regulada en el Capítulo VII del Título VIII del Libro II de la LECr.

### **Resumen**

*La grabación directa de conversaciones orales es una medida de investigación que carecía de una regulación específica en España hasta la aprobación de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2015 mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Este trabajo tiene por objeto el análisis de esta medida de investigación a la luz de los derechos y principios constitucionales que pueden verse afectados por ella. Para lo cual se hace un análisis de los derechos fundamentales afectados por la medida, los requisitos de la misma en relación con el principio de proporcionalidad, la necesaria intervención judicial, así como la duración y el cese de la intervención.*

### **Palabras clave**

*Intervención de comunicaciones orales directas, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones, grabación de conversaciones, garantía judicial, autorización judicial.*

### **Abstract**

*The direct recording of oral conversations is a research measure that lacked a specific regulation in Spain until the approval of the reform of the Law of Criminal Procedure in 2015*

*through the Organic Law 13/2015, of October 5. The purpose of this work is to analyse this research measure to the light of the rights and constitutional principles that may be affected by it. Whereby an analysis is made of the fundamental rights affected by the measure, the requirements of the same in relation to the principle of proportionality, the necessary judicial intervention, as well as the duration and cessation of the intervention.*

**Keywords**

*Intervention of direct oral communications, right to privacy, right to secrecy of communications, recording of conversations, judicial guarantee, judicial authorization.*

Recibido: 10 de diciembre de 2018

Aceptado: 20 de diciembre de 2018





**DIÁLOGO Y CONFLICTO ENTRE TRIBUNALES  
A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA.  
NOVEDADES CON OCASIÓN DE LA SAGA  
TARICCO**

**Dialogue and conflict between courts on fundamental  
rights in the EU. What's new after the Taricco saga**

ADRIÁN GARCÍA ORTIZ

*Investigador predoctoral FPU. Universidad de Alicante*

**SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. El largo camino hacia una declaración de derechos de la Unión Europea.
- III. La CDFUE como Derecho mínimo. La cláusula del mejor estándar de protección y el caso Melloni.
- IV. El caso Taricco I o la apertura de la caja de pandora.
- V. A vueltas con los contralímites. La reacción de la «Corte Costituzionale».
- VI. Las conclusiones del Abogado General Yves Bot en Taricco II.
- VII. Taricco II: la quiebra del principio de primacía.
- VIII. La respuesta definitiva de la «Corte Costituzionale».
- IX. Unas primeras conclusiones provisionales.

**I. INTRODUCCIÓN**

Como afirmó el presidente de la Comisión Europea Jean-Claude Juncker en su discurso sobre el estado de la Unión de 2016<sup>1</sup>, la Unión Europea –UE– se encuentra en una crisis existencial. La debilidad del proyecto europeo, manifestada en el *Brexit*, el auge de los nacionalismos y populismos, la tibia respuesta a la crisis

1 Dirección General de Comunicación (Comisión Europea). Estado de la Unión 2016. Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad. Publicado el 3 de octubre de 2016. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c9ff4ff6-9a81-11e6-9bca-01aa75ed71a1>.

de refugiados o la activación del art. 7 del Tratado de la Unión Europea –TUE-<sup>2</sup> a Polonia y Hungría, demanda de las instituciones europeas una respuesta constitucional que sitúe a la persona en el eje del ordenamiento y la política de la Unión. Los derechos fundamentales emergen, así, como una posible vía de solución que puede fundamentar y legitimar la UE. Por medio del presente artículo pretendemos realizar un recorrido por la posición que los derechos fundamentales han ocupado en la arquitectura constitucional de la Unión, desde su construcción jurisprudencial inicial hasta la creación del *Bill of Rights* europeo que ha supuesto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –CDFUE-<sup>3</sup>. Para ello, se asume la premisa de que el debate de los derechos fundamentales en la UE debe apoyarse en dos pilares: el diálogo entre tribunales y la interrelación entre ordenamientos a través, en concreto, del art. 53 CDFUE, precepto cuya interpretación ha sido objeto de estudio en el célebre caso Melloni y la reciente saga Taricco, cuyas sentencias, que han motivado la elaboración del presente estudio, pueden haber supuesto un punto de inflexión en la relación entre la primacía del Derecho de la Unión y los principios constitucionales supremos de los ordenamientos nacionales.

## II. EL LARGO CAMINO HACIA UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Los derechos fundamentales, en la medida en que definen el estatuto jurídico básico de la persona, constituyen el elemento nuclear del ordenamiento jurídico, en el que actúan como un factor de homogeneización<sup>4</sup> e integración<sup>5</sup>. La dependencia de los

2 Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. DO C 202 de 7.6.2016, p. 13/45.

3 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DO C 364 de 18.12.2000, p. 1/22. La Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000, carecía de valor jurídico, por lo que se publicó en la serie C (comunicaciones e informaciones) del Diario Oficial de la Unión Europea, y no en la serie L (legislación). Dicha versión fue adaptada el 12 de diciembre de 2007: Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DO C 303 de 14.12.2007, p. 1/16.

4 J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, enero-marzo 1991, p. 87 y ss. En concreto, p. 88.

5 Véase, en este sentido, la propuesta del profesor García Roca de considerar la existencia de un principio de integración o de unidad funcional por el que, a través de la protección jurisprudencial equivalente de ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que se integran, puede alcanzarse una unión más estrecha de los Estados miembros. J. GARCÍA ROCA, "Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?", en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.),

derechos fundamentales, como categoría conceptual, en relación con un determinado sistema jurídico, explica la evolución paralela, si bien a distinta velocidad, de los derechos fundamentales en la UE y la propia conformación del ordenamiento jurídico europeo. De este modo, pese a que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE– empezó tempranamente a configurar el Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico autónomo<sup>6</sup>, dotado de los principios de primacía<sup>7</sup> y efecto directo<sup>8</sup>, el primigenio objetivo de integración económica de la entonces Comunidad Económica Europea dificultó el desarrollo de una doctrina propia en materia de derechos fundamentales. En una primera etapa, el TJCE transitó desde una posición inicial de indiferencia o desinterés<sup>9</sup> hacia los derechos fundamentales (asuntos *Stork*<sup>10</sup>, de 1959; *Comptoirs de vente*<sup>11</sup>, de

*Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 16 y ss. En concreto, pp. 40-41.

6 Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

7 Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66.

8 Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, *op. cit.*

9 J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 4.

10 Sentencia de 4 de febrero de 1959, *Stork*, C-1/58, EU:C:1959:4. En este asunto, TJCE desestimó la alegación de la parte demandante, que consideraba que una Decisión de la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –CECA– vulneraba los derechos fundamentales de libre desarrollo de la personalidad y de libre elección de profesión u oficio, proclamados en la mayoría de las constituciones de los Estados miembros, y, en concreto, en los arts. 2 y 12 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El TJCE no entró a analizar el motivo de fondo porque consideraba que su única función era garantizar el respeto del Derecho comunitario, siendo, en consecuencia, incompetente respecto al enjuiciamiento del Derecho interno, aunque resultaran vulnerados ciertos principios de Derecho constitucional alemán (apartado 4.a).

11 Sentencia de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59, EU:C:1960:36. En esta sentencia, el TJCE continuaría afirmando que no le corresponde «asegurarse de que las reglas del Derecho interno, incluidas las reglas constitucionales, en vigor en uno u otro de los Estados miembros sean respetadas» (fundamento jurídico II, párrafo séptimo), a pesar de que el Abogado General Lagrange le había propuesto que, aunque no aplicara directamente las reglas de Derecho interno, podía «verse influido por tales normas en la medida en que, en su caso, pudiera ver en ella la expresión de un principio general del Derecho susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado» (Conclusiones del Abogado General Lagrange, presentadas el 24 de mayo de 1960, asunto *Comptoirs de vente*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59, EU:C:1960:27, apartado III, párrafo cuarto). Asimismo, el Tribunal afirmarí que «el Derecho comunitario, tal como surge del Tratado CECA, no contiene ningún principio general, expreso o de otro tipo, que garantice el mantenimiento de los derechos adquiridos» (fundamento jurídico II, párrafo noveno).

1960; y Sgarlata<sup>12</sup>, de 1965), hacia su integración en los principios generales del Derecho comunitario (asunto Stauder<sup>13</sup>, de 1969), que habrían de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (asunto Internationale Handelsgesellschaft mbH<sup>14</sup>, de 1970) y los tratados internacionales sobre derechos humanos (asunto Nold<sup>15</sup>, de 1974); en especial, el Convenio Europeo para la Protección de los Dere-

12 Sentencia de 1 de abril de 1965, *Sgarlata*, C-40/64, EU:C:1965:36. En *Sgarlata*, el TJCE afirmaría que la protección de los derechos fundamentales por la UE, en tanto incluidos en las diferentes constituciones nacionales y, por tanto, sujetos a distintos regímenes jurídicos, atentaría contra la uniformidad y la autonomía del Derecho comunitario.

13 Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, EU:C:1969:57. A través de este procedimiento prejudicial, se cuestionaba si la Decisión 69/71/CEE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 12 de febrero de 1969, que supeditaba el suministro de mantequilla a precio reducido a los beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social a la comunicación de sus nombres a los vendedores, era compatible con los «principios generales del Derecho comunitario en vigor». El TJCE concluyó que, si la disposición se interpreta en el sentido de que no impone, pero tampoco prohíbe, la identificación nominal de los beneficiarios no derivaría de ella «ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona, subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (apartado 7). El cambio de postura de Stauder se explica por el Auto del Tribunal Constitucional alemán de 18 de octubre de 1967 (Bundesverfassungsgericht, Auto de 18 de octubre de 1967, asuntos 1 BvR 248/63 y 1 BvR 216/671), en el que advirtió por primera vez que admitiría recursos de inconstitucionalidad contra normas europeas que se fundamentaran en posibles violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn. A. MANGAS MARTÍN, "Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales", en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 29 y ss. En concreto, p. 37.

14 Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, C-11/70, EU:C:1970:114. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia aplicó la doctrina Stauder («la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia») pero, añadió, «la salvaguardia de dichos derechos (...) se inspir[a] en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (apartado 4).

15 Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, EU:C:1975:114. En este asunto, el Tribunal de Justicia afirmó que, para la determinación de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho, debe tenerse en cuenta, junto a las tradiciones constitucionales comunes, «los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos, en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (apartado 13). Las líneas generales marcadas en *Nold* serán confirmadas y ampliadas en los casos *Hauer* (Sentencia de 13 de septiembre de 1979, *Hauer*, C-44/79, EU:C:1979:290) y *National Panasonic* (Sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, C-136/79, EU:C:1980:169).

chos Humanos y las Libertades Fundamentales –CEDH– (asunto *Rutili*<sup>16</sup>, 1975). Los importantes avances efectuados en *Stauder e Internationale Handelfessellschaft* no pudieron evitar, sin embargo, la denominada «rebelión de los Tribunales Constitucionales»: como es sabido, los Tribunales Constitucionales italiano (asunto *Frontini*<sup>17</sup>, de 1973) y alemán (asunto *Solange*<sup>18</sup>, de 1974), advirtieron que no aceptarían la primacía del Derecho comunitario si ello implicaba una vulneración de sus disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales<sup>19</sup>, esenciales para su propia identidad constitucional.

16 Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, EU:C:1975:137, apartado 32.

17 *Corte Costituzionale*, sentencia núm. 183/1973, de 27 de diciembre de 1973. La *Corte Costituzionale*, en su sentencia *Frontini*, aunque sin cuestionar los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, tras advertir que no podía predicarse el carácter absoluto de la autonomía del ordenamiento jurídico europeo, formuló la denominada teoría de los contralímites: la fundamentación del Derecho europeo deriva de la atribución de las competencias soberanas que ceden los Estados miembros desde sus constituciones nacionales, por lo que estas debían erigirse como parámetro de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito nacional, especialmente en caso de quiebra de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Vid. A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 87-89; y S. GAMBINO, "La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre", trad. J. F. Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, julio-diciembre 2007, apartado 2 en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/08SilvioGambino.htm>.

18 Bundesverfassungsgericht. Sentencia de 29 de mayo de 1974, asunto 2 BvL 52/71 (*Solange I*). El Bundesverfassungsgericht estableció que, en tanto no quedaran garantizados los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, el Tribunal constitucional debería efectuar un control de constitucionalidad sobre las normas emanadas de las instituciones comunitarias, y si, a resultas del mismo, se constatará una contradicción entre una norma comunitaria y los derechos fundamentales constitucionales, prevalecería «la garantía de los derechos fundamentales de la Ley fundamental». Este control se mantendría, «[e]n tanto no haya alcanzado un desarrollo suficiente el proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un Parlamento y con vigencia efectiva, que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenido en la Ley Fundamental». Traducción extraída del Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 58, Cortes Generales, Secretaría General del Congreso de los Diputados. Secretaría General del Estado, 1986, p. 252-253, considerandos B, I, 4 y 7. En la segunda sentencia de esta saga, *Solange II*, el Bundesverfassungsgericht afirmó que, a la vista de la evolución de la jurisprudencia del TJCE, la protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario era equivalente al del Derecho interno, por lo que, mientras se mantuviera este nivel, no procedía cuestionar el principio de primacía del Derecho comunitario (Bundesverfassungsgericht. Sentencia de 22 de octubre de 1986, asunto 2 BvR 197/83 – *Solange II*–).

19 J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 4. Vid. También P. BIAVATI, "La protección de los derechos

La Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 1977<sup>20</sup> daría comienzo a una etapa en la que los derechos fundamentales abandonarían su presencia meramente jurisprudencial y, sobre la base de la anterior construcción doctrinal, empezarían a ser referenciados en los textos comunitarios, primero como mención secundaria en el preámbulo del Acta Única Europea de 1986<sup>21</sup> y, más adelante, en el art. F. 2 del Tratado de Maastricht de 1992<sup>22</sup>. El último estadio en el régimen de los derechos fundamentales en la UE lo encontramos en el Tratado de Lisboa (2007)<sup>23</sup>. El art. 6 TUE, tras Lisboa, incorpora la proclamación de los derechos como principios generales del Derecho comunitario (art. 6.3 TUE)<sup>24</sup>

humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los Estados", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 28, 2012, p. 6 y ss.; V. BOU FRANCH, "La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, segundo semestre 2014, p. 15 y ss. En concreto, p. 26.

20 Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 27 de abril de 1977, Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C 103/1, pág. 67. Esta declaración sienta la doctrina afirmada por el Tribunal de Justicia, al subrayar «la importancia primordial que atribuyen al respecto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales».

21 Acta Única Europea. DO L 169 de 29.6.1987, p. 1. Así rezaba el tercer párrafo del Preámbulo: «Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

22 Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. DO C 191 de 29.7.92, p. 1/112. Este artículo señalaba que «[l]a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

23 Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DO C 306 de 17.12.2007, p. 1/271.

24 Según dicho precepto, «[l]os derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Si bien el tenor es similar al formulado en el Tratado de Maastricht, mientras en este los derechos eran «respetados», en el Tratado de Lisboa, «forman parte» del Derecho de la Unión como principios generales.

el avance hacia una Europa de los derechos de un modo bidireccional. Por un lado, quedaba consagrada la CDFUE como declaración de derechos propia de la UE, en tanto le otorgaba el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE); por otro lado, pretendía encomendar la efectiva protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– mediante el establecimiento, como mandato imperativo, de la adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE)<sup>25</sup>.

Tras la adquisición de vinculatoriedad jurídica, el análisis de los derechos fundamentales en la UE debe basarse en la evaluación de la posición que ocupa la CDFUE en la arquitectura constitucional de la UE. Tras un largo y tortuoso camino jurisprudencial, y una lenta e insuficiente incorporación a los Tratados, el Tratado de Lisboa ha otorgado a la declaración de derechos europea el valor jurídico propio del Derecho originario. Es necesario determinar, pues, si dicha atribución tiene algún significado o si, por el contrario, la Carta continúa siendo un «convidado de piedra»<sup>26</sup>. La duda es razonable: desde la perspectiva constitucional, es difícil encajar una declaración de derechos efectuada por una institución que, sin embargo, no tiene atribuida la competencia en materia de derechos fundamentales, salvo si su única pretensión es convertirse en un catálogo de directrices políticas dirigido al legislador o en una guía o parámetro de la labor judicial de concreción de los principios generales; funciones que, por otra parte, venía desempeñando con anterioridad a la adquisición de eficacia jurídica. En cualquier caso, en el estado actual del desarrollo del Derecho de la Unión, la doctrina científica debe prestar atención a la potencialidad de la CDFUE como efectiva declaración de derechos de un embrionario ordenamiento constitucional europeo, partiendo, en primer lugar, de la operatividad de la CDFUE según las denominadas «cláusulas horizontales», ubicadas en el Título VII de la CDFUE (arts. 51 a 54), de entre las que ocupa un papel esencial el art. 53 CDFUE, en tanto regula la operatividad de la Carta en las relaciones interordinamentales. Por ello, en las próximas líneas trataremos de analizar la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– del citado precep-

25 Precepto que, pese a la opinión negativa del TJUE, manifestada en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, sigue vigente.

26 P. CRUZ VILLALÓN: "La Carta, o el convidado de piedra (una mirada a la parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Europa" en P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004. Esta afirmación se debe fundamentalmente a que, conforme al art. 51.1 CDFUE, las disposiciones de la Carta sólo están dirigidas a las «instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando aplican el Derecho de la Unión».



to en el caso Melloni y el posible cambio de interpretación derivado de la reciente saga Taricco.

### III. LA CDFUE COMO DERECHO MÍNIMO. LA CLÁUSULA DEL MEJOR ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y EL CASO MELLONI<sup>27</sup>

De conformidad con el art. 53 CDFUE,

«[n]inguna de las disposiciones de la [CDFUE] podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Una primera lectura de este precepto, que algún autor ha llegado a calificar como «enigma no resuelto del Derecho Constitucional Europeo»<sup>28</sup>, podría conducir

<sup>27</sup> Existen abundantes trabajos sobre el caso Melloni. Entre ellos, L. BACHMAIER WINTER, "Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo", *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, p. 153 y ss.; N. DE BOER, "Addressing rights divergences under the Charter: Melloni", *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 4, 2013, p. 1083 y ss.; L. I. GORDILLO PÉREZ y A. TAPIA TRUEBA, "Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, julio-diciembre 2014, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/09\\_gordillo\\_tapia.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE22/articulos/09_gordillo_tapia.htm); M. IACOMETTI, "Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo", *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, octubre de 2013, p. 1 y ss.; F. J. MATIA PORTILLA, "Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, p. 479 y ss.; R. PUNSET BLANCO, "Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 189 y ss.; I. TORRES MURO, "La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, p. 343 y ss.; A. TORRES PÉREZ, "Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue", *European Constitutional Law Review*, núm. 10, 2014, p. 308 y ss.

<sup>28</sup> G. COMAZZETTO, "Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra *revirements* e *questioni irrisolte*", *Consulta OnLine*, núm. 2/2018, 7 de mayo de 2018, p. 347 y ss. En concreto, p. 364. Este autor denuncia la desproporción entre las expectativas de la doctrina sobre el papel del art.



a la afirmación de que, a sensu contrario, el otorgamiento por la CDFUE de una protección inferior a un derecho fundamental respecto a la de la Constitución de un Estado miembro implicaría una «limitación del derecho fundamental» que daría lugar, según el art. 53 CDFUE, a la aplicación del estándar nacional, a modo de cláusula de no regresión<sup>29</sup>. No sería, en principio, obstáculo a esta afirmación el hecho de que el acto supuestamente vulnerador tuviera naturaleza comunitaria, pues precisamente la finalidad de este artículo sería garantizar, en todo caso, que ningún derecho fundamental de los proclamados en la Carta fuera limitado o lesionado. De lo contrario, podría alegarse, se trataría de un «enunciado jurídicamente vacío»<sup>30</sup>. Esta interpretación sería, además, acorde con la mantenida tradicionalmente por la doctrina respecto al art. 53 CEDH, de casi el mismo tenor literal. No obstante, la doctrina científica advirtió pronto de las consecuencias letales que esta interpretación implicaría para el principio de primacía del Derecho de la Unión<sup>31</sup>, pues quedaría en entredicho ante la aplicación de una norma nacional, aun constitucional, de contenido más favorable para el derecho fundamental vulnerado. Ante dicho escenario de incertidumbre, el Tribunal Constitucional español –TC– solicitó al TJUE, en la que fue su primera cuestión prejudicial, la interpretación de dicho precepto<sup>32</sup>.

Condenado en rebeldía por el Tribunale di Ferrara por un delito de quiebra fraudulenta, la Audiencia Nacional decidió, por auto de 12 de septiembre de 2008, la entrega del señor Melloni a las autoridades italianas. Dicho auto fue objeto de

53 CDFUE como bisagra de los distintos ordenamientos europeos y el valor realmente otorgado por la jurisprudencia del TJUE.

29 De esta opinión es J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "Artículo 53. Nivel de protección", en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *op. cit.*, p. 852 y ss. En concreto, p. 854.

30 F. RUBIO LLORENTE, "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, p. 13 y ss. En concreto, p. 44.

31 X. ARZOZ SANTISTEBAN, "La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, mayo-agosto 2005, p. 63 y ss. En concreto, p. 106; J. B. LIISBERG, "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?", *Common Market Law Review*, núm. 38-5, 2001, p. 1171 y ss.; A. LÓPEZ CASTILLO, "Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113, julio-septiembre 2001, p. 43 y ss. En concreto, p. 68; F. RUBIO LLORENTE, "Una Carta de dudosa utilidad", en F. J. MATÍA PORTILLA (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 169 y ss. En concreto, p. 199; F. RUBIO LLORENTE, "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (...)", *op. cit.*, p. 43-44.

32 Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm. 86/2011, de 9 de junio de 2011.

recurso de amparo ante el TC por constituir una «vulneración indirecta de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el (...) art. 24.2 CE»<sup>33</sup>, dado que la legislación procesal italiana no permitía el recurso contra las sentencias condenatorias dictadas en rebeldía. En lo que aquí nos interesa<sup>34</sup>, el TC, en su tercera cuestión prejudicial, solicitó una interpretación del art. 53 CDFUE y ofreció, para ello, tres posibles alternativas<sup>35</sup>. En primer lugar, dicho precepto podría ser concebido como una cláusula de estándar mínimo de protección característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, equiparable a la del art. 53 CEDH<sup>36</sup>. En segundo lugar, el art. 53 CDFUE podría tener la misma finalidad que el art. 51 CDFUE, esto es, la delimitación del ámbito de aplicación de la Carta. Esta interpretación, no obstante, implicaría, según el TC, que el precepto «quedaría privado de contenido jurídico propio y se convertiría en una disposición redundante con respecto al art. 51 CDFUE», así como a que «la Carta [podría] dar lugar en los Estados miembros a la reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de sus normas constitucionales». En tercer lugar, el TJUE podría optar por una interpretación integradora de las dos primeras: en ocasiones actuaría como cláusula de estándar mínimo de protección y, en otras, como solución común uniforme, en función de la concreta situación debatida.

El TJUE concluyó<sup>37</sup> que una lectura del art. 53 CDFUE conforme a la primera interpretación efectuada por el TC, es decir, como cláusula del mejor estándar de protección, menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, sentando que:

33 Antecedente tercero.

34 El TC formuló tres cuestiones prejudiciales: Si la Decisión Marco 2002/584/JAI impedía la subordinación de la entrega del acusado por las autoridades judiciales españolas a la exigencia de revisión de su condena; si ello no sería incompatible con las exigencias del derecho de defensa (arts. 47 y 48.2 CDFUE); y, si no era incompatible, si, en virtud del art. 53 CDFUE, un Estado miembro podría condicionar la entrega del condenado en ausencia a la posibilidad de una revisión de la condena en el Estado miembro requirente, en atención a que dicha posibilidad sería exigida por el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE.

35 Fundamento jurídico 7.

36 El TC cita, a modo de justificación, las siguientes sentencias del TJUE: Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 74; sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, apartado 45; sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809, apartado 93.

37 Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

«cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»<sup>38</sup>.

En esta sentencia, en definitiva, el TJUE condicionaba la interpretación y protección de los derechos fundamentales, en el marco de la UE, a los objetivos de la Unión. Así se desprende también de las Conclusiones del Abogado General Yves Bot<sup>39</sup>, quien desarrolla, asimismo, los criterios de delimitación del margen de actuación de que disponen los Estados para establecer el nivel de protección de los derechos fundamentales cuando han de aplicar el Derecho de la Unión. A tal efecto, el Abogado General distingue dos situaciones<sup>40</sup>: aquéllas en las que la UE ha establecido un concreto nivel de protección y aquéllas en las que no existe una definición común europea. En las primeras, entre las que se encontraría el caso Melloni, el Estado miembro no podría invocar el mantenimiento de su nivel de protección más alto; en las segundas, el Estado dispondría de un mayor margen de actuación, pero, en todo caso, su nivel de protección debería ser conciliable con la debida aplicación del Derecho de la Unión.

El caso Melloni, en definitiva, cuyo criterio fue aplicado finalmente por el TC<sup>41</sup>, evidenciaba la subordinación de la mejor protección de los derechos fundamentales a la necesaria garantía de la primacía y eficacia del Derecho de la Unión y, con ello, del proceso de construcción europea<sup>42</sup>. Llevado al extremo, dicha sujeción de los derechos fundamentales a los objetivos de la Unión podría dar lugar a un principio de primacía no predicable del ordenamiento jurídico de la Unión, sino de sus fines<sup>43</sup>. Una solución difícilmente compatible con una pretendida «Europa de los derechos» en la que las acciones, intereses y objetivos

38 Apartado 60.

39 Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 2 de octubre de 2012, asunto *Melloni*, C-399/11, EU:C:2012:600, apartados 106 a 108.

40 Apartados 124 a 128.

41 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

42 L. I. GORDILLO PÉREZ y A. TAPIA TRUEBA, "Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni", *op. cit.*, p. 16.

43 M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea: dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, UTET giuridica, Turín, 2012.

siguen asumiendo como centro de gravedad las libertades fundamentales del mercado interior europeo<sup>44</sup>.

#### IV. EL CASO TARICCO I O LA APERTURA DE LA CAJA DE PANDORA

El caso Taricco I<sup>45</sup> tiene origen en una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano jurisdiccional italiano, el *Tribunale di Cuneo*, que conocía de un procedimiento penal por constitución de asociación ilícita para la comisión de delitos en materia de fraude de IVA. El tribunal tuvo que dictar un auto de sobreseimiento respecto de uno de los imputados debido a que, como consecuencia de la sucesión de varios incidentes procesales, las infracciones que se le imputaban habían prescrito, advirtiendo de que los demás delitos lo harían antes de que pudiera dictarse una resolución judicial definitiva. El órgano a quo manifestó en su cuestión prejudicial que no se trataba de un problema aislado, sino de un fenómeno estructural derivado de la regulación de la prescripción en la legislación procesal italiana: el art. 160 del

44 En este sentido, la Abogada General Juliane Kokott sugirió que la adhesión de la UE al CEDH podría producir «cierto cambio en el centro de gravedad de las actuaciones que afecte, por ejemplo, a la relación que existe entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales del mercado interior europeo», dado que «[e]s posible que el equilibrio entre, por una parte, las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales y, por otra, el interés general o incluso los intereses económicos no siempre sea definido por el TEDH de la misma manera que lo ha sido hasta ahora en la jurisprudencia [del TJUE]». Opinión del procedimiento de dictamen 2/13, de 13 de junio de 2014, EU:C:2014:2475, apartado 206.

45 Sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, EU:C:2015:555. Sobre esta primera sentencia puede verse, además de la bibliografía citada, la siguiente: M. BASSINI, "Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco.", en L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITTA (eds.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2016, p. 357 y ss.; M. LUCIANI, "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 2/2016, 2016, p. 1 y ss.; VV.AA., "Atti del Convegno "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra Diritto Penale e Diritto Europeo"", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 4/2016, 2016, p. 1 y ss. Desde la perspectiva del Derecho penal, S. MANACORDA, "Le garanzie penalistiche nei rapporti con il Diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso *Taricco*", *Cassazione penale*, núm. 9, 2016, p. 3488 y ss. Finalmente, desde la perspectiva del Derecho financiero, M. RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, "La sentencia del TJUE en el caso «Ivo Tarricco y otros» y la aplicación extensiva del principio de efectividad en relación con la persecución del fraude en el IVA", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, 2016, p. 171 y ss.

Código Penal italiano establece que los plazos de prescripción no pueden prolongarse, en ningún caso, más allá de los periodos indicados en el art. 161.2, según el cual la interrupción de la prescripción no puede dar lugar a una ampliación del plazo de prescripción de más de la cuarta parte de su duración máxima. Como consecuencia de la complejidad y la extensa duración de los procesos penales, los referidos preceptos conducían a una «neutralización del efecto temporal de la causa de interrupción de la prescripción»<sup>46</sup> y, en definitiva, a una situación de impunidad respecto de los delitos cuya tramitación presentaba mayores dificultades. Dado que Italia había decidido luchar contra el fraude en materia de IVA<sup>47</sup> a través de la tipificación delictiva, el *Tribunale di Cuneo* cuestiona si la regulación italiana en materia de prescripción es contraria, entre otros preceptos, al art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–<sup>48</sup>, según el cual:

«[l]a Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión».

Según el TJUE, dicho precepto, junto con su segundo apartado<sup>49</sup>, impone a los Estados miembros una obligación de resultado<sup>50</sup> en virtud de la cual los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros deben establecer, cualquiera que sea la técnica utilizada, medidas de lucha contra el fraude del IVA de carácter efectivo y disuasorio. Por ello,

«en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, las disposiciones del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por

46 Apartado 46.

47 El Tribunal de Justicia aclaró que los procedimientos en materia de IVA están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2012:340, apartados 27 y 28.

48 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 202 de 7.6.2016, p. 47/199.

49 Según el art. 325.2 TFUE, «[l]os Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

50 Apartado 51.

el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente»<sup>51</sup>.

De esta manera, el TJUE, en el fallo, considera que la normativa italiana en materia de prescripción «puede ser» contraria al art. 325.1 y 2 TFUE, siempre y cuando la normativa nacional impida imponer «sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea», o, en segundo lugar, establezca para el fraude que afecte a los intereses financieros nacionales plazos de prescripción más largos que para los fraudes que afecten a los intereses de la Unión, «extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional». Además, establece que son los jueces nacionales quienes deben «garantizar la plena eficacia del artículo [325.1 y 2 TFUE], dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impidan al Estado miembro de que se trate dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo». La sentencia otorga así al juez nacional una enorme, e impracticable, potestad discrecional: deberá decidir si las sanciones penales en materia de IVA son efectivas y disuasorias; si, por el contrario, no lo son «en un número considerable de casos», operación que no puede efectuar un órgano jurisdiccional por sí solo; y, en definitiva, garantizar la eficaz aplicación del art. 325 TFUE.

En principio, el presente caso no despierta más interés que el propio de una simple aplicación a un caso concreto del principio de primacía: en caso de contradicción entre una norma de Derecho interno (los arts. 160 y 161 del Código Penal italiano) y una norma de Derecho de la Unión (el art. 325 TFUE), debe aplicarse la norma de Derecho de la Unión y dejarse inaplicada la norma interna. En realidad, no obstante, el asunto presenta una trascendencia constitucional derivada de la evidente conexión entre el instituto de la prescripción y los principios de seguridad jurídica y legalidad, dejando el criterio sentado por el TJUE sin resolver al respecto tres cuestiones: primero, si la inaplicación del régimen de prescripción afecta al principio de legalidad penal en su exigencia de certeza e irretroactividad *in malam partem*; segundo, si afecta, por extensión, a la identidad nacional italiana, en tanto el principio de legalidad es un principio constitucional superior; tercero, si no es posible, con base en el art. 53 CDFUE, un estándar nacional de protección de derechos más elevado.

Respecto al primer problema, el TJUE intuye las importantes consecuencias en el plano de los derechos fundamentales que puede implicar el criterio sentado: «si el

51 Apartado 52.

órgano jurisdiccional nacional decide dejar sin aplicación las disposiciones nacionales controvertidas, habrá de velar igualmente por que se respeten los derechos fundamentales de las personas afectadas»<sup>52</sup>. Sin embargo, con esta expresión, el TJUE no contribuye sino a dificultar el problema: asume que la inaplicación del régimen de prescripción puede suponer una vulneración de derechos fundamentales, pero no los identifica y, sobre todo, no ofrece una solución en caso de que, efectivamente, se produzca dicha vulneración, aunque parece deducirse que ésta no podrá consistir en la inaplicación de la regla sentada en la sentencia, pues la fórmula no se expresa en forma de excepción. En cualquier caso, establece que el criterio adoptado no afecta al principio de legalidad penal del art. 49 CDFUE, porque dicho precepto exige que la infracción y la sanción se encuentren tipificados en el momento de la comisión del delito<sup>53</sup>, pero no puede considerarse comprensivo del régimen de prescripción. La exclusión de las normas de prescripción del principio de legalidad penal sería, además, congruente con la jurisprudencia del TEDH<sup>54</sup>, que habría establecido que una prórroga del plazo de prescripción y su aplicación inmediata no constituye una vulneración de los derechos garantizados por el art. 7 CEDH (equivalente al art. 49 CDFUE). Dado que no se considera vulnerado ningún principio constitucional ni derecho fundamental, ni en la argumentación del TJUE ni en la de la Abogado General<sup>55</sup>, tienen cabida el examen de la identidad constitucional y el del art. 53 CDFUE.

## V. A VUELTAS CON LOS CONTRALÍMITES. LA REACCIÓN DE LA «CORTE COSTITUZIONALE»

La trascendencia constitucional del criterio sentado en *Taricco I* motivó la respuesta de la *Corte Costituzionale* en su *Ordinanza 24/2017*<sup>56</sup>, con la que interpone

52 Apartado 53.

53 Apartado 56.

54 Cita, en concreto, en el apartado 57, las sentencias de 22 de junio de 2000, caso *Coëme y otros c. Bélgica*, demandas 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0622JUD003249296; de 17 de septiembre de 2009, caso *Coppola c. Italia* (n.º 2), demanda 10249/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0917JUD001024903; y de 20 de septiembre de 2011, caso *OAO Nefityanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, demanda 14902/04, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204.

55 Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokkot, presentadas el 30 de abril de 2015, asunto *Taricco*, C-105/14, EU:C:2015:293.

56 *Corte Costituzionale, ordinanza 24/2017*, de 26 de enero de 2017. Este pronunciamiento ha sido analizado desde diferentes disciplinas jurídicas. Por ejemplo, A. BERNARDI, "L'ordinanza *Taricco* della Corte costituzionale alla prova della *pareidolia*", *Rivista italiana di diritto e procedura*

una cuestión prejudicial al TJUE en un procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad (*giudizi di legittimità costituzionale*) planteado por la *Corte di cassazione* y la *Corte d'appello di Milano*, que habían expresado sus dudas respecto de la constitucionalidad de la interpretación llevada a cabo por el TJUE en la referida sentencia.

La *Corte Costituzionale* asume como eje central de su tesis la necesidad de salvaguardar la identidad constitucional italiana. Por ello, amenaza con la utilización de la teoría de los contralímites<sup>57</sup>, instrumento «para amenazar siempre pero para activar nunca»<sup>58</sup>: la observancia de los principios supremos del orden constitucional italiano y de los derechos inalienables de la persona son una condición para que el Derecho de la Unión se aplique en Italia. Si no se produjera tal observancia, lo cual es, sin embargo, «altamente improbable», sería necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional que autorizó la ratificación de los Tratados, en la parte en que se permite la vulneración. En este sentido, no hay duda de que el principio de legalidad penal expresa un principio supremo del sistema jurídico, destinado a proteger los derechos inviolables de la persona<sup>59</sup>. En consecuencia, si la aplicación del art. 325 TFUE comportase el ingreso en el ordenamiento jurídico italiano de una regla contraria al principio de legalidad penal (porque permitiera la inaplicación de una de sus manifestaciones), la Corte debería impedirlo. Debe tenerse en cuenta que, como recuerda la *Corte Costituzionale*, en el ordenamiento jurídico italiano el

*penale*, núm. 1/2017, 2017, p. 48 y ss.; A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Ferrara, 24 febbraio 2017*, Jovene editore, Milán, 2017.; M. CAIANIELLO, "Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 3, 2017, p. 967 y ss.; P. MORI, "La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza *Taricco*: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, núm. 2, 2017, p. 407 y ss.

<sup>57</sup> Sobre los contralímites, vid. A. BERNARDI (ed.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, Nápoles, 2017; D. A. RUGGERI, "Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti", e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)", *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2005, p. 1 y ss.; F. VECCHIO, "Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, enero-junio 2012, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02\\_VECCHIO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02_VECCHIO.htm).

<sup>58</sup> R. BIN, "Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?", *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 de julio de 2016, p. 1 y ss. En concreto, p. 7.

<sup>59</sup> Fundamento jurídico 2.



régimen legal de la prescripción tiene naturaleza sustantiva, y no procesal<sup>60</sup>, y, como tal, se encuentra incluido en el principio de legalidad penal<sup>61</sup>: según se desprende del art. 25.2 de la Constitución italiana de 1947<sup>62</sup>, es necesario que en el momento de la comisión del hecho estén determinados la infracción, la sanción y el plazo de prescripción. La *Corte Costituzionale* señala que no es necesario que el marco jurídico europeo sea uniforme en este aspecto, ya que no afecta directamente a las competencias ni a las normas de la Unión, siendo cada Estado miembro libre de atribuir a la prescripción de los delitos, la naturaleza de una institución sustancial o procesal, de conformidad con su tradición constitucional<sup>63</sup>. En definitiva, el Derecho de la Unión no puede interpretarse en el sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su ordenamiento constitucional, porque ello atentaría contra la identidad constitucional del mismo<sup>64</sup>.

En un loable intento de diálogo con el TJUE, la Corte, sin abandonar su firme posición, centra sus esfuerzos argumentativos en tratar de compatibilizar el criterio sentado en *Taricco I*, que no discute, con la salvaguardia de la identidad constitucional italiana. Apunta, en este sentido, como posible cauce de solución, a la procedencia de la aplicación del art. 53 CDFUE, en tanto que las normas sobre prescripción italianas, al estar incluidas en el principio de legalidad penal, suponen un nivel de protección más elevado que los del art. 49 CDFUE y el art. 7 CEDH<sup>65</sup>. Ello no afectaría, en su opinión, al principio de primacía del Derecho de la Unión, lo que

60 Respecto a la naturaleza sustantiva o procesal del instituto de la prescripción, existen autores que consideran que la cuestión no es clara en el Derecho italiano, por lo que no podría motivar la aplicación de la teoría de los contralímites. En este sentido, F. GRISOSTOLO y L. SCARCELLA, "Trouble Always Comes in Threes": The *Taricco* Case Saga and the Italian Limitation Period in VAT Fraud", *Intertax*, núm. 11, 2017, p. 701 y ss. En concreto, p. 707. Otros, en cambio, opinan que en Italia siempre se ha dado por sentado la naturaleza sustancial de la prescripción tanto en un nivel teórico como práctico. Así, M. CAIANIELLO, "Dum Romae (et Brucellae) Consulitur...: Some considerations on the *Taricco* judgement and its consequences at national and european level", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 24, 2016, p. 1 y ss. En concreto, p. 12.

61 Fundamento jurídico 4. La *Corte Costituzionale* manifiesta que, en este sentido, el régimen es similar al español, citando la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 63/2005, de 14 de marzo de 2005.

62 «Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho» (traducción propia).

63 Fundamento jurídico 4.

64 Fundamento jurídico 6.

65 Fundamento jurídico 8.

diferenciaría precisamente este caso al de Melloni: no se duda de la regla sentada en Taricco I, sino que solamente se evidencia la existencia de un «impedimento de orden constitucional» a su aplicación directa por el juez<sup>66</sup>, una especie de obstáculo externo al Derecho de la Unión<sup>67</sup>. En conclusión, la Corte solicita al TJUE la confirmación acerca del mantenimiento del criterio de Taricco I, en sus mismos términos, o si, por el contrario, permite su inaplicación en el caso de que en el ordenamiento de un Estado miembro la prescripción sea parte del Derecho penal sustantivo y esté sujeta al principio de legalidad y, por tanto, forme parte de los principios superiores del ordenamiento constitucional del Estado miembro o de los derechos inalienables de la persona reconocidos en la Constitución del Estado miembro. En otros términos, la Corte requiere al TJUE un cambio de posición respecto a Taricco I, dado que, de lo contrario, se encontraría en la obligación de reconocer la inconstitucionalidad, por aplicación de la teoría de los contralímites, del art. 325 TFUE.

## VI. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL YVES BOT EN TARICCO II

A diferencia del caso anterior, en Taricco II<sup>68</sup> nos encontramos ante un diálogo al más alto nivel entre el TJUE y la *Corte Costituzionale*, que, con esta, plantea su tercera cuestión prejudicial<sup>69</sup>. Si el objeto de debate de Taricco I había sido la compatibilidad de una norma infraconstitucional (los arts. 160 y 161 del Código Penal italiano) con un precepto de Derecho originario (el art. 325 TFUE, entre otros), en Taricco II la *Corte Costituzionale* introduce en el debate, por primera vez, el art. 25 de la Constitución italiana. Ello implica que el problema inicial de fondo no presentaba un cariz constitucional: ninguna disposición de los Tratados se oponía a precepto constitucional alguno. Por el contrario, el problema de constitucionalidad deriva de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia sobre un precepto que, como se afirma, no contradice, *per se*, la Constitución italiana.

66 Fundamento jurídico 8.

67 S. ROMBOLI, "Los contra-límites en serio" y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, julio-diciembre 2017, en [http://www.ugr.es/~redce/RED-CE28/articulos/06\\_S\\_ROMBOLI.htm](http://www.ugr.es/~redce/RED-CE28/articulos/06_S_ROMBOLI.htm), apartado 5.

68 Sentencia de 5 de diciembre de 2017, *Taricco II*, C-42/17, EU:C:2017:564.

69 La primera se resolvió en la sentencia de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, EU:C:2009:709, y la segunda en la sentencia de 26 de noviembre de 2014, *Mascolo*, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401.

El Abogado General Yves Bot<sup>70</sup> decidió aplicar los criterios que él mismo diseñó en las conclusiones de la sentencia Melloni a las tres cuestiones derivadas del caso Taricco I<sup>71</sup> formuladas por la *Corte Costituzionale* en su cuestión prejudicial: la posible vulneración del principio de legalidad penal por la inaplicación del régimen italiano de prescripción; la afectación consecuente a la identidad constitucional italiana; y la posibilidad de justificar la aplicación del régimen de prescripción con fundamento en el art. 53 CDFUE.

Respecto a la vulneración del principio de legalidad, según Yves Bot, el art. 49 CDFUE cubre la definición de las infracciones y el nivel de penas aplicables, pero no la determinación de los plazos de prescripción, por lo que «nada se opone a que el juez nacional (...) no aplique las disposiciones establecidas en los artículos 160, último párrafo, y 161, párrafo segundo, del Código Penal a los procedimientos en curso»<sup>72</sup>. Ello, además, no supondría un ataque a la identidad constitucional de Italia, porque, afirma, el principio de legalidad penal no es un principio superior del ordenamiento constitucional italiano, y ello con independencia de que se constatará la vulneración del principio de legalidad. La prohibición de aplicación inmediata de un plazo de prescripción más largo es «un derecho fundamental protegido por la Constitución italiana cuya importancia no cabe subestimar, pero ello no significa, no obstante, que deba pensarse aquí en la aplicación del artículo 4 TUE, apartado 2»<sup>73</sup>. En contra de la *Corte Costituzionale*, que sí consideró en peligro la identidad constitucional italiana, el Abogado General acude a la propia jurisprudencia constitucional italiana para argumentar la ausencia del carácter fundamental del principio de legalidad<sup>74</sup>.

70 Para una visión general de las conclusiones, vid. L. DANIELE, "Il seguito del caso *Taricco*: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti", *European Papers*, vol. 2, núm. 3, 2017, p. 987 y ss.

71 Conclusiones de 18 de julio de 2017, *Taricco II*, *op. cit.*

72 Apartado 141.

73 Apartado 179.

74 De esta manera, afirma que «[l]os principios calificados de «fundamentales» se enumeran en sus artículos 1 a 12, por lo que *a priori* el principio de legalidad de los delitos y las penas estaría excluido de estos» (apartado 181). Por otra parte, según la propia *Corte Costituzionale*, los principios «superiores» o «fundamentales» del ordenamiento constitucional son aquellos que lo identifican y representan el «núcleo duro» de la Constitución italiana (apartado 184); se incluirían las garantías constitucionales esenciales, como la democracia o el principio de igualdad, pero no las garantías procesales, por importantes que sean (apartado 185).

En cuanto a la posible aplicación del art. 53 CDFUE, el Abogado General Bot afirma que la interpretación de los derechos proclamados en la CDFUE debe tender a un nivel elevado de protección<sup>75</sup>, pero «no es posible razonar únicamente en términos de nivel de protección más o menos alto de los derechos fundamentales, sin tener en cuenta los imperativos ligados a la acción de la Unión y a la especificidad del Derecho de la Unión»<sup>76</sup>. En concreto, la protección de los derechos fundamentales debe ponderarse, en la esfera de la UE, con los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión, como son la uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>77</sup>. En tanto en cuanto la interpretación del art. 53 CDFUE efectuada por la *Corte Costituzionale* atenta contra el principio de primacía del Derecho de la Unión<sup>78</sup>, no es posible su admisión. Si en Melloni el Abogado General realizaba una distinción en función de la existencia de una regulación uniforme en la Unión sobre la materia afecta, y situaba ese caso entre aquellos en los que sí existía uniformidad, ubica ahora a Taricco II en el grupo en que, ante la ausencia de una normativa homogénea, los Estados miembros gozarían, en principio, de un mayor margen de actuación para aplicar estándares de protección más elevados<sup>79</sup>. No obstante, esta posibilidad quedaba condicionada a que no afectase a la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión, lo que sucedía en el caso Taricco II. En definitiva, el Abogado General propone al TJUE la no modificación de la posición establecida en Taricco I por aplicación de la doctrina Melloni; una postura sobre la supremacía del Derecho de la Unión conservadora y radical y que, probablemente, de haber sido seguida por el TJUE, hubiera implicado la activación de los contralímites<sup>80</sup>.

## VII. TARICCO II: LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

En la segunda sentencia de la saga<sup>81</sup>, el TJUE decide adoptar una solución que se apartará de las conclusiones de Yves Bot, de Taricco I y de Melloni, y que

75 Apartado 148.

76 Apartado 150.

77 Apartado 154.

78 Apartado 156.

79 Apartado 163.

80 M. BASSINI, O. POLLICINO, "The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven "Deadly" Sins and a Modest Proposal", *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2 de agosto de 2017. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/the-opinion-of-advocate-general-bot-in-taricco-ii-seven-deadly-sins-and-a-modest-proposal/>.

81 Sobre esta sentencia puede verse, además de la bibliografía citada, la siguiente: A. ABUKAR

permitirá que la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión puedan ser excepcionados en caso de que queden comprometidos los derechos fundamentales, los principios superiores del ordenamiento constitucional y, en definitiva, la identidad constitucional del Estado miembro.

En primer lugar, el TJUE decide matizar la postura sentada en *Taricco I* mediante el reconocimiento de la naturaleza sustantiva de las normas procesales italianas que regulan el régimen de prescripción y, en consecuencia, su inclusión en el principio constitucional de legalidad penal previsto en el art. 25.2 de la Constitución italiana. El TJUE reconoce que «los requisitos de previsibilidad, de precisión y de irretroactividad inherentes al principio de legalidad de los delitos y las penas se aplican, en el ordenamiento jurídico italiano, también al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia del IVA»<sup>82</sup>. Con la nueva información que ahora dispone<sup>83</sup>, la regla sentada en *Taricco I*, según la cual, en esencia, el juez nacional debe inaplicar el régimen de prescripción regulado en su propio Código Penal para garantizar la sanción del fraude a los intereses financieros de la Unión, puede conducir a una «situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, que menoscaba el principio de precisión de la ley aplicable»<sup>84</sup>. Por ello, en caso de que el juez nacional constatará la existencia de dicha situación de incertidumbre, no estaría obligado a

HAYO, "Sulla linea di confine tra politica e diritto e sul principio di legalità, penale e processuale, a margine del caso *Taricco*", *Archivio penale*, núm. 2/2018, 2018, p. 1 y ss.; R. RAMPIONI, "Sistema delle fonti di diritto e conflitto ermeneutico fra le due Corti", *Processo penale e giustizia*, núm. 2/2018, 2018, p. 294 y ss.; F. VIGANÒ, "Legalità "nazionale" e legalità "europea" in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza *M.A.S. ("Taricco II")*", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 4/2017, 2017, p. 1281 y ss.; G. VITALE, "L'attesa sentenza "Taricco bis": brevi riflessioni", *European Papers. European Forum.*, vol. 3, núm. 1, 2018, p. 445 y ss.

82 Apartado 58.

83 Según el Abogado General, dicha información no pudo ser tomada en consideración en *Taricco I* porque no fue introducida en el debate por ninguna de las partes. En efecto, afirma que «sería injusto criticar en exceso al Tribunal de Justicia por esta deficiencia, en la medida en que ni el Tribunale di Cuneo, que es el autor de la primera remisión prejudicial, ni el Gobierno italiano, en sus observaciones escritas y orales formuladas en el marco del asunto que dio lugar a la sentencia *Taricco* y otros, mencionaron las particularidades relativas a la naturaleza y a las normas que rigen el régimen de la prescripción en el ordenamiento jurídico italiano, que no obstante constituyen el eje central de la remisión prejudicial, particularidades que ahora destaca la *Corte costituzionale*» (apartado 69). Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 18 de julio de 2017, asunto *Taricco II*, C-42/17, EU:C:2017:564.

84 Apartado 59.

dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas<sup>85</sup>. El aparente cambio de criterio, que se basaría en lo afirmado en el apartado 53 de Taricco I<sup>86</sup>, es finalmente confirmado en el apartado 61 de la sentencia, que, por su relevancia, reproducimos:

«[s]i el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello, aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión».

El principio de legalidad podría vulnerarse, en concreto, en caso de «falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de comisión de la infracción»<sup>87</sup>. Resulta difícil imaginar, empero, algún caso en que el principio de legalidad penal no resulte lesionado, habida cuenta de que, si en Italia comprende el régimen de prescripción, toda inaplicación del mismo conducirá a una falta de precisión de la ley aplicable.

La modificación de postura puede expresarse en los siguientes términos: en la primera sentencia de la saga se afirmaba que el art. 325 TFUE obligaba al juez nacional, en determinadas circunstancias, a no aplicar su Código Penal; en Taricco II el TJUE obliga al Juez nacional, en determinadas circunstancias, a no aplicar su Código Penal a menos que resulte vulnerado el principio de legalidad. Esto es, en caso de vulneración del principio de legalidad (lo que se producirá siempre que se inaplique su régimen de prescripción), el juez nacional podría seguir aplicando su Código Penal. La regla se aplicará incluso aunque el respeto al criterio sentado en Taricco I «permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión», es decir, aunque ello implique una lesión a la primacía, la unidad o la efectividad del Derecho de la Unión. El TJUE vuelve a atribuir al órgano jurisdiccional

85 *Ibidem*.

86 En el apartado 60 de Taricco II, se afirma que «el Tribunal de Justicia ya ha destacado, en el apartado 53 de la mencionada sentencia, que, debido a la inaplicación de esas disposiciones, podrían imponerse a esas personas sanciones que, con toda probabilidad, habrían evitado si se hubieran aplicado las mencionadas disposiciones. Así, esas personas podrían quedar sujetas retroactivamente a condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción». Vid. A. FACCHINETTI, "The protection of human rights in the European Union by means of judicial dialogue. A comment on the ECJ's preliminary ruling in the Taricco II case", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, p. 253 y ss. En concreto, pp. 261 y 262.

87 Apartado 64.

nacional toda la responsabilidad: la regla sentada en Taricco es correcta y, siempre que sea posible, debe ser aplicada. No obstante, en el caso de que el órgano judicial considere que la aplicación de la regla puede contrariar el principio de legalidad, entonces decaería su obligación de dejar sin efecto su Código Penal respecto a las reglas de prescripción: podría aplicarlas, lo que daría lugar a la continuidad de las situaciones de impunidad, o bien podría inaplicarlas con fundamento en Taricco I.

Por otra parte, el TJUE pretende marcar un claro distanciamiento respecto al criterio establecido en Melloni<sup>88</sup> aunque, para ello, no mencione dicha sentencia, ni el art. 53 CDFUE ni la identidad nacional<sup>89</sup>. Sin embargo, la propia estructuración de su argumentación le exige acudir, como punto de partida, a la doctrina Melloni, aunque sea de forma indirecta: la cita al caso Åkerberg Fransson<sup>90</sup>. De esta manera, el TJUE afirma que las autoridades y tribunales nacionales pueden aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión<sup>91</sup>. Señala como referencia de este criterio el apartado 29 de la sentencia Åkerberg Fransson, que, sin embargo, se limita a reproducir el criterio sentado en el caso Melloni, dictada el mismo día.

La sentencia Taricco II asume que la inclusión en el principio de legalidad penal del régimen de prescripción representa un estándar más elevado de protección previsto por la Constitución italiana pero no por la CDFUE. El criterio general respecto a la interrelación entre estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, conforme a la sentencia Melloni, es la imposibilidad de aplicar ni-

88 Para una posición contraria, vid. C. DI FRANCESCO MAESA, "Effectiveness and Primacy of EU Law v. Higher National Protection of Fundamental Rights and National Identity. A Look through the Lens of the Taricco II Judgment", *Eu crim: the European Criminal Law Associations' forum*, núm. 1, 2018, p. 50 y ss. En concreto, p. 54. En su opinión, el TJUE adopta en Melloni y Taricco II la misma regla, derivándose el diferente resultado de las sentencias de la existencia de distintas situaciones de hecho.

89 Según Polimeni, no fue difícil para el TJUE ignorar la referencia al art. 4.2 TUE porque la *Corte Costituzionale* no lo mencionó expresamente en sus cuestiones y porque decidió descargar el peso de la argumentación en el papel del juez y el principio de determinación de la ley penal y no en la identidad nacional. S. POLIMENI, "Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l' "evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018", *Osservatorio Costituzionale*, núm. 2/2018, 20 de junio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, pp. 10 y 11.

90 Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, *op.cit.*

91 Apartado 47.

veles nacionales de protección superiores a los previstos en las normas europeas. No obstante, dicha regla general queda exceptuada, permitiendo, por tanto, la aplicación del estándar nacional, cuando concurren dos requisitos: no debe existir en el Derecho de la Unión ningún nivel de protección homogéneo en la materia implicada y la aplicación del estándar nacional de protección no puede perjudicar la primacía, la unidad o la efectividad del ordenamiento jurídico europeo. En primer lugar, respecto al asunto enjuiciado en la saga Taricco, no existe, en el Derecho de la Unión, una armonización en materia de prescripción de las infracciones y sanciones penales<sup>92</sup>, por lo que, en principio, los Estados miembros dispondrían de un mayor margen de actuación que, en ningún caso, podría conducir a actuaciones contrarias a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. En segundo lugar, como afirma la sentencia Taricco I y las conclusiones del Abogado General en Taricco II<sup>93</sup>, la aplicación del régimen italiano de prescripción supone un atentado contra la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión, en concreto, en materia de lucha contra el fraude fiscal que afecta a los intereses financieros de la Unión. La concurrencia de los dos requisitos conduciría a la aplicación del criterio Melloni: no cabría la aplicación del estándar nacional de protección y, por tanto, no podría aplicarse el régimen italiano de prescripción. Sin embargo, en Taricco II, el TJUE permite al órgano judicial nacional continuar aplicando su estándar de protección más elevado aun resultando contrario a la efectividad del Derecho de la Unión.

### VIII. LA RESPUESTA DEFINITIVA DE LA «CORTE COSTITUZIONALE»

Con la sentencia 115/2018<sup>94</sup>, por la que se desestiman los «*giudizi di legittimità costituzionale*» interpuestos por la *Corte di cassazione* y la *Corte d'appello di Milano*, la *Corte Costituzionale* pone fin a la saga Taricco confirmando la hipótesis trazada

92 No obstante, el art. 12 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, impone una armonización parcial de los plazos de prescripción aplicables a los procedimientos penales relacionados con el IVA. Los Estados miembros deben transponer esta directiva antes del 6 de julio de 2019 (art. 17).

93 Apartado 52 de la sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, *op. cit.*, y apartados 83 y 167 de las conclusiones de 18 de julio de 2017, *Taricco II*, *op. cit.*

94 *Corte Costituzionale*, sentencia 115/2018, de 10 de abril de 2018. Con anterioridad al depósito de la sentencia, el 31 de mayo de 2018, la oficina de prensa de la Corte hizo público el sentido del fallo en un comunicado de 10 de abril de 2018.



en su ordenanza 24/2017 y manteniendo su tono firme pero dialogante. En esta resolución, calificada por la doctrina italiana como una sentencia interpretativa de rechazo atípica por la amplitud y profundidad de la motivación<sup>95</sup>, la Corte analiza la sentencia Taricco II a través de la distinción de dos planos. En primer lugar, la «regla Taricco», como decide denominar al criterio fijado en Taricco I, según el cual el art. 325 TFUE impide la aplicación de la normativa de prescripción italiana por afectar a la primacía y efectividad del Derecho de la Unión, no debe aplicarse a los hechos cometidos con anterioridad de la fecha de publicación de la sentencia, esto es, el 8 de septiembre de 2015<sup>96</sup>. Este primer criterio se fundamenta en el principio de prohibición de la retroactividad *in malam partem* de las normas penales, principio que deriva directamente del Derecho de la Unión y que no requiere ninguna verificación por parte de los jueces nacionales<sup>97</sup>. Este criterio, afirma, hubiera sido suficiente para desestimar las cuestiones de constitucionalidad<sup>98</sup>, pero la Corte decide continuar el análisis de la «regla Taricco» prescindiendo del límite temporal para fijar su postura y evitar futuros conflictos a través de un fallo con eficacia *erga omnes*<sup>99</sup>.

En segundo lugar, el TJUE encomienda a los jueces nacionales la labor de comprobación, respecto a hechos ocurridos con posterioridad al 8 de septiembre de 2015, de la compatibilidad de la «regla Taricco» con el principio de determinación o taxatividad en materia penal<sup>100</sup>. Esto es, es el juez nacional quien debe comprobar si la inaplicación de la normativa italiana de prescripción atenta, en el concreto caso sujeto a su enjuiciamiento, contra el principio de legalidad penal, pues en tal caso no estaría obligado a aplicar la «regla Taricco». Respecto a este último criterio, la Corte decide matizar, de nuevo, al TJUE, en tanto afirma que dicho criterio no puede ser aplicado, en ningún caso, en el ordenamiento jurídico italiano. Aporta en su defensa dos argumentos, uno de carácter formal y otro sustantivo. En primer lugar, desde el punto de vista formal o procesal, los jueces nacionales no pueden ejercer la labor de comprobación exigida por el TJUE porque la *Corte Costituzionale*

95 D. GALLO, "La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto", *European Papers. European Forum.*, 1 de julio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 3.

96 Fundamento jurídico 7.

97 Ibidem.

98 Fundamento jurídico 10.

99 C. AMALFITANO, O. POLLICINO, "Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco", *Rivista di diritti comparati*, núm. 2/2018, 5 de junio de 2018.

100 Fundamento jurídico 7.

es la única autoridad competente para determinar si el Derecho de la UE contradice los principios superiores del ordenamiento constitucional, entre los que se encuentra el principio de determinación de la ley penal, y los derechos inalienables de la persona<sup>101</sup>. Los jueces nacionales pueden interponer, en caso de duda acerca de la constitucionalidad de la normativa europea incorporada al ordenamiento italiano, una cuestión de constitucionalidad, pero la decisión última corresponde a la *Corte Costituzionale*<sup>102</sup>. En segundo lugar, con independencia de lo anterior, materialmente la «regla Taricco» vulnera siempre, sin excepción, el principio de determinación de la ley penal consagrado en el art. 25.2 de la Constitución italiana<sup>103</sup>: el principio de legalidad penal incluye el principio de determinación, que comprende en el ordenamiento jurídico italiano la normativa legal en materia de prescripción, de naturaleza sustantiva<sup>104</sup>. La Corte establece que el «déficit de determinación» que impide la aplicación del criterio sentado en Taricco II procede tanto del propio art. 325.1 y 2 del TFUE como de la «regla Taricco» en sí: del tenor literal del art. 325 TFUE, formulado en términos genéricos e indeterminados, no puede preverse la validez de la «regla Taricco»<sup>105</sup>; regla que, por su parte, tal y como la formula el TJUE, contiene

101 Fundamento jurídico 8.

102 De modo similar se pronuncia la sentencia 269/2017, de 14 de diciembre de 2017, de la *Corte Costituzionale*, en la que afirma que, en caso de quiebra de la Constitución y la CDFUE en materia de derechos humanos, los jueces nacionales deben interponer una cuestión de inconstitucionalidad y no una cuestión prejudicial (que podrá ser planteada, en su caso, por el TJUE), circunscribiéndose este último instrumento a los asuntos relacionados estrictamente con el Derecho de la Unión. Cfr., entre otros, A. ANZON DEMMING, "La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei controlimiti", *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 de febrero de 2018, p. 1 y ss.

103 Fundamento jurídico 10.

104 *Ibidem*. Según Donini, el planteamiento de la *Corte Costituzionale* sobre la naturaleza sustantiva de la prescripción utilizaría una premisa distinta en la sentencia 115/2018 frente a su *Ordinanza* 24/2017: si en esta había afirmado que la prescripción tiene naturaleza sustantiva porque así lo regula el Código Penal, en aquella sienta que la prescripción, por afectar a la punibilidad, pertenece por se al campo de aplicación del art. 25 de la Constitución, por lo que el legislador ordinario estaría obligado a regularlo en el Código Penal. M. DONINI, "Lettura critica di Corte Costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco", *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 de julio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 10.

105 La «regla Taricco» carecería así de una precisión ab origine que ningún perfeccionamiento posterior de la jurisprudencia europea podría solventar (apartado 11). Cfr. M. LUIGI FERRANTE, "La sentenza n. 115/2018 con la quale la Corte costituzionale ha posto fine all'affaire Taricco: una

expresiones de imposible aplicación; en especial, la concreción del «número considerable de casos» en que las sanciones penales en materia de IVA no son efectivas y disuasorias<sup>106</sup>. La Corte razona que el principio de determinación presenta una doble dirección: la producción de normas adecuadamente definidas garantiza una actividad judicial conforme a Derecho –esto es, evita una actividad «creativa» del juez– y permite a la persona conocer las consecuencias jurídicas de sus acciones antes de ser cometidas<sup>107</sup>. Se trata, pues, de la necesidad de una adecuada formulación del principio de seguridad jurídica, que exige, en definitiva, certeza en la formulación de las normas. Compartimos con parte de la doctrina<sup>108</sup> la consideración de que ni el art. 325 TFUE ni la «regla Taricco» son indeterminados. El art. 325 TFUE impone una obligación de resultado que no tiene por destinatario a las autoridades judiciales, sino al legislador europeo y de los Estados miembros; la «indeterminación» es, en realidad, el reconocimiento de un margen de discrecionalidad en la adopción de las medidas nacionales. Por su parte, la «regla Taricco» tampoco es indeterminada, sino ilegítima, pues supone una vulneración del principio de separación de poderes entre el legislativo y el judicial: la atribución al juez de la función de buscar medidas que tengan un efecto disuasorio y sean eficaces en la lucha contra el fraude supone una suplantación de las funciones del legislador<sup>109</sup>. Así parece reconocerlo la *Corte Costituzionale*: «[n]é a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)»<sup>110</sup>.

El último de los fundamentos de Derecho de la sentencia, el decimocuarto, constituye una muestra del estilo firme pero dialogante que la Corte ha empleado a lo largo de la misma y de la *Ordinanza* 24/2017. Así, manifiesta en primer lugar que la inaplicabilidad de la «regla Taricco» no se fundamenta sólo en la Constitución italiana, sino en el propio Derecho de la Unión<sup>111</sup>, para concluir, finalmente, que la

decisione ferma ma diplomatica", *Dirittifondamentali.it*, núm. 2/2018, 5 de julio de 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 24.

106 Fundamento jurídico 11.

107 *Ibidem*.

108 M. DONINI, *op. cit.*, p. 12.

109 Sin embargo, llama la atención que la sentencia 115/2018, a diferencia de la *Ordinanza* 24/2017, omita toda referencia a la responsabilidad del legislador en una mejor regulación de la prescripción. Así lo denuncia P. FARAGUNA, "Roma locuta, Taricco finita", *Rivista di diritti comparati*, núm. 2/2018, 5 de junio de 2018.

110 Fundamento jurídico 11.

111 La referencia al Derecho de la Unión se refiere, según Gallo (D. GALLO, *op. cit.*, p. 4),

violación del principio de determinación en materia penal cierra el camino sin excepciones al ingreso de la «regla Taricco» en el ordenamiento italiano. De este modo, la *Corte Costituzionale* impide la aplicación en el ordenamiento jurídico italiano de los criterios sentados por el TJUE tanto en Taricco I como en Taricco II. El hecho de que la *Corte Costituzionale* reafirme su competencia para controlar la compatibilidad del Derecho de la Unión con los principios constitucionales, así como que decida la inaplicación *tout court* de la «regla Taricco», en base a la naturaleza sustantiva de la prescripción y la defensa de la superación de poderes, supone, para algunos autores, una utilización implícita de la teoría de los contralímites<sup>112</sup>.

## IX. UNAS PRIMERAS CONCLUSIONES PROVISIONALES

El caso Melloni y la saga Taricco evidencian que, pese a la nueva posición que parece otorgar el art. 6 TUE a los derechos fundamentales, derivada, fundamentalmente, de la adquisición por la CDFUE de vinculatoriedad jurídica, el principal agente encargado de la tutela y la elaboración de un cuerpo doctrinal sobre los derechos continúa siendo el TJUE. El órgano judicial de la Unión se otorga la competencia de la interpretación del art. 53 CDFUE y, con ello, del propio rumbo y significado de la Carta. Ahora bien, en esta labor, parece consolidarse la tendencia al diálogo entre altos tribunales<sup>113</sup>; un diálogo que ha dejado de caracterizarse por la

al apartado 53 de Taricco II (y, por tanto, el art. 49 CDFUE), que había establecido la necesidad de velar por el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, para otros autores, como Donini (M. DONINI, *op. cit.*, p. 20), se trata de una mención simplemente táctica, porque la argumentación se fundamenta exclusivamente en el art. 25 de la Constitución.

112 Entre otros, S. POLIMENI, *op. cit.*, pp. 19, 20 y 22, y M. DONINI, *op. cit.*, p. 7, 10 y 11.

113 Sobre esta materia, puede consultarse una extensa bibliografía: F. BALAGUER CALLEJÓN, "Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/12franciscobalaguercallejon.htm>; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 235 y ss.; P. RIDOLA, "La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, julio-diciembre 2012, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/08\\_RIDOLA.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/08_RIDOLA.htm); E. ROCA TRÍAS, S. GARCÍA COUSO, "¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 529 y ss.; A. SAIZ ARNAIZ, "La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo", en A. SAIZ ARNAIZ, J. SOLANES MULLOR, J. E. ROA ROA (dir.), *Diálogos*

formulación por el Tribunal Constitucional de una pregunta y la obtención de una respuesta del TJUE, como sucede en Melloni, para admitir un auténtico diálogo con varios turnos de intervención, única vía posible para una auténtica colaboración<sup>114</sup>. Un nuevo tipo de diálogo en el que el TJUE se muestra receptivo a opiniones contrarias, hasta el punto de modificar su postura y reconocer su error respecto a su atribución de competencia para la interpretación de principios constitucionales nacionales. Un diálogo, en fin, en que el «derecho a la última palabra» cede importancia al «derecho a la primera palabra»<sup>115</sup>, dado que el órgano *a quo* tiene la capacidad de establecer los términos en que se desarrollará el conflicto y, por tanto, los de su resultado.

La trascendencia de la sentencia Taricco II, no obstante, radica en que el TJUE parece reconocer que los principios de primacía, uniformidad y efectividad del Derecho de la Unión, característicos del mismo y baluartes de su supervivencia, no pueden garantizarse en todo caso y sin excepciones<sup>116</sup>. De esta sentencia se desprende que los principios y derechos fundamentales pueden erigirse en límites a la aplicación del Derecho de la Unión<sup>117</sup>. La amenaza al recurso de la teoría de los contralímites nos retrotrae a tiempos remotos en los que los tratados excluían toda mención a los derechos fundamentales; nada parece haber cambiado. Continúa recayendo sobre el TJUE toda la responsabilidad y, por fin, parece mostrar una predisposición a cambiar el *statu quo*. Los derechos fundamentales no pueden continuar subordinados, en un ordenamiento jurídico como el europeo<sup>118</sup>, en el que cada vez resulta

judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 29 y ss.; P. TENORIO SÁNCHEZ, "Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, p. 1 y ss.

114 Este diálogo entre tribunales puede contribuir a la armonización de los sistemas multinivel de tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, G. DE VERGOTTINI, *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2010.

115 P. FARAGUNA, *op. cit.*

116 Cupelli considera que, en Taricco II, el TJUE supera la tentación de la "primacía a todo coste" y se esfuerza en comprender las razones constitucionales internas. C. CUPELLI, "La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo certo", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 6/2018, p. 227 y ss. En concreto, p. 230.

117 A. FACCHINETTI, *op. cit.*, pp. 268 y 269. En su opinión, el TJUE reconoce que el deber de inaplicación que conlleva el principio de primacía no es absoluto, sino que ha de ser ponderado y reconciliado con la protección de los derechos humanos.

118 Los derechos fundamentales son, precisamente, uno de los motivos por los que no cabe considerar a la UE como una organización internacional. I. PERNICE, "El constitucionalismo multi-

más difícil distinguir los actos puramente estatales de los netamente europeos, a la primacía, la uniformidad y la efectividad del Derecho de la Unión que, como la Unión, continúan articulados en clave económica. Aquello que el art. 6 TUE no ha conseguido, el TJUE puede imponer<sup>119</sup>: la centralidad de la persona y los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. Estas son, probablemente, manifestaciones precipitadas y necesitadas de matices, pero, en cualquier caso, parece claro que el art. 53 CDFUE ha adquirido un nuevo sentido tras la sentencia Taricco II: ya que, aunque expresamente no se proclame su naturaleza como cláusula de mejor estándar de protección, sí parece derogarse la doctrina que sustentaba precisamente la negativa de dicha naturaleza. Se produce, al menos, un repliegue respecto a la doctrina del TJUE sobre los estándares nacionales de los derechos fundamentales aplicados por los Estados miembros cuando ejecutan el Derecho de la Unión<sup>120</sup>. No podemos afirmar que nos encontramos ante un punto de inflexión, ni siquiera ante un cambio definitivo de postura, pero tampoco debemos obviar el importante avance que esta sentencia puede suponer respecto a la centralidad de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. De confirmarse esta teoría, el TJUE se enfrentaría a un reto para el que, probablemente, carecerá de las competencias necesarias: garantizar el respeto de las identidades nacionales y la mayor protección de los derechos fundamentales sin comprometer la propia existencia del ordenamiento jurídico europeo. Taricco II invita al diálogo entre tribunales, invita a los Estados miembros a reflexionar sobre el papel de la persona y sus derechos

nivel en la Unión Europea", trad. C. Elías Méndez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, enero-junio 2012, en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17\\_PERNICE.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm), apartado 2.2.

119 Respecto a las potencialidades de un posible activismo judicial por parte del TJUE, destaca la teoría «Reverse Solange», según la cual se asume la presunción de que los Estados miembros, más allá del campo de aplicación del art. 51.1 CDFUE, son libres de proteger los derechos fundamentales. Ahora bien, si se constatará la existencia de una violación de derechos que atentara al art. 2 TUE, destruida la presunción, el ciudadano europeo podría alegar tal condición ante los órganos judiciales nacionales para solicitar su resarcimiento. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI y M. SMRKOLJ, "Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States", *Common Market Law Review*, vol. 49/2, 2012, p. 489 y ss. Esta teoría supone, en definitiva, el reconocimiento de la posibilidad por parte del TJUE de su intervención en el ámbito competencial de los Estados miembros en casos, extremos, de violaciones de los derechos proclamados en la CDFUE por parte de los mismos.

120 J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, "La saga Taricco. Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018, p. 1 y ss. En concreto, p. 20.

fundamentales en la UE e invita al legislador europeo a adoptar el verdadero protagonismo en sustitución del TJUE. Porque, en definitiva, el problema que subyace es (continúa siendo) la necesaria homogeneización de los estándares de protección de los derechos fundamentales<sup>121</sup>. El TJUE no puede hacer más por una «Europa de los derechos»; es necesario un auténtico debate entre el legislador europeo y los Estados miembros sobre el papel de la persona y de la ciudadanía europea en la UE.

### **Resumen**

*El presente artículo tiene por objeto el análisis de la evolución de los derechos fundamentales en la Unión Europea y el impacto que en la misma ha tenido la reciente sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2017, asunto C-42/17, M.A.S. y M.B., conocida como Taricco II. Tras una primera construcción jurisprudencial de la doctrina de los derechos fundamentales en la Unión Europea y su posterior incorporación a los Tratados, el TJUE subordinó en el caso Melloni (2013) la protección de los derechos en el espacio de la Unión a sus objetivos y a la primacía, la unidad y la efectividad de su ordenamiento jurídico. La amenaza de la Corte Costituzionale italiana con la aplicación de la teoría de los contralímites puede haber conducido al TJUE, a través de un auténtico diálogo entre altos tribunales, a un retroceso sobre este criterio en el caso Taricco II, originando así un conflicto entre la subsistencia del principio de primacía y la protección de los derechos fundamentales, cuya centralidad en la Unión Europea parece más cerca con esta sentencia.*

### **Palabras clave**

*Derechos fundamentales en la Unión Europea; principio de primacía; diálogo entre tribunales; teoría de los contralímites.*

### **Abstract**

*This article aims to analyse the evolution of fundamental rights in the European Union and the impact that the recent sentence of the CJEU of 5 December 2017, case C-42/17, M.A.S. and M.B., known as Taricco II, has had on it. After a first jurisprudential construction of the doctrine of fundamental rights in the European Union and its subsequent incorporation into the Treaties, the CJEU subordinated in the Melloni case (2013) the protection of rights in the space of the Union to their objectives and to the primacy, the unity and the effectiveness of its legal system. The threat of the Italian Corte Costituzionale with the application*

121 En este sentido, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milán, 2012. En concreto, pp. 80-81; R. GONZÁLEZ, "Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bambersky, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, p. 593 y ss. En concreto, pp. 614-615; A. SCHILLACI, "Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, enero-junio 2012, en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/01\\_SCHILLACI.htm#05](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/01_SCHILLACI.htm#05).

*of the theory of the counter-limits may have led the CJEU, through an authentic dialogue between courts, to a backward movement on this criterion in Taricco II case, thus creating a conflict between the subsistence of the principle of primacy and the protection of fundamental rights, whose centrality in the European Union seems closer with this sentence.*

**Key words**

*Fundamental rights in the European Union; principle of primacy; dialogue between Courts; theory of counter-limits.*

Recibido: 18 de mayo de 2018  
Aceptado: 20 de septiembre de 2018



# Perfiles/Noticias

---



**XIII CONGRESO DE LA «SOCIETAS IURIS  
PUBLICI EUROPAEI»: "INTEGRACIÓN Y  
DESINTEGRACIÓN EN EUROPA". HAMBURGO, 19  
A 21 DE JULIO DE 2018**

**XII Congress of the Societas Iuris Publici Europaei:  
"Integration and Disintegration in Europe", Hamburg,  
12-19, July, 2018**

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ  
*Catedrático de Derecho Administrativo*

**SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. Workshop de jóvenes investigadores (jueves 19).
- III. Primera sesión (viernes 20 por la mañana).
- IV. Segunda sesión (viernes 20 por la tarde).
- V. Tercera sesión (sábado 21 por la mañana).
- VI. Cuarta y última sesión (sábado 21 a mediodía).
- VII. Consideraciones finales del presidente.

Estas líneas constituyen la crónica de ese Congreso, al que por parte española asistieron dos Profesoras barcelonesas (de Derecho Constitucional María Argelia Queralt, que además fue Ponente, de la Universidad Central, y María Jesús García Morales, de la Autónoma) y dos granadinos (el Catedrático de la misma asignatura Francisco Balaguer Callejón, y quien firma estas líneas, desde 2009 en la Universidad Politécnica de Madrid).

La modestia del género literario de las Crónicas resulta compatible con una pequeña introducción, porque el tema del citado Congreso (y el momento de su celebración) lo están pidiendo a gritos.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Las dos crisis: la económica y la generada por la inmigración

El punto de partida es la constatación de un hecho y, además, un hecho doloroso: la crisis de los valores y de las ideas (y, más aún, de las creencias, todo ello en el sentido del maestro Ortega, como es obvio) que han servido de aliento desde hace setenta años a la integración europea, ya se entienda que para ese empeño hay que empezar por arriba, por los grandes principios de los derechos humanos y la democracia –como nuestro Madariaga y el Consejo de Europa de 1950–, ya se piense, por el contrario, que las construcciones desde abajo (las "pequeñas solidaridades de hecho" de Monnet y Schumann) son las más sólidas.

Crisis, primero, porque los espasmos económicos desatados a partir de 2008 llevaron a una debacle bancaria y a unos desequilibrios fiscales (y monetarios) que tuvieron el efecto de divorciar de manera radical al norte y al sur o, como con más precisión geográfica se suele decir (para incluir a la República de Irlanda), al centro y a la periferia. Acreedores los unos y deudores los otros.

Al fondo de todo, lo que se puso de relieve es una enorme diferencia en la competitividad tecnológica de unos y otros (con los países mediterráneos en el lado malo) y, vistas las cosas con más profundidad aún, una severísima cesura en las mentalidades: los estereotipos siempre han existido, incluso dentro de cada frontera (la hormiga prusiana y la cigarra bávara, o lo mismo pero los septentrionales y los meridionales en Italia, por poner sólo dos ejemplos entre muchos), pero el taquicárdico desarrollo de las cosas en los últimos diez años ha contribuido a su generalización. Y ocurre que todo proyecto integrativo de grupos humanos exige que lo más serio –las maneras de pensar– vayan arrimándose: que cada quien se reconozca en el otro –nosotros– y se confíe en él. No vamos nada bien.

La crisis monetaria se ha resuelto formalmente en agosto de este año 2018, justo cuando este trabajo se escribe, con el final del tercer programa de rescate de Grecia, o sea, la vuelta de la República Helénica, con sus cuentas más o menos saneadas, a los mercados financieros como prestatario. Pero, incluso en un plano puramente económico, los problemas de fondo subsisten. España, por poner la referencia que uno conoce mejor, sigue generando déficit público cada año, lo que significa que, en términos absolutos, la cifra de deuda estatal continúa creciendo. De momento, hay dinero de sobra en los circuitos y además los banqueros siguen confiados en la mano taumatúrgica de Draghi (incluso, su mera palabra, antes incluso de que el BCE comenzara a comprar títulos públicos y rescatara así a todos los países a la vez), pero eso no va a durar toda la vida. Y ello sin contar con lo peor

de todo: las diferencias en productividad (y por tanto en capacidad exportadora de bienes y servicios) no han desaparecido y sobre todo sucede que se ha roto la confianza, algo tan frágil y quebradizo como la Delicada de Gandía, que fue al jardín, cortó un jazmín y se desmayó.

Pero crisis del proyecto europeo, segundo, y aún más grave, por los flujos migratorios, tanto los internos (sobre todo, de este a oeste) como los que nos llegan desde África y también desde Siria y otros países del Oriente más cercano. La geografía no ayuda nada: Europa es una isla de prosperidad (y de gasto social: dato clave), pero tiene muy cerca a sociedades paupérrimas, porque la descolonización de 1960 –la típica manifestación de buenismo– ha sido un fracaso histórico de proporciones descomunales. De la avalancha humana a través del mar Mediterráneo hay que afirmar que, guste o no, tendremos que aprender a convivir con ella, porque la experiencia enseña que no hay vallas, ni muros (ni hectólitros de agua) que sirvan para contener esas mareas.

Las consecuencias en las sociedades receptoras son bien conocidas y muy patológicas, más incluso que las graves secuelas de las crisis económicas: la gente, incluso si los huéspedes no practican el terrorismo (que, cuando ocurre, ya es el remate), se siente jaqueada en lo más íntimo de su ser, en su identidad. La reacción casi instintiva es el cierre de las puertas (el famoso *take the control back* del Brexit) o, como alternativa, los intentos de asimilación forzosa de los nuevos a la cultura del lugar (el modelo catalán), lo que, a su vez, y en una dinámica de acción y reacción, acaba dando lugar a mecanismos defensivos, al grado de hacerse eterna la división de la sociedad en dos. Claro que en otras ocasiones la xenofobia surge de manera espontánea, es decir, sin necesidad de que haya inmigrantes: Hungría es el triste caso. Y por no hablar de Italia, que, dentro del selecto club de los seis países fundadores, ha sido el primero en el que la temperatura social ha alcanzado un grado de deterioro que ya no vale seguir practicando el disimulo. Tenemos un problemón, en suma.

Y eso que en Alemania el pensamiento *national-deutsch*, que ya impregna a instituciones como el Bundesbank y al Tribunal Constitucional Federal, aún no forma parte oficial de las líneas políticas gubernamentales. Pero igual no durante mucho tiempo, porque el partido Alternativa –inicialmente antirescates y hoy anti-inmigración– no para de crecer, señal de que la sociedad es cada vez más sensible a ese tipo de razonamientos. Pintan bastos allí también.

Así pues, una crisis generada por la economía y otra (más aguda) por los movimientos de población. Crisis muy severa, en cualquier caso, en cuanto vivida por grandes capas de población, que, con fundamento o no, imputan sus males a

Europa y entienden que la solución no está sino en el repliegue sobre sí mismos. Y lo que ven en la Presidencia de Estados Unidos (y en Moscú) les lleva a reafirmarse. Si Serrano Suñer, en su famosa alocución del Balcón de Alcalá 44 llamando a la División Azul, pronunció aquello de "Rusia es culpable", hoy podría decirse que en muchas almas europeas (en no pocas ocasiones, tal vez de buena fe) anida el pensamiento de que "Bruselas es culpable". O, si se quiere darle al discurso un barniz popular, que es una tentación muy propia de los británicos, "la burocracia de Bruselas es culpable".

Conviene, de todos modos, no pensar que lo que hubo en los inicios de la integración, en los años cincuenta del pasado siglo, fue un movimiento popular entusiasta. El proyecto no arrancó desde abajo (y de ahí que las denuncias del déficit democrático no estén del todo carentes de fundamento), sino que se trató del impulso de unos (pocos) ilustrados. La mejor prueba es el diseño institucional —el famoso método comunitario, durante mucho tiempo tan celebrado— que hicieron: una Comisión designada a dedo, y con reuniones casi clandestinas, y, por encima de ella, un Consejo del que se debe decir que tenía mucho de conciliábulo, al modo de los directorios de las grandes potencias de la más acrisolada tradición. Pero siempre con la expectativa, no infundada, de que luego la gente se sumara o al menos no se opusiese. Y así sucedió durante décadas, fuera de algunos sobresaltos en forma de referéndums perdidos por tal o cual coyuntura. Pero unos sobresaltos que no alteraron la manera de ver las cosas que devino ortodoxa: la integración europea era un proceso centrípeto que en efecto se explicaba como una dinámica lineal —la "unión cada vez más estrecha"—, porque para decirlo con las conocidas palabras de nuestro Enrique Jardiel Poncela, podría tener freno —el que las mentalidades acogieran un "nosotros" a nivel europeo se tomaba inevitablemente su tiempo— pero nunca marcha atrás. Y lo que estamos viviendo ahora (sufriéndolo, al menos desde la óptica de quien esto escribe) es algo distinto, una impugnación explícita de todo ello. De ahí que se hable abiertamente de desintegración, o sea, de desandar el camino. Pero —ojo— no porque los Estados se vayan a reforzar, porque la situación de las sociedades nacionales es la primera que ofrece síntomas de desintegración: si el todo, lo europeo, se derrumba es porque son las partes, los Estados, las primeras que están perdiendo pie, porque en el interior de cada una de sus sociedades anida (o se ha puesto de relieve que siempre había anidado: como cuando un niño le confiesa a sus padres que en realidad al hijo del queridísimo vecino siempre lo ha odiado) la desunión. Y desde muchas perspectivas. Una situación muy preocupante.

En última instancia, estamos ante una nueva expresión de la contradicción estructural de nuestro tiempo: todo muy tecnificado pero, como reacción, todo también muy tribal. El *ying* y el *yang*. En las cabezas de la gente (las mentalidades, por insistir en la misma palabra) anidan las dos cosas. Toda una bipolaridad.

Grave defeción del proceso integrador, en suma.

## 2. La crisis del Derecho

Pero, como las desgracias no vienen solas, resulta que a los europeos nos afecta todavía otra dolencia, esta de alcance universal: la del Derecho, entendido sobre todo como conjunto de normas, como medio de ordenación de la convivencia.

Extremando la síntesis, se trata de recordar algo tan elemental como que el pensamiento dominante desde hace al menos un siglo, cuando se consolidaron –en unos países más que en otros– la codificación y el constitucionalismo, consiste en el llamado legalismo o positivismo, en el sentido de entender dos cosas: que a) el derecho no sólo constituye un conjunto de normas, sino que se agota en ellas, porque en las mismas se encuentra una respuesta para cualquier cosa que suceda, que es el fundamento de la prohibición de *non liquet* del Art. 1, apartado 7, del Código Civil; y b) que del paso posterior –la aplicación de dichas normas– nos podemos desentender, por ser algo poco menos que automático, sobre todo cuando se ha dictado una Sentencia –cuyo sentido, según este mismo esquema, era previsible desde el inicio– para clarificar el sentido de las palabras y las facultades y deberes de cada quien. A partir de ese momento, el obligado no va a caer en la osadía de ser rebelde.

El orden de conceptos jurídicos de la integración europea es tributario de ese tipo de planteamientos. Para empezar, piénsese que en la inmensa mayoría de los casos las instituciones continentales se limitan a dictar normas (y a veces incompletas, como sucede con las Directivas), por presuponer que luego los Estados miembros no van a tener dudas en comportarse como es debido. Es el mandato genérico del art. 4, apartado 3, del TUE: no sólo "se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión" –el típico deber de no hacer–, sino que se pondrán por delante y "adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión".

Y, caso de no ser así, es decir, si acaso subsisten las normas nacionales incompatibles, la contradicción se resuelve en base a la primacía de la disposición europea, a declarar por cualquier órgano judicial, así sea de meramente doméstico, el famoso desdoblamiento funcional. Y, para el caso extremo de un Estado recalitrante, está el

procedimiento del que hoy son los arts. 258 a 260 del TFUE, sobre todo a partir de Maastricht del mecanismo, tras la Sentencia, de las multas coercitivas. En resumidas cuentas, no es que el pensamiento de los juristas europeos (un factor esencial en el proceso de integración, con el Tribunal de Justicia como avanzadilla: no hará falta recordar el pensamiento de Walter Hallstein, alemán, Presidente de la Comisión Europea en sus primeros diez años, y autor de la idea de las instituciones europeas como una "creación del derecho") se desentienda de la efectividad del derecho –salvo los normativistas más extremos–, sino que dicha efectividad se presuponía con el mero hecho de la publicación de las normas: los Estados, y desde luego los Gobiernos, honrarían sus compromisos, sin necesidad, salvo casos aislados, de que hubiera que pasar a mayores. Como si todos fuésemos de escrupulosa religión protestante.

Pero sucede que ese esquema, que en suma consiste en algo tan elemental como entender el mundo del derecho como algo cerrado y autosuficiente, ha saltado por los aires, empezando por lo que sucede bajo los planteamientos puramente nacionales, que es donde el esquema se elaboró. Para empezar, porque las normas, por perfectas que se antojen, sólo se ponen en la tesitura de las patologías individuales o al menos limitadas, pero dejan de servir cuando un problema tiene alcance general. Piénsese, en España, en la Ley Concursal de 2003. Está concebida para cuando una empresa deja de poder pagar, pero su autor no pudo pensar en lo que sucedió en 2008 y 2009: que son todos los flujos económicos los que dejan de funcionar.

Y algo parecido cabe decir, por poner un ejemplo ya europeo, en el escenario del que en el TFUE es hoy el art. 122: cuando un Estado miembro esté atravesando una mala situación económica ("en particular si surgieran dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía"). Lo que en esas hipótesis –se insiste: un problema aislado o al menos susceptible de ser delimitado geográficamente– se establece es que "la Comisión podrá decidir, con un espíritu de solidaridad entre Estados miembros, medidas adecuadas". El apartado 2 de ese precepto está contemplando también una situación en la que el problema, por grave que se antoje, es individual: "En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiera controlar". Para esos casos, se establece una solución: "el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión". Una vez más, el autor de la disposición pensaba en efecto en un único enfermo, que no tenía capacidad de contagiar a nadie. Y, desde luego, sin que jamás se llegara a la pandemia. Pero bien sabemos lo que sucedió en el verano de 2012, cuando, dentro de la unión monetaria, las primas de riesgo de



los países periféricos se dispararon todas: Grecia, sí, a 2.300 (!), pero España a 600, por ejemplo. La respuesta tuvo que improvisarse (las famosas palabras de Draghi en Londres el 26 de julio, que en efecto resultaron balsámicas), porque no se encontraba en los preceptos normativos.

Lo mismo o muy parecido puede predicarse de lo relativo al asilo. El Reglamento de Dublín (el número 2013/604, de 26 de junio, que ya es el III en orden cronológico) establece con todo cuidado los criterios y mecanismos para determinar qué Estado miembro es responsable del examen de *una* solicitud de protección internacional presentada por *un* ciudadano de un tercer país o *un* apátrida. Pero lo que llamó a la puerta en 2015 —o sea, apenas dos años más tarde— fue una auténtica avalancha de sirios y en esos escenarios, se insiste, las normas dejan de servir, porque lo que sucede es una hecatombe (en griego antiguo, un sacrificio de cien bueyes, como sabe cualquier persona medianamente culta). Recuérdese que Bruselas tuvo que improvisar y aprobar, el 9 de septiembre de ese año 2015, un régimen de cuotas por países (lo que luego fueron las Decisiones 2015/1523 y 2015/2016, del Consejo). Pero —ahí está la clave— muchos Estados miembros no sólo incumplieron sino que desde el primer momento se declararon en abierta rebeldía frente a Bruselas o, al menos, se hicieron los *remolones*, como sucedió con España, que mantuvo una actitud pasiva en relación con el cupo de 19.449 personas que se le asignó hasta el 25 de septiembre de 2017.

A lo que hay que añadir, para que las cosas se terminen de complicar, que, salvo en hipótesis muy excepcionales, las Sentencias han dejado de ser predecibles. Rara es la postura, por extravagante que parezca, que no pueda verse judicialmente respaldada. Pensemos en una Sentencia como la de nuestro Tribunal Supremo hecha pública el 11 de julio de este mismo 2018 declarando el incumplimiento del propio país: algo poco menos que insólito. Y, para más inri, está llamada a su vez a verse incumplida, o sea, a quedarse en el papel, pese a lo taxativo de su veredicto: la condena al Estado español, a instancias de la Associació de Support a Stop Mare Mortum, "a continuar la tramitación (de las solicitudes de asilo de personas provenientes de Italia y Grecia) en los términos previstos en las Decisiones y de conformidad con los acuerdos que en lo sucesivo adopten las instituciones comunitarias". Y, en fin, sucede que entre tanto, en este mismo verano de 2018, la situación ha vuelto a ser dramática y de lo sucedido (o no sucedido) en 2015 ya no queda mucho lugar para acordarse.

En resumidas cuentas, que los presupuestos conceptuales del positivismo (en los que se basa la doctrina de la primacía de la norma europea cuando colisiona con una de origen nacional), si acaso alguna vez descansaron sobre bases reales, han per-

dido pie: las normas, por clarividente que fuera su autor y completas que parezcan, no contemplan todos los escenarios y desde luego carecen de respuesta cuando los bueyes que llegan son cien o más; y, además, sucede que los incumplimientos son más frecuentes (y deliberados) de lo que sería de desear, con la consecuencia de que hay que plantearse el problema de la efectividad del derecho como algo distinto y posterior del debate puramente formal sobre la pura vigencia formal (o aplicabilidad o no) de tal o cual precepto.

Y, como es lógico, en ese nuevo orden de cosas entra en crisis el modelo, proveniente del "federalismo de ejecución" de raíz germánica, de que el derecho, entendido como dictado de normas, basta para un proceso de integración. Y es que a la hora de aplicar esas normas se plantean inevitablemente unos espacios interpretativos que pueden hacer que todo acabe volviendo a un punto de tanta disparidad como la que existía inicialmente. De ahí la necesidad imperiosa de "americanizar" el modelo, en el sentido de incorporar Agencias para llevar a la práctica las cosas: agotar el ciclo de aplicación del derecho, por hablar así. Es justo lo que ha pasado con la Unión Bancaria a partir de 2012: normas nuevas y más rigurosas (las de 2013), sí, sin duda. Pero, para su aplicación, también un impulso único. Si no mediante una red administrativa nueva y propia, al menos por la técnica del desdoblamiento funcional de las autoridades nacionales, a las que se impone (en concreto y no sólo mediante proclamas tan etéreas como las del art. 4.3 del TUE) una segunda obediencia, al modo de las dos almas que anidan en el pecho de Fausto. Segunda en lo cronológico, pero que tiene que pasar a ser primera en los efectos (y, ojalá, en los afectos).

### 3. Recapitulación

En resolución, que sobre la integración europea –siempre concebida como un proceso, una película, y no una foto fija: dicho en términos de Werner Heisenberg, lo que interesa es el movimiento, no la posición– sobre nosotros pesa en este 2018 no una crisis, sino muchas: a) la del propio fenómeno en sí, porque la tecnificación de la vida ha provocado como reacción un retorno a los planteamientos más ancestrales: típica dinámica de acción y reacción en un bucle al que no se le ve el final y b) la que con carácter general afecta al derecho, tal y como hasta ahora lo hemos venido concibiendo. La conjunción de todo ello aboca a una situación que podemos calificar, sin necesidad de dramatizar las cosas, de verdadero fallo multiorgánico.

En ese contexto, quién mejor que la SIPE para debatir con reposo, empezando por reconocer la gravedad del problema: la desintegración (política y jurídica) ha pa-

sado a ser una posibilidad real y, en el plano de lo sociológico –la opinión pública–, ya llevamos en ello un largo trecho andado.

En un grupo de personas como las que componen la SIPE, luego de casi tres lustros de existencia y doce Congresos previos (uno de ellos, por cierto, en Sevilla, en el Parlamento de Andalucía, con Pedro Cruz, uno de los padres de la criatura, como anfitrión), cohabitan visiones muy diferentes o incluso opuestas. Desde luego en cuanto al fondo: en el inicio todos eran, o éramos, unos militantes entusiastas –eurófilos–, pero la entrada de colegas del Este, ¡ay!, ha equilibrado las cosas. Y más aún en lo que hace a la metodología: los hay positivistas y realistas, divisoria que más o menos viene a coincidir con la generacional, con los jóvenes en el primer grupo –gente que todavía se cree a pies juntillas lo del artículo tal o cual, como si por ventura fueran opositores a un Cuerpo de funcionarios en España conforme al esquema más rancio– y los veteranos, como el autor de estas líneas, casi siempre en el segundo. Pero esta era precisamente la ocasión de plantearse todo a fondo. Y, como el ambiente lo condiciona todo, que se eligiera Hamburgo fue un segundo acierto: ciudad de comercio (en explicar lo que fue la Liga de la Hansa no hará falta extenderse) y también de cultura (Haendel, Telemann, Brahms, el propio Mahler y, desde 2017, el edificio de la *Elbphilharmonie*, que justifica el viaje por sí mismo) y de pensamiento: la vida intelectual de la República Federal Alemana desde su nacimiento en 1949 no se entiende sin el semanario *Die Zeit* y quienes han sido sus almas: primero Gerd Bucerius (y la Sra. Donhoff, por supuesto) y luego, cómo no, Helmut Schmidt, quizá el alemán más importante (y para bien) de la segunda mitad del siglo XX, con permiso de la mismísima Escuela de Frankfurt. A la altura de Adenauer o Erhardt o incluso más.

Allí hay dos Facultades de Derecho, la de la Universidad Pública, fundada en 1919 –muy comprometida con Europa: apenas habrá que acordarse de Hans Peter Ipsen, uno de los padres del Derecho de las Comunidades, como se le llamaba entonces, y autor de su caracterización institucional desde un punto de vista funcionalista–, y la de un Centro privado, que lleva precisamente el nombre de Bucerius. Ambas (encarnadas hoy respectivamente en Markus Kotzur, discípulo de Peter Häberle nada menos, y Jörn Axel Kammerer) fueron las organizadoras. Las Ponencias se presentaron indistintamente en francés, inglés o alemán y se publicarán en breve, en su idioma, en forma de libro, como siempre.

Así las cosas, entremos ya en el contenido de lo hablado en los tres días.

## II. WORKSHOP DE JÓVENES INVESTIGADORES (JUEVES 19)

Fueron cinco las Ponencias, a recordar ahora con brevedad:

1) Dr. Sebastian Scholz, de la Universidad de Viena, "Integración mediante soft law, un reto para el Estado de Derecho".

La presentación se centró en la regulación de la economía: banca y libre competencia. Y es que, sobre todo en el primero de los dos terrenos mencionados, la crisis desatada hace una década (sobre todo, tras su contagio a las Haciendas estatales, empezando por la de Grecia a comienzos de 2010), al hilo de los rescates a los que se ha hecho mención más arriba, ha dado lugar a unos instrumentos jurídicos, los llamados Memorándum de entendimiento, de una naturaleza que únicamente a los ojos de un formalista que se niegue en banda a ver las cosas como son (sólo, se reitera, bajo esas anteojeras) puede ser incluida en el Derecho *soft* o no coactivo. La realidad –la famosa condicionalidad para el Estado receptor del dinero, con frecuencia exigente de antipáticas reformas estructurales mediante normas de rango legislativo– es, por supuesto, muy otra y no deja el menor margen de opción.

2) Dr. Dimitrios Parashu, de Hannover (pese a lo inequívocamente heleno de su nombre), "Quocum procedis, Unión Europea? Reflexiones sobre la cooperación reforzada".

Ya conocemos el eterno debate sobre la figura de la asimetría: a los ortodoxos del europeísmo no les gustaba en el inicio, pero, conforme se han ido produciendo ampliaciones (sobre todo, la del Este en 2004), ha ido siendo inevitable su asunción e incluso se la aplaude: las "coaliciones de voluntarios" ya no son un mal menor, sino un requisito existencial. El ponente aprovechó para reivindicar a Willy Brandt como el que primero formuló a nivel político la idea, en noviembre de 1974 y con ocasión, por supuesto, de la incorporación del Reino Unido.

De más está decir que se hizo un análisis singular del art. 20 del TUE, que hoy presta respaldo general a la posibilidad, y, en el TFUE, de los arts. 326 a 334. Y también se puso atención en los Reglamentos de Roma sobre Derecho Internacional Privado, sobre todo el III, en relación con el derecho de familia: Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 29 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

También se vio, y por poner una referencia más reciente, el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

3) Dr. Andrea Romano, de la Universidad La Sapienza, "Integración y desintegración: Conflictos y Perspectivas en el derecho de migración y asilo".

Se expusieron con pulcritud los contenidos de la versión actual de Dublín, la de 2013 ya mencionada en estas líneas, así como también se avanzó en la reforma en curso, sobre todo en lo relativo a los movimientos secundarios o dentro de la Unión Europea.

4) Asistente Jernej Letnar Cernic, de Liubliana (Eslovenia), "Derechos humanos como motor de la integración europea".

El tema, que no puede ser más clásico, se presta a las exposiciones complacientes, pero (felizmente) no fue el caso. El presentador, cuyo estudio abarcó toda la región oriental, y no sólo su propio país, formuló un diagnóstico muy crítico, una auténtica denuncia: sea cual fuese el parámetro de escrutinio que se emplee (el del Convenio Europeo de 1950, de cuya adhesión de estos países se han cumplido ya 25 años, el de la Carta de los Derechos Fundamentales de 2001 o cualquier otro que se tenga a mano), la conclusión es que, aunque los textos legales proclamen cosas maravillosas, la realidad material –lo vivido– está por debajo de mínimos. Y ello tanto en lo que hace al acceso al poder (la democracia, en suma) como, más aún si cabe, en lo que tiene que ver con su ejercicio.

El ejercicio intelectual así desplegado tuvo una muy encomiable base empírica, esto es, estadística: se pusieron sobre la mesa los elevadísimos números de Sentencias declarativas de incumplimientos nacionales para concluir que en esos países –una especie de lista negra, en la que Hungría y Polonia no están solos– parece seguirse estando en algo parecido a una transición que, como suele suceder con ellas, lleva trazas de convertirse en eterna.

5) Asistente Bassah Knalaf, de la Universidad de Odense, en Dinamarca (una vez más, los apellidos no se corresponden con el lugar de trabajo, lo que, en sí mismo, constituye el testimonio de una realidad), "Integración a través del libre movimiento de ciudadanos europeos, en particular trabajadores".

En esta ocasión, el foco se centró, en efecto, en los movimientos de las personas que, por tener la nacionalidad de un Estado miembro, ya son ciudadanos europeos, concepto a entender inicialmente como limitado a lo formal, como algo contrapuesto a lo social. No hace falta decir que eso significa poner el reflector en Schengen, aunque teniendo siempre como punto de partida lo que en el actual TFUE son los arts. 18 ("se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad") y 45, por el que "queda asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión", aunque "sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas" y, por supuesto, las barreras (no escritas, pero fortísimas) de naturaleza idiomática y cultural.

Hasta aquí, y aunque en trazos muy gruesos, el contenido de las cinco presentaciones. No hace falta decir que al hilo de todo ello hubo debates y muy interesantes. Vasco Pereira, de Lisboa, tuvo en ellos una participación activa, haciendo hincapié en la conveniencia de estudiar el estatuto de los países que forman parte del mercado común pero no de la Unión Europea: Noruega, Suiza y (a partir de marzo de 2019 y dependiendo de las condiciones que se terminen pactando) el mismísimo Reino Unido.

### III. PRIMERA SESIÓN (VIERNES 20 POR LA MAÑANA)

Las Ponencias, todas ellas de alcance por así decir horizontal (es decir, no referidas a un Estado miembro en concreto), fueron tres, a saber:

1) Prof. Daria De Pretis, Magistrada de la *Corte Costituzionale* de Italia, "Divisiones entre los órganos jurisdiccionales: cómo se pueden resolver".

El eje de la presentación fue una Sentencia europea (de la Gran Sala): la Taricco, de 8 de septiembre de 2015 (Asunto C-1054/14). Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial italiano de lo penal, que estaba instruyendo un caso contra la persona de ese apellido por haber constituido y organizado una asociación para delinquir en materia de tributación indirecta. Una materia que, como es sabido, se regula en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA, y cuya recaudación va en parte a Bruselas. Pero el debate arrancaba del TFUE y en particular su art. 325, que contiene el siguiente mandato:

"1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros (...)".

Sucedía que el Código Penal italiano, en sus arts. 160 y 161, establecía en materia de prescripción del delito un régimen que pudiera entenderse como (comparativamente) benévolo: según la parte dispositiva de la Sentencia, "la interrupción de la prescripción en el marco de un procedimiento penal relativo a fraudes graves en materia del impuesto sobre el valor añadido tenía como consecuencia ampliar el

plazo de prescripción en tal sólo una cuarta parte de su duración inicial". Lo cual dio lugar al siguiente veredicto:

"(esa regulación nacional) puede ser contraria a las obligaciones que el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, impone a los Estados miembros, siempre que dicha normativa nacional impida imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, o establezca en el caso de fraudes que afecten a los ingresos financieros del Estado miembro de que se trate plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea (...)".

Son, pues, dos supuestos de hecho. El primero plantea un ejercicio conjetural –¿qué efectos tendría tal o cual norma mala?, lo cual exigiría, porque se trata de un juicio en forma de cotejo, empezar por calibrar con precisión las consecuencias de la norma alternativa, la buena– en el que no resulta fácil llegar a una solución a punto fijo. Luxemburgo, como suele suceder, se desentiende de una tarea tan engorrosa y aplica la técnica de la devolución de la pelota, técnicamente llamada doble prejudicialidad.

"(...) extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional. Incumbe a éste garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impiden al Estado miembro de que se trate dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo".

Pero el Derecho penal es muy sensible al principio de legalidad, hasta el grado de haberlo formulado en unos términos reforzados, la llamada tipicidad o, como se dice ahora, taxatividad, sea cual fuere su virtualidad real en estos tiempos tan posmodernos. Eso llevó a una segunda cuestión prejudicial, la C-42/17, resuelta por Sentencia (también de la Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, el asunto conocido como "Taricco II", aunque en realidad es M.A.S. Su parte dispositiva cuenta con una regla y una excepción. La primera –el recordatorio de lo que se había declarado en 2015– se formula así:

"El artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al impuesto sobre el valor añadido,

disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional:

– que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, o

– que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros, plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate".

Pero, así recordado el principio (material) de efectividad del derecho, luego viene la excepción en forma de tributo a rendir a los principios garantistas penales. En los siguientes términos:

"(...) a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas",

De lo cual a su vez se proclama que puede producirse por una de las siguientes dos circunstancias:

"debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción".

La ponente partió de esas bases y disertó sobre tres puntos: 1) El solapamiento o superposición de competencias entre ambos órdenes jurisdiccionales, el europeo y los nacionales; 2) El escenario (hipotético) consistente en plantearse qué habría sucedido –antes y también después de las Sentencias– si eso mismo se hubiese planteado en Alemania, donde, a diferencia de la República transalpina, existe el recurso de amparo; y 3) Qué augurios cabe formular para el futuro.

Debe indicarse que esa mención al principio de efectividad en los términos de la Sentencia M.A.S. de 5 de diciembre de 2017 iba a ser retomada luego por una Ponencia posterior, como más abajo va a ver el lector.

En el debate se puso de relieve, como era de esperar, el enorme margen de arbitrio de los órganos judiciales, que no deja de existir por mucho que la doctrina penal siga haciendo preciosismo con los razonamientos. Ya se sabe: *parole, parole, parole...* de la gran MINA, *la tigresa de Cremona*.



2) Profesor Francisco Balaguer Callejón, Granada, donde es Catedrático Jean Monnet, "La relevancia de la subsidiariedad en la integración europea".

El punto de partida se encuentra, como es notorio, en el art. 5 del TUE, que en su apartado 1 comienza proclamando lo siguiente:

"La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución."

Y, en cuanto a su despliegue:

"El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad".

Para saber lo que son las competencias europeas (exclusivas y compartidas), hay que ir a las listas del otro Tratado, el TFUE, en los arts. 3 y 4 respectivamente. Pero no es eso lo que nos interesa ahora.

De la subsidiariedad, que es lo que nos concierne, se ocupa el TUE, en este Art. 5, en su apartado 3, que en su párrafo primero se expresa así:

"En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión".

Así pues, hay que empezar por identificar, caso por caso, y en todos los campos de competencia europea pero no exclusiva, cuáles son "los objetivos de la acción pretendida", así como su dimensión y efectos, para, a continuación, plantearse si las autoridades nacionales no los pueden alcanzar "de manera suficiente". Sólo en caso de respuesta negativa la competencia posterior será también europea.

Se debe estar al Protocolo 2 del TFUE, que, además de la subsidiariedad, se refiere también a la proporcionalidad. Se sientan una serie de reglas procedimentales, que empiezan por encomendar a la Comisión, cuando adopte una iniciativa, que proceda a realizar consultas, que "deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas" (art. 2) e incluir una ficha que sirva para la correspondiente evaluación (art. 5). Los proyectos se enviarán a los Parlamentos nacionales para que cada uno de ellos, en el plazo de ocho semanas, exponga, en su caso, "las razones por las que considera que el proyecto no se

ajusta al principio de subsidiariedad". A su vez, cabe un trámite interno cerca de los Parlamentos regionales (art. 6). Es lo que se conoce como alerta temprana. En España todas esas cautelas están teniendo poca virtualidad. La Ley 24/2009, de 22 de diciembre, atribuye a la Comisión Mixta de las Cortes Generales para la Unión Europea –un órgano perteneciente al mundo de lo aparential– la competencia para pronunciarse.

Luego, en caso de que los Dictámenes negativos alcancen un determinado umbral, cabe que Bruselas deba reconsiderar su posición, aunque también tiene en su mano seguir adelante, con la única carga de justificarse. Y todo ello finalmente sometido, en caso de *ultra vires* europeo, al control del Tribunal de Justicia por la vía del art. 263 del TFUE.

Estamos, en suma, ante una típica cláusula con intención de freno del proceso de integración o al menos de su velocidad o intensidad, siempre pensando en unas identidades nacionales que se sienten amenazadas. Pero el ponente explicó que, en el contexto del sistema de distribución de competencias, se trata de una previsión contradictoria y de aplicación jurisprudencial muy difícil, como acredita la propia experiencia. Sobre todo, desde la crisis, donde, a partir del primer rescate de Grecia en el traumático mayo de 2010, todo ha ido justo en sentido contrario: el carácter centrípeto de las competencias europeas y además de una manera que tiene mucho de inexorable. El condicionante económico del derecho tiene su propia lógica y no conoce de sentimientos.

Se explicó que en el art. 5, apartado 3, del TUE latía una contradicción de principio: si hay un objetivo europeo, fijado por las instituciones continentales –es el punto de partida–, la siguiente pregunta (¿quién se tiene que hacer cargo de las medidas correspondientes?) lleva de manera casi natural a entender que debe serlo también Bruselas, sin perjuicio, por supuesto, de valerse sobre el territorio de las autoridades nacionales conforme a las reglas, cada vez más importantes, del desdoblamiento funcional.

Y ello sin contar con el hecho de que, aun siendo las competencias europeas *de atribución*, en muchas ocasiones las normas que realizan esa atribución lo hacen mediante cláusulas muy generales.

3) Profesora Eleftheria Neframi, Luxemburgo, "La integración por el ejercicio de la función jurisdiccional".

El punto de partida está aquí, de nuevo, en el TUE y en singular en su art. 19, apartado 1, a saber:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados. Garantizará el respeto al Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados".

Y con un párrafo segundo que ordena a los Estados miembros que establezcan "las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión".

A lo que hay que añadir el principio genérico de cooperación leal del art. 4.3, ya citado, que en esta materia tiene importancia máxima. Y, en el otro Tratado, el TFUE, tenemos, como figura central en esa dinámica, la cuestión prejudicial del art. 267.

Y, como es obvio, el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Esas son las normas.

Entre las Sentencias que se han dictado y que fueron objeto de una atención singularizada estuvieron las siguientes:

– Inuit Tapiriit Kanatami, 3 de octubre de 2013 (C-583/11). Sobre todo, apartados 98 a 101.

– Client Earth de 19 de noviembre de 2014 (C-404/13).

– Muy recientemente, Asociación Sindical de Jueces Portugueses de 28 de febrero de 2018 (C-64/16). Su apartado 35 proclama, acerca del principio de protección jurisdiccional de los derechos subjetivos de origen europeo, que "constituye en efecto un principio general del Derecho (ahora, en sentido objetivo) de la Unión". Su apartado 32 se expresa así:

"El artículo 19 TUE, que concretiza el valor del Estado de Derecho, confía la carga del control jurisdiccional en el orden jurídico de la Unión no sólo al Tribunal, sino igualmente a las jurisdicciones nacionales".

Con tales ideas de base, la presentación tuvo una estructura dual: El ejercicio del mandato del juez nacional y eso mismo pero visto como un valor. A saber:

I. El ejercicio del mandato europeo del juez nacional, distinguiendo a su vez acceso y ejercicio. Así:

A) El acceso al juez según el Art. 19 del TUE.

1. La existencia de un recurso jurisdiccional, exigencia derivada del Art. 47 de la Carta.

2. La garantía del reenvío prejudicial.

B) El ejercicio del mandato europeo del juez nacional, entre efectividad del derecho de la Unión y protección jurisdiccional. Con los siguientes tres epígrafes:

1. Obligación de aplicación efectiva del derecho de la Unión (siendo ahí donde se disertó en mayor grado sobre la Sentencia M.A.S., en los términos que se anunciaron más arriba).

2. Obligación de protección jurisdiccional.

3. Obligaciones en el marco del reenvío prejudicial, con referencia, todavía hoy, cuarenta años después, a la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 y en singular a su legendario apartado 22: "Que sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del derecho comunitario toda disposición de un orden jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que tenga por efecto disminuir la eficacia del derecho comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar este derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para eliminar las disposiciones legislativas nacionales que constituyan eventualmente un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias". Eso, en su momento, fue toda una revolución.

Hasta aquí, la primera de las dos partes: el ejercicio del mandato continental del juez nacional.

II. El ejercicio del mandato europeo del juez nacional, pero entendido como valor, referencia esta última que viene de la Sentencia de la Asociación Sindical de Jueces Portugueses de 28 de febrero de este mismo año 2018, ya citada. Así, según su apartado 30:

"Según el artículo 2 TUE, la Unión está fundada sobre valores, tales como el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, notablemente, por la justicia. A este respecto, conviene recordar que la confianza mutua entre los Estados miembros y, sobre todo, sus jurisdicciones está fundada sobre la premisa fundamental según la cual los Estados miembros comparten una serie de valores comunes sobre los cuales se funda la Unión, como se precisa en este artículo 2 TUE".

Y a su vez este segundo punto —el mandato como valor— con su propio desglose en tres partes, a saber:

A) El ejercicio del mandato europeo por un juez independiente.

B) El mandato europeo del juez nacional como base de la confianza mutua, con referencia a la igualmente reciente y muy polémica Sentencia Achmea, de 6 de marzo de 2018, C-284/16, en relación con los Tratados Bilaterales de Inversión y los arbitrajes.

Al respecto, baste ahora recordar lo que se proclama en el apartado 34, a saber:

"El derecho de la Unión reposa sobre la premisa fundamental según la cual cada Estado miembro comparte con todos los otros, y reconoce que comparten con él, una serie de valores comunes sobre los cuales se funda la Unión, como está precisado en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de la confianza mutua entre los estados miembros en el reconocimiento de estos valores y, por tanto, en el respeto del derecho de la Unión, que los pone en práctica".

Fue, se insiste, una completísima exposición, y muy actualizada, del estado jurisprudencial del asunto.

Hasta aquí, el contenido de las tres Ponencias de esa primera sesión. No hace falta decir que cada una de ellas dio lugar al correspondiente debate, donde se suscitaron temas adicionales. Por ejemplo, qué hacer con las relaciones horizontales, o sea, entre Tribunales de dos o más Estados miembros. O donde también se puso el dedo en la llaga al denunciar que cada uno de los miles de jueces existentes en Europa, precisamente por su misma independencia, es de su padre y de su madre, habiendo muchos (no sólo en los países nuevos) que, para decirlo con palabras castizas, se ponen el mundo por montera: las obligaciones son fuertes cuando se proclaman de los Estados como unidades cerradas, pero débiles si a quien se imputan es a un individuo del poder judicial. Y eso aún siendo conscientes de que los de nuestro oficio somos los últimos de Filipinas –o mohicanos, si se prefiere– en creer en unos valores europeos que hoy están por doquier en cuestión, no sólo entre el grupo de Visegrado. Pero sin que nos engañemos y reiterando lo dicho al inicio: la efectividad del derecho europeo –del derecho ahora subjetivo como derivado de las normas, del derecho objetivo– es un terreno donde queda muchísimo camino pendiente, porque las palabras, de las normas y también de las Sentencias, se las lleva el viento. Y vaya un viento.

#### **IV. SEGUNDA SESIÓN (VIERNES 20 POR LA TARDE)**

Fueron otras cuatro Ponencias, referidas cada una de ellas a un aspecto específico. En general, y por razones fácilmente comprensibles, sus autores se desempeñaron con un método menos formalista –más sociológico, que si quiere– que los anteriores.

1) Prof. Roland Bieber, Lausanne, "Suiza en Europa, una desintegración equilibrada".

Puso sobre la mesa el hecho indiscutible de que la relación de la Confederación Helvética con la Unión Europea ha pasado a ser vista desde Gran Bretaña, como un referente (un ideal, si se quiere) a partir de marzo de 2019. Pero, empleando la dicotomía aristotélica de lo formal y lo material, lanzó una seria advertencia: lo que

formalmente es distancia (y cada vez más) se muta, si vamos a lo material, en lo contrario, en proximidad. Estamos, en suma, ante un esquema contradictorio y, por eso mismo, muy frágil.

Para empezar, por el desequilibrio de las posiciones geográficas: para la Unión Europea, Suiza es sólo un Estado colindante y tercero, pero, para Suiza, por el contrario, la Unión europea constituye un vecino único y además dominante y al que, por supuesto, hay que atender lo mejor posible. Eso crea un clima enrarecido: de un lado tenemos el mito de la neutralidad perpetua, tal como se proclamó en el Congreso de Viena en 1815, reafirmada en el referéndum de 2001, y que hace que de momento no se vaya a pedir la adhesión, pero de otra parte sucede que la realidad lleva a un progresivo acercamiento (unilateral y sin contrapartidas) a la Unión Europea –por ejemplo, con libertad de circulación de personas desde 1989, es decir, hace casi treinta años, así como en materias de bolsa o de protección de datos–, lo que da lugar a una situación cuyos calificativos acaban siendo poco amables: integración sin *membership*, o Estado miembro pasivo o incluso meramente satélite. La mentalidad colectiva helvética va cayendo en la cuenta de esa esquizofrenia y las reacciones –que van en la línea de la desintegración– no son precisamente entusiastas.

Pero tampoco hay que caer en los discursos apocalípticos: la tal desintegración es, en cualquier caso, equilibrada, habida cuenta de la existencia de tres posibilidades, de menos a más: 1) Los acuerdos sectoriales, de los que hoy existen tantos que algunas ocasiones se cae en la incoherencia; 2) La eventual asociación privilegiada, que es lo que, a modo de Acuerdo marco, la Unión Europea quiere, en base a un compromiso de adopción de normas de idénticos contenidos y en plazos tasados, de su interpretación homogénea y (lo de más difícil aceptación) de un mecanismo de solución de conflictos o diferencias; y 3) La adhesión pura y simple, que hoy, se insiste, no se contempla.

Una magnífica presentación, en suma. Un baño de realismo.

2) Prof. Christian Heitsch, Brunel University, London, "Terapia de choque-austeridad-populismo-Brexit: retos a la cohesión de la Unión Europea".

El punto de partida fue, con ese título, la descripción de una realidad nada gloriosa tras una crisis de la que sólo en teoría estamos saliendo, y que ha golpeado de manera particularmente aguda a los jóvenes (antes) y a los jubilados (ahora). En la presentación se pasó revista país por país: Polonia, donde el milagro económico de los años noventa presentaba debilidades de fondo que, como siempre sucede, han acabado aflorando, hasta el punto de que las expectativas de la adhesión de 2004 se han frustrado y el 6 por ciento de la población ha tenido que irse fuera para encontrar trabajo; Hungría y la ex República Democrática Alemana, con una

situación parecida y, al fondo de todo, una transición –de la economía y sobre todo de las mentalidades– nunca bien enfocada ni explicada y a la que no se le ve el punto de llegada; y la eurozona, con todas las desgracias que ya sabemos y que el ponente resumió en la expresión –un verdadero oxímoron– de "Expansionary fiscal contraction": de una parte, recortes presupuestarios (en muchas ocasiones, sin ton ni son, segando junto a la paja seca al mismísimo trigo), pero, por otro lado, tipos de interés muy bajos y por tanto burbujas. Y eso sin contar con el negocio financiero que han generado las primas de riesgo, hasta el grado de que muchos prestamistas preferían, por su mayor rendimiento, los bonos periféricos. Se habló en ese contexto del "Repo funding of Banks".

Fue en ese marco tan insano donde se estudió el malestar de la sociedad británica que estuvo incubándose durante mucho tiempo y terminó estallando en el referéndum del Brexit de junio de 2016. El modelo económico de Margaret Thatcher, en los años ochenta y noventa del pasado siglo, consistió en fiarlo todo a una suerte de monocultivo del sector financiero, lo que resultó muy bueno a corto plazo pero, una vez más, albergaba en su interior una bomba de relojería, en forma de diferencias de renta cada vez mayores entre personas y entre territorios. Esa crisis fue debidamente "manipulada" para dirigirla contra la Unión Europea, con los resultados que son conocidos. Lo que suceda de aquí a marzo de 2019 no se puede predecir, porque, en ese tipo de situaciones, reconciliarse con la cruda realidad –que la salida, si acaso posible, no resulta gratis– resulta de muy difícil digestión. Para el público y para los políticos.

3) Prof. Ian Forrester, Juez en el Tribunal General de la Unión Europea desde 2015, "Brexit-Desintegración de sistemas legales y jurisprudencia en materias compartidas".

Otra lección. El discurso empezó con un reconocimiento de la gravedad de la situación. Para decirlo con las palabras literales:

"Our continent and my native land are going through a period of exceptional turbulence. The drivers of uncertainty are several : refugees from the Middle East and Africa; the rise of populist parties who feel empowered to challenge the received wisdom of the so-called elites who espouse liberal values; the Trump Presidency; and of course Brexit, which presents the UK with the gravest crisis of government since the Second World War. If Brexit occurs it will involve a massive alteration in how our British society is governed and how its rules are determined."

El ponente, desde luego poco amigo del Brexit, quiso ver un rayo de esperanza en lo que sucedió en 1560, cuando la Monarquía inglesa rompió con la jurisdicción

del Papa, pero se cuidó bien de seguir fiel al Derecho romano. Y, luego de riquísimas reflexiones sobre la función judicial, el necesario mantenimiento de los contenidos normativos europeos aunque ahora como derecho inglés (de "rebranding" llegó a hablar) y otras materias, quiso terminar con una referencia a la "necesidad de moderación", en términos que igualmente interesa reproducir:

"My last point, concerning the discourse of Brexit, is more philosophical. Let us all pursue these matters with proper moderation. Nationality has never exactly matched predictable categorisation on the basis of political frontiers in Europe. In Nelson's fleet at the Battle of Trafalgar in 1805 there were 28 nationalities. Education, training, falling in love, and economic aspiration are each well-recognised incentives to travel. The constitutional architecture of the EU is creaky and there are plenty of imperfections: the democratic deficit has been criticised frequently. The European public cannot by a vote reject the Commissioners. Regulating is indeed very complicated. There is no opposition and no government in the European Parliament. But the achievements of the four freedoms have been immense. The elimination of military rivalry in Western Europe and the bringing down of the Berlin Wall were massive events for which Europe" can claim much credit. Young people can now regard it as their right to move in search of study, taking a job, opening a business, or building a family. Europe is the only place on earth today where (almost) a continent of states has agreed to deliver access to healthcare, equal treatment of men and women, safe and healthy goods and workplaces, a pension, education, and democratic values, not only to their own native citizens, but also to those of other states.

There is a great burden upon the negotiators to deliver a result that preserves Europe's values. The UK's Civil Service and the staff of the EU Commission are exceptionally gifted, but their tasks are enormous. I suggest that there is a duty upon commentators, politicians, journalists, teachers, and bloggers to avoid the temptation to exaggerate, to polarize, to mock, and to accuse. The seriousness of the challenge deserves better. It is unhelpful to say "Just leave!" as if we were resigning from a golf club because we dislike the new committee or the dress code. We should not pretend that the issues at stake are simple. Plainly they are not.

Winning something should not be the goal. We should have learned by now from history that bad treaties and unrealistic treaties might not survive crises. So let us all calm down, breathe deeply, reproach zealots, and encourage sensible discourse."

Hombre, así pues, de sentimientos enormemente intensos y que no quiso ocultar. Agobio, por un lado, pero, por otro, esperanza. A ver.



4) Prof. Ece Göztepe, Ankara, "Turquía y Europa: entre integración y desintegración".

Fue un repaso detalladísimo de las relaciones entre Europa y Turquía desde 1959 y 1964, hasta la fecha, exponiéndolo todo sin ahorrarse detalles. Y explicando lo convulso de la situación política allí a partir del golpe de Estado de 15 de julio de 2016.

## V. TERCERA SESIÓN (SÁBADO 21 POR LA MAÑANA)

En esta ocasión las intervenciones volvieron a ser tres, a saber:

1) Prof. María Argelia Queralt, Barcelona, "La crisis catalana: desintegración de España y de Europa?".

La autora es muy conocida para el lector español mínimamente especializado en estos temas tan conflictivos y, a estas alturas, tan tediosos. Y lo cierto es que se manifestó en unos términos que no resultan sorprendentes: nula simpatía por el *procés* independentista, partiendo de la base (lo esencial de todo) de que la sociedad catalana está dividida por mitades y los que se quieren separar no pasan de la mitad o incluso no llegan a ella, aunque la raspan: muchos, ciertamente (de ahí el famoso "problema político"), pero insuficientes para imponerse.

Situó lo sucedido desde 2010 —el crecimiento del porcentaje de los que quieren la separación— en el contexto de la crisis económica, de la que Cataluña, como país mediterráneo, no escapó. Aunque lo situó en un marco más amplio: la época del populismo, las "fake news" y eso tan chistoso que se conoce como post-verdad. Y es que estamos (esa fue la conclusión de las conclusiones) ante una crisis que transcurre de lo español y entra de lleno en lo europeo, porque tiene un estrecho parentesco con lo que está sucediendo en Hungría o en Polonia. O incluso más allá.

En suma, una magnífica intervención. Los dos asistentes granadinos así lo estuvimos manifestando. En el debate se planteó alguna opinión discrepante, pero Queralt respondió con firmeza en el fondo y equilibrio en cuanto al tono.

2) Prof. Jenő Czuczai, Consejo de Europa (Brujas) y Consejo de la Unión Europea (Bruselas), "¿Desintegración y crisis migratoria? Divergencia legal y retos migratorios".

Aportó en esencia la perspectiva húngara (país de origen del relator), deteniéndose en la exposición del contenido de la polémica reforma constitucional de 2017. El tono de la exposición fue el de la que es la mayoría social a orillas del Danubio. Nada nuevo.

3) Prof. Ann-Katrin Kanfhold, München, "Integración (diferenciada) como salida de la crisis? Regulación de los mercados financieros en la Unión Europea".

El relato comenzó explicando que integración diferenciada en un determinado sector (aquí la banca) equivale a cooperación reforzada, en su tradicional sentido geográfico: unos países sí y otros no.

Con un desarrollo esencialmente cronológico, a saber: a) La situación anterior a 2007/2008, cuyas carencias –incluso en el pleno de lo puramente normativo– estaban emboscadas hasta que la crisis las puso dramáticamente de manifiesto: para salir de ahí, y para evitar que se reprodujera, había no sólo que mejorar la regulación sino también que entrar en el ámbito de lo aplicativo o ejecutivo: de ahí las sucesivas instituciones especializadas (EBA, ESMA, EIOPA,...) que se fueron creando; b) La Unión Bancaria de 2012, con el BCE a la cabeza de todo mediante sus dos Mecanismos Únicos (el de Supervisión y el de Resolución), dividiendo a las entidades según su tamaño, lo que no es neutral desde el punto de vista de la geografía y por tanto generando consecuencias de integración y también de fragmentación; c) Lo que nos queda por delante, dependiendo en buena medida de cómo se desarrolle el Brexit.

## **VI. CUARTA Y ÚLTIMA SESIÓN (SÁBADO 21 A MEDIODÍA)**

Fue un panel de discusión, abierto por intervinientes, todos ellos Profesores, que hablaron cada uno de su propio país: Panos Kazakos (Grecia, exmiembro de la Comisión de Presupuestos del Parlamento); Andreas Paulus (Juez del Tribunal Constitucional Federal alemán); y Ana María Guerra Martins (Portugal).

## **VII. CONSIDERACIONES FINALES DEL PRESIDENTE**

El lector que haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, un verdadero héroe digno de ser condecorado, imaginará que, con tanta información recibida durante apenas dos días, y de tanta calidad y riqueza de matices, el cometido del Presidente, Jacques Ziller, a la hora de la síntesis, constituyó un auténtico papelón, por decirlo de nuevo con expresión coloquial. Pero lo cierto es que lo hizo y muy bien.

Una última observación, ya en un plano personal. Asistir a ese tipo de eventos supone siempre un esfuerzo, porque se abandonan otras actividades o al menos no se les presta la atención debida y lo cierto es que al volver se encuentra uno el buzón de mail lleno de papeles pendientes de atender. Pero, hechas las sumas y las restas, resulta difícil imaginar un mejor aprovechamiento del tiempo: actualiza uno muchísima información y sólo por eso ya habría valido la pena asistir.

Lástima que a los jóvenes españoles hacer la maleta les dé tanta pereza. A ver si algún día se convencen de que, contrariamente a lo que se decía antes en los trenes, no es peligroso asomarse al exterior.

### **Resumen**

*Este trabajo es una crónica del Congreso SIPE celebrado en Hamburgo en julio de 2018. El ensayo comienza con una introducción que diseña el contexto en el que se va a desenvolver la crónica; se da cuenta así de las crisis económicas, de inmigración y la crisis jurídica. A continuación, va desarrollando los elementos principales de cada una de las intervenciones que se produjeron en el Congreso.*

### **Palabras clave**

*SIPE, integración, crisis.*

### **Abstract**

*This work is a chronicle of the SIPE Congress held in Hamburg in July 2018. The essay begins with an introduction that designs the context in which the chronicle will unfold; it takes account of the economic crises, the immigration crisis and the legal crisis. Then, the paper develops the main elements of each of the speeches that took place at the Congress.*

### **Key words**

*SIPE, integration, crisis.*

Recibido: 8 de septiembre de 2018

Aceptado: 2 de octubre de 2018



# Textos clásicos

---



**ESTADO<sup>1</sup>**  
**State**  
ULRICH SCHEUNER

**SUMARIO:**

- I. La doctrina científica sobre el Estado.
- II. Función y legitimidad del Estado.
- III. La estructura del Estado.
- IV. El Estado y las fuerzas sociales.
- V. Estado y Derecho.

**I. LA DOCTRINA CIENTÍFICA SOBRE EL ESTADO**

1. Forma y denominación del Estado

a) La comunidad política, en sus distintas formas históricas, es fundamento de la existencia humana desde que la vida social trascendió a las agrupaciones familiares, generando modos de vida en común, racionalizados e institucionalizados. Ciertamente, la tarea de crear un orden para una comunidad humana ha experimentado diversas formas, que reflejan profundas transformaciones en su estructura, alcance y denominación. Basta con recordar las ciudades religiosas del antiguo oriente, la polis, el imperio heleno y luego romano, el nexo personal del medievo, las distintas dinastías o el Estado moderno. Por ello, caeríamos en el relativismo histórico si quisiésemos denominar Estado solo a la forma más reciente. Sería un reduccionismo negador de la unidad y continuidad que siempre encontramos presente en la teoría del estado desde la antigüedad, pues más allá de las variaciones históricas, la asociación política es un fenómeno propio de todas las civilizaciones.

b) El repliegue de la doctrina neokantiana, que quería condicionar el objeto desde el método, y la intensa corriente ontológica, no han puesto en cuestión la unidad del objeto que compone la comunidad política, sea tratada desde una perspectiva histórica, sociológica o jurídica. La doctrina sociológica y jurídica del Estado (Georg Jellinek) está básicamente superada. Dentro de las ciencias sociales, las contribuciones más relevantes sobre la doctrina del Estado surgen por regla general de

<sup>1</sup> Traducción a cargo de Miguel Azpitarte Sánchez.

la filosofía y la teoría política y solo excepcionalmente de la teoría jurídica, que sin duda sabe introducir entre sus códigos conceptuales ideas de otras disciplinas, pero no alcanza a ver lo fundamental de la naturaleza del Estado y de sus retos de futuro.

c) También ha cambiado el nombre de la comunidad política en sus distintas formas históricas. La polis griega identificaba un tipo histórico, en Roma se usó el término *respublica* y en el medievo el de *regnum*. La denominación de Estado surge en la Italia del siglo XV, primero para identificar al titular del poder, luego la organización política y, finalmente, en los siglos XVII y XVIII, la unidad política que forma un grupo humano. Sin embargo, la doctrina occidental ha subrayado el vínculo personal –la nación– o el ligamen institucional –el *government*–, tratando así la realidad más cercana, a diferencia de la comprensión alemana, que pone en el centro la abstracción del Estado como unidad ideal.

## 2. Historia de la doctrina del Estado

a) La filosofía política, en tanto que reflexión sobre los fundamentos de los procesos políticos, hace suyas las contribuciones de la antigüedad. No en vano, la pregunta sobre el modelo de vida en común atraviesa la doctrina de Platón y se desarrolla en Aristóteles, cuyas explicaciones y análisis tuvieron una influencia fuera de lo común en tiempos posteriores. La *Stoa*, con sus ideas de unidad e igualdad del ser humano y la existencia de un derecho superior, sentó un fundamento que el cristianismo aprovechará y transformará. El pensamiento medieval era esencialmente teológico, de manera que veía en el Estado un orden divino otorgado, cuyas normas se expresaban en las virtudes y obligaciones de quien ostentaba el dominio, el cual tomaba las decisiones en búsqueda del interés general. No obstante, en la formación de la doctrina medieval, junto a las cuestiones teológicas de la vida política, surgieron preguntas éticas y políticas. En la creciente superación del elemento teológico, el tratamiento aristotélico de la política conservó su lugar en la doctrina hasta el siglo XVIII. Pero en el siglo XVII, el nuevo método empírico-racional, cuyo primer exponente fue Thomas Hobbes, tomó la delantera y se expresó en la forma de un derecho natural analítico-sistemático. Posteriormente sería decisiva la fundamentación del Estado a partir de la asociación de individuos, abandonando la idea de un orden preestablecido; y también la perspectiva antropológica que temía el caos que generaría la ausencia de Estado y los impulsos sociales (Samuel Pufendorf). Tras el ocaso del derecho natural, durante un largo tiempo, las cuestiones sociales, jurídicas y éticas relativas a la doctrina del Estado fueron tratadas en profundidad por el idealismo alemán (Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte, Georg W.F. Hegel)



que llegaría hasta el Siglo XIX (Robert von Mohl, Friedrich Christoph Dahlmann, Johann Gustav Droysen).

Entre los años 1840 y 1860 quiebra la vieja unidad de las ciencias sociales. En cualquier caso, dentro de Alemania, la doctrina jurídica positivista rompió su ligazón con la filosofía política, a la que solo concedió espacio dentro de una perspectiva histórica en el curso de un inciso comparatista bajo la denominada teoría general del estado. Únicamente la historia mantuvo dentro de su campo el estudio de las estructuras políticas en el tiempo (Heinrich von Treitschke, Friedrich Meinecke). Y desde 1900 se desarrolló una sociología orientada a tipos e ideas concentradas en una imagen del Estado relativa a la construcción del poder y su organización (Max Weber). En estas circunstancias, se pasó a tratar aspectos concretos del Estado, que derivaron en distintos conceptos según cada disciplina.

b) En la actualidad, sin embargo, el conjunto de las disciplinas vuelve a afrontar el estudio del Estado como objeto unitario. Bajo esta comprensión, la teoría del estado va más allá de la Constitución como realidad jurídica y se remonta hasta sus fundamentos políticos y éticos; se acerca así a la ciencia política, que se dedica sobre todo a los procesos políticos reales y a las teorías políticas. Por otro lado, la sociología facilita el reconocimiento de los elementos estructurales de naturaleza institucional y de aquellos que generan unidad. La historia ilumina las formas estatales en su individualidad histórica y nos protege frente al riesgo de dar validez normativa a una época, con su orden limitado en el tiempo, o proyectarla retroactivamente. Sin embargo, el núcleo de la teoría del estado ha de radicar en una ontología filosófica del ser humano y sus estructuras sociales, que desde una determinada antropología alumbra la tarea de la comunidad política para la existencia de una humanidad civilizada. La ciencia sobre el Estado hoy, de nuevo, consiste en un trabajo de perspectiva universal, que da continuidad a la tradición, pero que se abre a las realidades e ideas actuales.

### 3. La tradición del pensamiento estatal

a) Las sucesivas formas históricas del Estado y la secuencia de ideas políticas van declinando creaciones ligadas a su tiempo, construyendo un continuum que forma el tejido esencial de la teoría moderna. Así, por ejemplo, la antigüedad le aporta el principio de la necesidad antropológica del Estado (Aristóteles); la idea del desarrollo personal y la educación a través de la libertad política; y el dominio del pueblo sobre sí mismo, así como el concepto de dominio justo y proporcionado. La perspectiva religiosa del cristianismo en la antigüedad tardía y en el medievo retoma el

tema del régimen justo y de los límites al ejercicio del poder. Su doctrina introduce al Estado en el cosmos y lo somete al derecho divino. El dominio político se funda en el marco crítico de esa autoridad y su juicio, y aún hoy la moderna teoría del estado de corte católico enlaza con la idea de una norma superior de naturaleza moral. En el medievo tardío surgen ideas que se separan de la línea dominante, centrada en la monarquía y el principio de unidad, y pasan a defender el fundamento del *consensus omnium*, la supraordenación del titular del dominio (Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa). La Reforma rompió el vínculo con el parámetro del derecho natural, sin quebrar antes la aceptación del Estado (la autoridad) como un orden otorgado. A partir del viejo principio del orden otorgado y de la suprema autoridad, se erige la teoría y la praxis del absolutismo, que lega a la modernidad la idea de una unidad estatal superior, la formación volitiva de la ley, y la imagen de una organización militar y burocrática. Pero la modernidad también hace suyos principios que chochan con las comprensiones dominantes y que, influidos por el calvinismo occidental, definden la idea del pacto con Dios, o el ejercicio del poder como fruto de un consenso deducido y limitado a partir de un convenio. El giro fundamental que entra en juego en el siglo XVII y que va desde el orden otorgado hasta el fundamento del Estado fruto del acuerdo de los individuos, sirve para fundar un poder ilimitado (Hobbes), pero también tiene un efecto duradero respecto al acuerdo de todos como sustento del poder político. De las disputas en el mundo anglosajón del XVII surgen las ideas del acuerdo de una comunidad de ciudadanos (*civil society*), que los dirigentes ejercen una responsabilidad limitada y controlada (*trust*), y se trazan límites desde la libertad al gobierno.

En el continente, la unidad corporeizada en el soberano, condujo a dos imágenes del Estado. En Alemania dio cuerpo a la idea de una unidad estatal que se funda en la filosofía idealista (Hegel) y su premisa de la forma espiritual del pueblo, pero que paulatinamente va cobrando cada vez más elementos institucionales, hasta el punto de constituirse frente a la sociedad como fuerza exterior del pueblo. Por el contrario, en Francia, la nación incorpora la herencia del soberano, liberándose de la idea de un derecho superior, lo que le permite operar de forma ilimitada.

b) En el curso del XIX regresa a la teoría del estado la cuestión sobre los vínculos éticos y jurídicos del poder soberano, que subraya en la naturaleza del poder una doctrina sociológica de corte vitalista. Frente a las consecuencias de un sobredimensionamiento del Estado, hoy la imagen del Estado de libertades denota el momento de la unidad de los ciudadanos en una comunidad de poder limitado y la necesidad de establecer precauciones frente a la disolución del Derecho. El modelo será el Estado democrático, en el que todo gobierno depende del consentimiento de la colectivi-

dad. Sin embargo, el XIX, en el mundo occidental, también ha abierto paso a una segunda idea política. Me refero a Karl Marx y a su teoría, que sometió la vida política a las condiciones económicas de la sociedad y explicó que el camino para ganar la libertad era a través de la revolución de la estructura económica, que acabaría con el Estado, el cual había sido un instrumento de clase, que solo seguiría existiendo en la transición hacia la dictadura del proletariado. En tiempos del imperialismo, la nueva teoría comunista reclama la pervivencia de un Estado transformado. Tras el declive de las ideas sobre el poder de corte vitalista, ciertos sistemas fascistas se impusieron en el tiempo de transición hacia la generalización del Estado de libertades en el pensamiento occidental. Las contribuciones de otras culturas, como la idea jurídica del Islam, el modelo asiático, el pensamiento federal y la tolerancia india, ocupan solo un lugar secundario.

Pero hoy surgen nuevos problemas en la vida política más allá de la idea de la libre autodeterminación y de las distintas formas de sociedad que desde un punto filosófico se han ido mostrando en la historia. Por ejemplo, la existencia de un Estado nación que puede decidir el equilibrio internacional, o la dependencia de la tecnología, empujan nuevas reflexiones sobre la libertad política.

## II. FUNCIÓN Y LEGITIMIDAD DEL ESTADO

### 1. Existencia humana y orden estatal

Antiguamente, cuando se entendía la asociación política como una forma de vida predeterminada por Dios o la naturaleza, su origen y esencia no necesitaban ser aclarados: se trataba, sin más, de precisar su forma adecuada. Sin embargo, actualmente recobra sentido la pregunta sobre el fundamento y la existencia de la comunidad política. En la respuesta a estas preguntas fundamentales, hay algunas teorías que son insuficientes, en tanto que solo atienden a aspectos parciales, sea para comprender al Estado a la luz de un tipo histórico, o bien porque lo hacen con conceptos formales o de manera puramente empírica. El primer camino lo encontramos en el Estado nación contemporáneo y su entendimiento del Estado como forma de un pueblo, como mera deducción del pueblo, en vez de reconocer que lo nacional no precede a la unidad política, sino que la produce históricamente. Un buen ejemplo de los procesos de formación de unidades nacionales (*nation-building*) lo encontramos hoy en los Estados africanos. Por otro lado, las construcciones puramente formales aportan poco dada su falta de realismo, operando con un "poder soberano originario" (Jellinek) que remite a la personalidad jurídica del Estado, debilitando así la cuestión sobre la relevancia de las fuerzas políticas; o porque simplemente

identifican el Estado con el ordenamiento (Hans Kelsen), dejando a un lado la tensión entre orden real y orden normativo.

Tampoco son fructíferas aquellas oscuras imágenes que beben de la biología o la mecánica, que presentan al Estado como un organismo o un aparato. Esta última perspectiva, como toda comprensión instrumental, deja a un lado el carácter personal de las asociaciones políticas y hace de la dirección del Estado una mera titularidad de poder. Sin duda, una cierta descripción sociológica ilumina algunos aspectos de la estructura política, pero no aclara su esencia frente a otras asociaciones. En este sentido, la posición dominante de carácter institucional falla en su objetivo, pues comprende el significado de la racionalidad organizativa del Estado, pero no el proceso general de integración que conlleva ni sus consecuencias intelectuales (Richard Bäumlich). Por el contrario, los análisis empíricos corren el riesgo de subestimar el momento del poder.

Es necesario comprender el Estado no solo en sí mismo, sino también como una realidad propia del ser humano. El Estado debe introducirse en la perspectiva del ser humano desde un prisma ideológico y con una antropología filosófica. Si se parte de una idea de humanidad referida a una persona intelectualmente libre y autodeterminada, tal y como ha elaborado paulatinamente la tradición humanista desde la antigüedad, entonces la unión social y política se convierte en protección de la vida individual, siendo así una necesidad del ser humano. Dentro del variado tejido de los vínculos sociales, a la comunidad política le corresponde una función que la sitúa por encima del resto de las fuerzas sociales: paz y orden en la más alta instancia. En efecto, partiendo de la naturaleza social del ser humano, se encuentra en el Estado la primera garantía de la paz y el orden; el Estado es la estructura racional de la unidad efectiva de los seres humanos, y le corresponde en un determinado espacio ser la mayor instancia de garantía de la paz y el orden.

Es obvio que de otra imagen del ser humano y una visión del mundo distinta, resultaría una comprensión diferente del Estado. Si se concibe al ser humano como una parte más de la naturaleza determinada psico-físicamente, entonces el orden político podría entenderse como un mero ejercicio de poder. En cambio, si el destino humano se deposita en un salvador trascendente, el Estado terrenal tendrá siempre carácter provisional y estará en tensión frente a la apelación superior. La libertad es un momento estatal, y con ella el Estado se diferencia así del resto de fuerzas sociales de naturaleza parcial. Sin embargo, no en toda época histórica se logra realizar efectivamente esta finalidad. Desde siempre el Estado ha sido una unidad política entre muchas. Esto es un dato histórico, no un condicionante esencial. Así, por ejemplo, la función política podría realizarse en el conjunto del planeta con una comunidad

global; no en vano, hoy contamos con organizaciones internacionales que cumplen una función verdaderamente política.

## 2. El concepto de lo político

El concepto de lo político se ha de determinar a partir del Estado. La política, en contra de una teoría muy extendida en esta época, ni carece de sujeto ni se define solo por la intensidad de la oposición entre fuerzas (la teoría amigo/enemigo de Carl Schmitt). Esta doctrina limita lo político al momento de la lucha y la muestra como un derivado de la moderna sociología, que encuentra en la fuerza física el núcleo del Estado (Max Weber). Toma la parte por el todo. Sin embargo, el poder, en primer lugar, traba influencias intelectuales, potencialidades (Rudolf Smend) y solo en momentos límite requiere de su afirmación física. Ciertamente, de la fuerza física deriva el vínculo indisoluble entre el orden político y el momento militar, cuya adecuada contención y dominio es un problema fundamental de la política. Pero el poder no es el sentido de la vida política, sino su condición para la realización de su función de ordenación y libertad.

En lo político se hace perceptible el proceso dinámico propio del Estado. Señala los planes y consecuencias futuras que nacen de la actividad de la vida en sociedad y que pueden llegar a constituir formas conscientes de los elementos sociales (pensemos en el absolutismo tardío, o en el moderno Estado social). Es característico de la política, por tanto, la disputa en torno al alcance y dirección de los fines de conjunto (que son siempre históricamente variables), así como la lucha por alcanzar y mantener el poder. Y estas notas también las encontramos, aunque de forma menos nítida, en los Estados no democráticos.

La acción política, en su núcleo, es voluntad individual y decisión. Por tanto, no hay una razón de estado suprapersonal o un genio de la política, sino simplemente la resolución y la responsabilidad de la persona que toma decisiones. Y ciertamente aquí es donde entra el enfoque de la teología. El lado ético de la política deja claro que todo ejercicio de poder necesita una justificación moral, y que responsabilidad y justicia son momentos fundamentales de la vida política. La política no es solo movimiento y cambio, pues en las instituciones y el ordenamiento jurídico adopta formas fijas y duraderas.

## 3. Legitimidad de la dirección estatal

El Estado, con su dirección de conjunto, debe superar la escisión entre gobernantes y gobernados. Para ello, cada persona que ejerce la función de ordenar sobre

otros (dominio) necesita estar legitimada. En este sentido, hemos pasado de la antigua fundamentación del Estado en mandamientos divinos (*Divine Right of Kings*), a un tiempo en el que solo se reconoce la legitimidad popular. Hoy encontramos una clara expresión de lo dicho en el derecho constitucional, que es producido por un órgano legislativo, pero es asumido por todos, alcanzando una efectiva aplicación material y fuerza vinculante. Junto a ello, la dirección del Estado funda su legitimidad en la capacidad para dar efectividad a premisas políticas y conceptos ideales, como puede ser el concepto de nación, las tradiciones o el bienestar social. Hoy, las ideas y el derecho son un fundamento especialmente importante en tanto que el Estado moderno ha perdido su base religiosa y se enfrenta a corrientes individualistas muy fuertes que incluso niegan el Estado. Del lado opuesto se situaría el Estado totalitario que busca su justificación en la imposición de una ideología.

La revolución depende de la legitimidad del derecho. Cuando el soberano cumplía una misión divina, podía haber cambio de soberano, pero no de forma de Estado. La revolución, por tanto, es una consecuencia de la idea moderna de legitimidad popular. No refleja simplemente la caída del orden fáctico y la ruptura del derecho existente, sino, sobre todo, la sustitución de las bases de legitimidad por una nueva idea política. Esto lo diferencia de la simple sustitución de poder. La idea de un derecho de resistencia es más antigua y profunda que el concepto de revolución. Hoy el derecho de resistencia muestra una cierta conciencia jurídica que también estaba presente de antiguo en la idea de la ruptura del pacto.

#### 4. La utopía de la ausencia de Estado

El género de las descripciones utópicas, de la anticipación de posibilidades y esperanzas futuras, siempre ha desempeñado una importante y vigorosa función. Junto a los bocetos de tipos estatales ideales, encontramos desde antaño una línea de pensamiento que espera una forma de vida sin dirección organizada. En el pasado la mayoría de estas propuestas fueron de corte religioso; en la actualidad el marxismo ocupa un lugar primordial al subrayar la idea de una sociedad sin clases y la muerte del Estado. Su convicción sobre la función constitutiva de las relaciones económicas para el conjunto de la existencia y el logro de la liberación de la humanidad a través del cambio de la estructura económica, hace del Estado un instrumento de la clase dominante y de su superación un paso en el desarrollo venidero. Mientras que el socialismo occidental ha abandonado esta tesis, el leninismo continúa afirmándola con fuerza, considerando necesario un Estado socialista en tanto continúe la lucha de clases en los Estados imperialistas. Es bien perceptible la influencia de estas ideas en la sociología moderna. Se

reconoce en la tesis que señala el origen del Estado en el control del poder (Alexander Rüstow), pero también en aquella que defiende la disolución del Estado en la red tecnológica. Todas estas teorías parten de una concepción optimista del ser humano y confían a la sociedad toda la formación social, que, en vista de la experiencia histórica, solo puede ser dirigida mediante un esfuerzo continuo por racionalizar la sociedad.

### III. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

#### 1. El Estado como asociación racional

La filosofía política ilumina por sí sola la función y la necesidad de la comunidad política. En cambio, el análisis sociológico explica la construcción del Estado como unidad intelectual efectiva, como un proceso continuo de reunión de las distintas fuerzas sociales; al mismo tiempo ofrece los fundamentos para la construcción de los conceptos jurídicos, que deben ser un sumario de los factores de la vida social y de su clasificación ideal, sino quieren quedar fuera de la realidad como mera lógica normativa. Sin duda, el Estado comparte con toda asociación humana ciertos elementos. Su punto de partida es el reconocimiento de que el individuo se vincula intelectualmente con otras personas y está en dependencia dialéctica con las estructuras sociales. Por ello, es errónea la comprensión organicista del proceso político o la idea de una causalidad interna (inadecuada a los procesos intelectuales), pero también yerra la figura de un individuo aislado, que solo entra en relaciones externas con los otros. En realidad, las comunidades políticas poseen rasgos supraindividuales y un espíritu común, en el que se vincula la autonomía de la decisión individual con una conciencia suprapersonal y acciones que representan al conjunto (doctrina de la integración). Por eso debemos distinguir las comunidades no racionales (familia, amistad) y los grupos contruidos inconscientemente a través de los sentimientos vitales (la tribu, el pueblo), frente a las unidades racionales y duraderas, que varían según su significado y alcance. En este sentido debe señalarse que en la vida en común se hacen conscientes elementos intelectuales de densidad racionalizadora (instituciones, cargos, relaciones de representación) que aseguran la capacidad de actuación de conjunto y la continuidad supraindividual. Su precipitado lo encontramos en la normatividad del derecho y, ante todo, en la Constitución.

#### 2. Dirección y responsabilidad

La tarea del Estado requiere continuamente decisión y acción, por lo que dirección y orden son elementos fundamentales; en esta lógica, solo doctrinas utópicas

o anarquistas pretenden abandonar la división entre gobernantes y gobernados. No obstante, toda dirección política debe apoyarse en momentos de legitimidad, sean de naturaleza divina, surgidos de la tradición, contruidos sobre la legalidad o, como en la actualidad, sostenidos en la idea de la democracia. El poder se vincula a estos momentos de legitimidad, en especial aquellos elementos de dominio, de poder institucionalizado, que aseguran un control sobre el ser humano. Todo dominio necesita a la par influencia, aceptación, a través del control, y responsabilidad, así como un proceso fundado en la participación de todos o algunos grupos. Incluso en los Estados autoritarios y totalitarios se da algún grado de aceptación. En definitiva, la dirección del Estado nunca es una mera función del poder. Cuando en su ejercicio se percibe la racionalidad interna que insta al convencimiento, entonces está acompañado de autoridad (Carl Joachim Friedrich). Por lo demás, la responsabilidad solo se da en una forma de Estado en la que existe una participación activa del conjunto. Significa que no solo es expresión de una obligación intelectual, sino también fruto de un procedimiento que otorga validez al derecho y al interés común.

En virtud de su capacidad de dirección y acción, el Estado no puede renunciar ni a los organismos, ni a los cargos públicos a través de los cuales se proyecta. Por ello, una democracia directa que decidiese todas las cuestiones solo es pensable en un marco territorial muy reducido. Sin duda, la Constitución puede dejar importantes decisiones personales y materiales al voto general (plebiscito), pero incluso la democracia suiza de consenso necesita infraestructura institucional, esto es, la tensión entre autodeterminación y dirección (Max Imboden). Así las cosas, la relación entre la dirección y el todo se construye esencialmente a través de la representación, que hace de la acción de unos pocos la configuración de la voluntad de muchos. Su elemento esencial no es, a diferencia de lo que considera la doctrina desde Edmund Burke, la independencia frente a la voluntad de los representados, sino la capacidad de hacer vinculante la decisión a partir de la estrecha relación con los representados. Tanto en el mandato libre como en el imperativo hay un momento representativo. En cualquier caso, en una reunión representativa, en la que al mismo tiempo se expresan los diversos intereses y el interés común (Friedrich), ha de actuar la mayoría en nombre del todo.

El Estado moderno es un sistema estructurado con mucha pericia, pues organiza una toma de decisiones concentrada, pero a la vez vigilada desde arriba (mediante el partido, la burocracia, o ambas a la vez) o mediante controles recíprocos entre diversos órganos. El Gobierno que ha recibido la confianza, estableciendo los objetivos del Estado y las directrices de la acción estatal (incluyendo los fines políticos incluidos en la ley) se proyecta jerárquicamente sobre los cargos públicos responsables



de la ejecución e incluso sobre las asociaciones dotadas de autonomía. No obstante, en el Estado moderno, estas instituciones ejecutivas pueden estar dotadas de cierta autonomía en su decisión o gozar de discrecionalidad para determinar la existencia de un supuesto de hecho (jueces, doctrina académica).

### 3. La posición del individuo

La tensión de los tiempos modernos entre Estado e individuo tiene su fundamento en una comprensión que construye la comunidad desde el individuo, desde su autoconciencia intelectual y religiosa, así como desde su capacidad de cambio. Por ello, el Estado debe justificar ante sus ciudadanos su actuación y por qué elige ciertos fines; inevitablemente necesita de la participación de los ciudadanos. Al igual que en la ciudad-estado de la antigüedad y del medievo se delimitaban los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, el Estado hoy traza en la nacionalidad el marco personal en el que garantiza la participación, aunque esta frontera pierde peso frente al refuerzo de la territorialidad y la definición del extranjero. En cualquier caso, todas las formas de Estado aspiran hoy a la activación política. Incluso los Estados totalitarios o los sistemas de partido único típicos de algunos países no europeos llaman al pueblo, no para la participación, sino para la cooperación en la ejecución de los fines e ideas marcados por la dirección.

En los Estados democráticos, la libertad individual posee un significado fundamental. La exigencia de la participación de todos en la acción política brota de principios antiguos –la libertad de los estamentos, los convenios con los príncipes–, y conforma la base de la actividad típicamente burguesa en el Estado, junto al principio de igualdad política y de materialización de esa igualdad en la sociedad, en especial la idea de los derechos humanos y fundamentales, como medio de asegurar la independencia personal. Todas estas ideas también se reflejan hoy en Estados no democráticos. La igualdad social es un objetivo de la sociedad sin clases defendida por el socialismo, que además ha configurado los derechos fundamentales al servicio de los objetivos sociales. Cada vez más los derechos fundamentales son hoy una manifestación esencial del Estado: recogen garantías sociales, protegen instituciones y enuncian los principios políticos fundamentales, y se desarrollan para asegurar un espacio de libertad que construye un acuerdo constitucional de la sociedad pluralista sobre los fundamentos del conjunto del orden burgués. La democracia no siempre ha dado lugar a un Estado centrado en el individuo, sino que a menudo ha estado al servicio de uno u otro grupo. De ahí que el principio de igualdad general se relacione con la construcción de grupos sociales, evitando que se formen élites políticas, estratos de dirigentes o burocracias.

#### 4. Fundamentos intelectuales

Una vez que ha desaparecido la cercanía entre religión y Estado, este último está obligado a encontrar las fuerzas intelectuales que lo sostengan. Se busca en valores que aporten legitimidad: la nación, un ideal social o la tradición histórica. Los Estados autocráticos logran reforzar su dominio mediante la conformación de la opinión a través de un adoctrinamiento planificado. En los sistemas totalitarios aparece el elemento de la ideología dominante, esto es, ideas que no atienden a la verdad. Pero la democracia también está necesitada de la construcción de una conciencia política de sus ciudadanos a partir de ciertos conceptos ideales.

#### 5. El Estado como singularidad histórico-geográfica

La particular dimensión espacial del Estado crece a resultas de su función como máximo poder. En distintas épocas históricas hemos encontrado varias fuerzas en el mismo espacio, pero el ejercicio del poder público siempre quiso distinguirse de los poderes que le estaban subordinados. El orden y la paz necesitan inexorablemente una referencia territorial. El Estado moderno ha aumentado su territorialidad hasta cerrarla (soberanía), defendiéndola de toda acción extraña, sometiendo el territorio y a sus habitantes a un ordenamiento jurídico y a una Administración uniforme. Por eso, la posición territorial, su alcance y clase, así como la relación con los vecinos, ha supuesto un elemento decisivo de la individualidad histórica de una comunidad, su destino y sus posibilidades. La historia forma la individualidad de una comunidad a través del peso de la tradición, sus corrientes intelectuales y la imagen que exponen a otros pueblos y países.

### IV. EL ESTADO Y LAS FUERZAS SOCIALES

#### 1. Soberanía

La comunidad política reclama competencias de ordenación y desarrollo sobre el resto de grupos y fuerzas. En este sentido, se ha de recordar que hubo tiempos, como en la Baja Edad Media, de múltiples divisiones del poder público y debilidad de la dirección central. Asimismo, desde la Antigüedad hasta bien entrada la Modernidad, el dualismo entre Estado e Iglesia planteaba problemas específicos, aunque no pusiese en cuestión la lógica global del régimen. Es a partir del tardío medievo cuando emerge la idea de un poder único y superior, la *suprema potestas*. En el siglo XVI (Jean Bodin) se postula el concepto de soberanía para designar a esa capacidad superior de mando que reside en el Príncipe y que abarca a todos los procesos y

fenómenos que ocurren en el territorio del Estado, salvo aquellos determinados por la ley natural. Y también en las relaciones exteriores se impone la idea de un Estado soberano.

El Estado democrático contemporáneo afronta de nuevo el surgimiento de fuerzas particulares –partidos, grupos de interés, asociaciones– que estructuran un orden (plural), necesitado de un pacto entre las fuerzas existentes. Igualmente se relaja la preeminencia estatal en la esfera internacional. En definitiva, aunque el Estado conserva la responsabilidad sobre la procura existencial, que sigue siendo su aspiración fundamental, sin embargo, su posición central se debilita en muchos aspectos.

## 2. Estado y Sociedad

La comunidad política resulta de un trabajo colectivo coordinado, pero a la vez reconoce una esfera de actividad social y de grupos, que es autónoma de la dirección institucionalizada y de la administración. Inicialmente estas construcciones se concibieron dentro de la sociedad burguesa; en el mundo anglosajón se usa el concepto amplio de *civil society*, que también cumple, frente al *government*, una determinada función (*trust*).

En Alemania, en cambio, al comienzo del siglo XVIII, se estableció un contraste entre Sociedad y Estado. Primero en la idea de un ámbito jurídicamente ordenado, que aseguraba la forma de vida burguesa frente al Estado, ámbito que servía para realizar la libertad moral del ser humano (Hegel). Luego, bajo la influencia del liberalismo, se concibió una esfera para la burguesía apolítica, que garantizaba la libertad frente a la acción estatal de corte militar y burocrático.

En la teoría socialista, la oposición Estado-Sociedad se lleva a un punto superior mediante la sociedad socialista que ha de trascender al poder estatal. Pero la idea de una sociedad autónoma y sin Estado, fue la expresión de las tensiones políticas de una época que desapareció con la sociedad industrial (Horst Ehmke), en la cual los grupos sociales son fuerzas que participan en el Estado (Joseph H. Kaiser). Mantener la distinción entre Sociedad y Estado carece hoy de justificación si se quiere referir a la separación de dos ámbitos sociales que oponen libertad y coacción, autonomía y soberanía; la distinción es oportuna solo como expresión sumaria de la existencia de dos esferas de la comunidad: de un lado el espacio más estrecho de las instituciones de dirección y administración, y de otro el círculo más amplio de los grupos y entidades. Pero este último ámbito está relacionado con el conjunto y forma parte del proceso político, y de la dirección y construcción de la voluntad ge-

neral. En esta función se integra el espacio de lo público, donde encuentran su lugar la opinión pública y los partidos.

### 3. Partido, asociaciones y naciones

Las distintas formas de Estado configuran a las entidades de la vida social y, al revés, reciben influencias de esta. Así, por ejemplo, la división de los principados medievales y la debilidad de su dirección se correspondían con la multiplicidad de autoridades locales y regionales. En cambio, la monarquía absoluta (y el actual Estado de partido único) no permitía elementos autónomos y pretendía controlar y dirigir todos los estratos sociales. Por el contrario, el Estado democrático de hoy responde a una sociedad de grupos, en el que las fuerzas intermedias tienen un espacio de desarrollo y una participación relevante en la actividad política y social. Es un tipo de Estado que, como es propio en toda democracia, permite una confrontación sobre los objetivos políticos de conjunto y favorece un cierto equilibrio político. De este modo los grupos sociales son una parte esencial del proceso político, especialmente en la preparación de las decisiones que ha de tomar la dirección del Estado institucionalizada. Entre ellos destacan los partidos políticos que, con o sin reconocimiento constitucional, participan igualmente en la formación de la voluntad estatal al tiempo que pugnan por hacerse con el control de la dirección del Estado. A ellos se debe el dinamismo y la articulación de la actual democracia. Junto a los partidos, las numerosas asociaciones de intereses, que ganan influencia e integran los intereses particulares en la dirección unitaria de conjunto, son una muestra de la orientación mayoritariamente económica y social de la política en el moderno Estado industrial, pero también manifiestan la necesidad de complementar con grupos fuera del parlamento, la representación del pueblo a través de los partidos. Al mismo tiempo estos grupos, organizados por razones funcionales antes que territoriales, le dan movilidad a la sociedad. En cambio, en el sistema de partido único, este opera como un instrumento de dirección que a menudo supone un doble control junto a la burocracia.

A diferencia de los antiguos tipos de Estado, que ordenaban jurídicamente a su población en rígidos estratos (estamentos, gremios, vínculos señoriales), la mayoría de los Estados modernos se funda sobre una sociedad de corte igualitario. El acceso a la formación y el progreso social no son únicamente aspiraciones del sistema socialista, sino que forman también parte de la realidad de la sociedad industrial, que supera el conflicto de clase a través del bienestar y la procura existencial. Pero en la democracia también encuentra su lugar la formación de una élite social y política

llamada a dirigir el país, mientras tal élite cumpla una función y no incurra en el exceso de invocar derechos adquiridos o en un enclaustramiento en torno sí misma. En el sistema de partido único, esta función la asumen los funcionarios que ocupan la cúspide del partido.

En la actualidad, las unidades nacionales y lingüísticas cobran un importante significado. La construcción de las naciones europeas fue durante la modernidad más una consecuencia que una condición de la unidad política, y solo con la Revolución Francesa se elevó la unidad cultural-lingüística a la categoría de Estado-nación, convirtiéndose el nacionalismo en la fuerza dominante, también en la vida internacional. Mientras que en occidente se bate en retirada la idea de comunidades de tipo regional como origen de un Estado, cobra, sin embargo, actualidad en Asia y África. La cohesión nacional se muestra como un medio de vinculación de la unidad estatal y permite superar las fronteras; en cualquier caso todavía hoy es un elemento fundamental de la formación del Estado.

#### 4. Estado y Economía

En el dinamismo de la sociedad de nuestro tiempo, elevar la productividad económica es uno de los objetivos más importantes del Estado. En gran medida, todos los tipos de Estado asumen la dirección estatal de la economía, sea a través de la planificación y la propiedad estatal de los medios de producción como ocurre en los modelos socialistas, sea a través de instrumentos indirectos como sucede en los sistemas democráticos (impuestos, subvenciones, créditos). Aquí entran en juego tanto la ideología (socialista o de mercado) como elementos pragmáticos de la política estatal. Ni siquiera en el sistema liberal, que reclama la limitación de la intervención estatal, hay un espacio reservado a la economía, sino que queda vinculada a las condiciones jurídicas del orden político (propiedad, regulación de las profesiones, moneda).

En la actualidad se espera productividad y que quede garantizada en cualquier coyuntura. De este modo, el individuo depende cada vez más y de manera más profunda de los vínculos colectivos, lo que amplía la capacidad del poder para determinar la vida individual, incluso en aquellas decisiones propias de las fuerzas sociales como son el salario o el precio de los bienes. El Estado moderno de la sociedad industrial se refleja cada vez más en este tipo de Estado social que posee una economía mixta entre la libertad y la dirección estatal, ampliando su protección frente a los riesgos sociales y garantizando un reparto igualitario de los ingresos. Por otro lado, la introducción de elementos competitivos en la economía

socialista de producción abre paso a un acercamiento entre las formas occidentales y socialistas.

## V. ESTADO Y DERECHO

### 1. Derecho y Justicia

La tarea esencial de la comunidad política, que no es otra sino ordenar la vida social, está en relación fundamental con la naturaleza del Derecho, que también es una estructura necesaria de la vida en comunidad, pues garantiza un modelo racional y organizado. En el Estado encontramos el momento de concertación colectiva a partir del cual se da el momento de la reunión humana que genera una unidad efectiva de acción, capaz de imponer una forma determinada a la sociedad. En cambio, el Derecho pone delante de nosotros la imagen prefigurada de la acción jurídica, que vincula tanto al individuo como a la comunidad; es un juicio sobre la acción humana, que puede tener como consecuencia la sanción de la comunidad; fija parámetros y límites a los comportamientos sociales.

El carácter vinculante de las normas jurídicas surge de la eticidad del Derecho, aunque Moral y Derecho no son lo mismo. Los principios morales afectan a un campo más amplio de la acción humana y nos remiten a la Justicia, esto es, a valores fundamentales. El Derecho está ligado estrechamente al ámbito social, y también vincula al ser humano de forma interna, sin referencia a una fuerza heterónoma. El Derecho gana fuerza normativa en su aspiración de realizar el contenido ético de la Justicia, de manera que necesariamente remite a los fundamentos de una cosmovisión ética. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, en su pretensión de determinar la vida social, no es tan solo un orden ideal. En verdad, la efectividad del Derecho se compone de una relación dialéctica entre el ser y el deber ser. La razón de esa efectividad reside en sus elementos éticos, en su búsqueda de la Justicia, pero a la efectividad también pertenece la aceptación fáctica del Derecho por parte de la comunidad. Y esto ocurre cuando se produce una mayoritaria aceptación del Derecho; entonces, el Derecho es asumido, esto es, sus valores se realizan. El Derecho encuentra su realización en este proceso de formación de una concreta comunidad histórica, asegurada a través de decisiones racionales e instituciones sociales.

### 2. Formación y desarrollo del Derecho

El ordenamiento jurídico funda sus principios morales en una determinada tradición de valores reconocidos por todos. Sus principios deben formarse a través

de una aplicación racional en una determinada comunidad histórica. Antiguamente, y todavía hoy en el Derecho internacional, esa formación se realizaba en el derecho consuetudinario y la aplicación judicial. Entretanto, el Estado ha hecho suya la tarea a través de la legislación.

La norma encuentra su fundamento en una fuente (la costumbre o la ley). No obstante, el Derecho está condicionado históricamente, de manera que sus transformaciones ocurren bien por un cambio en las perspectivas éticas o en las condiciones sociales. La función permanente de renovar el Derecho es labor principal del legislador, pero también puede ser fruto de la jurisprudencia o de la creación intelectual de la doctrina.

### 3. Derecho y poder

El vínculo entre el Derecho y la realidad social marca el problema de la relación entre poder del Estado y Derecho. La cuestión resultaba obvia cuando el Derecho era la voluntad del Estado. Pero hoy su elemento fáctico necesita permanentemente el consenso de toda la comunidad, en cuya fibra moral hallamos fundamentos que no remiten al Estado. En cualquier caso es evidente que Derecho y poder están en relación recíproca. La ley no solo transmite una determinada comprensión jurídica, sino que a la vez es instrumento renovador de la política. Cuanto más concreto es su contenido, sirviendo la legislación como medio de dirección económica y como resultado de la integración de intereses plurales, más clara es la naturaleza política del acto estatal (pensemos en la ley-medida). Por el contrario, el poder sin Derecho carece de valor. El Estado, incluso en un régimen fundado sobre la violencia, se somete a ciertas reglas, de manera que con el Derecho, incluso si lo fáctico no crea Derecho, gana peso haciendo suyo la forma jurídica de la comunidad. También ahí se muestra el elemento social del Derecho, pues el orden de sus principios genera el contenido político del Estado.

La garantía del Derecho no reside, como pensaban los positivistas, en la fuerza, sino en la reacción social de la comunidad, que puede incluso generar un radical rechazo crítico de la norma. Por eso en estos tiempos el Estado tiende a una progresiva vinculación con las formas jurídicas, lo que conlleva una moderación del poder y la garantía de los derechos individuales y los valores fundamentales.

La revolución, el derecho de resistencia y los estados de excepción señalan las zonas de frontera entre el Derecho y el poder. La verdadera revolución se da allí donde se produce una ruptura en la que se esfuman los fundamentos morales del orden político y son sustituidos por nuevos valores. Si el Derecho abandona el marco

moral pierde su normatividad y la ley positiva es injusta; o si simplemente se opera al margen del Derecho, la desobediencia o la resistencia encuentran fundamento en el mayor rango de la obligación moral. Desde los tiempos de la dictadura romana, en términos jurídicos se ha aceptado que las situaciones de necesidad justifican separarse del Derecho ordinario para proteger los fundamentos del orden; no obstante, solo es legítimo para reponer lo existente, no para su cambio (autoritario).

#### 4. La construcción jurídica del Estado

La configuración jurídica de la creación humana que es el Estado, le impone al Derecho dos tareas: asegurar la continuidad suprapersonal pese al cambio de los dirigentes y la autonomía del conjunto frente a las partes. A la permanencia del conjunto frente al cambio de los dirigentes se ha llegado tras un largo desarrollo, en el que se separaron el Derecho y el patrimonio común, y también se distinguieron las actuaciones particulares de los titulares del poder, de aquellas que expresaban como órganos colectivos. Hoy, la figura de la personalidad jurídica del Estado sirve a este fin; no es más que una construcción instrumental, que no debe hacer olvidar que el proceso político carece de una voluntad con sustancia propia, pues representa la acción de personas que genera unidad integradora a través del trabajo en común.

La Constitución garantiza la cooperación de las instituciones, la protección del ciudadano mediante derechos fundamentales y fija los principios de la acción política. La Constitución es un marco de posibilidades que ahorra el futuro en términos formales y materiales, que encuentra en sí misma sus garantías y que establece las condiciones para su aplicación. Actualmente, frente a la teoría de la división de poderes de Charles de Montesquieu, entendida como medio para moderar la política, surge la teoría de los ámbitos funcionales: el legislador como mayor autoridad político-jurídica en la creación de normas; el Gobierno como parte esencial de la dirección del Estado; la Administración encargada bajo la ley del desarrollo de los fines estatales; y el Poder Judicial como garante de la aplicación y el respeto del derecho a través de la autoridad estatal.

#### **Resumen**

*Este trabajo se publicó por primera vez en el Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, editado por E. von Beckerath, Vol. 12, Stuttgart, Tübingen, Göttingen, 1965, pp. 653-664. En él se ofrece una panorámica general de la categoría Estado, que leída a la luz de nuestros días refleja un periodo en que la citada categoría cumplía un papel esencial en la comprensión del derecho público.*



**Palabras clave**

*Estado, derecho constitucional, teoría del estado, Sociedad, Economía.*

**Abstract**

*This paper was first published Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, editado por E. von Beckerath, Vol. 12, Stuttgart, Tübingen, Göttingen, 1965, pp. 653-664. It provides a general overview of the State's concept, that, under the light of our times, reflects a period in which the aforementioned category played an essential role in understanding public law.*

**Key words**

*State, constitutional law, State's theory, Society, Economy.*



# Jurisprudencia

---



# LA PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ALEMANIA: LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 2017 SOBRE EL NPD<sup>1</sup>

## Prohibition of Political Parties in Germany: The Constitutional Court Decision on NPD (2017)

MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad  
Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

### SUMARIO:

- I. La prohibición de partidos políticos en Alemania.
- II. Las demandas de prohibición del NPD.
- III. El parámetro de constitucionalidad.
- IV. Análisis de la constitucionalidad del NPD.
- V. Las consecuencias de la sentencia sobre el NPD.

## I. LA PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ALEMANIA

### 1. Fundamento

Los partidos políticos son una pieza imprescindible en los Estados democráticos y también lo es el principio de libertad que debe definir su posición y su régimen jurídico-constitucional: libertad para crear un partido, para decidir sus fines y su orientación ideológica, para acordar cómo organizarlo y qué líneas de actuación seguir. Esta libertad no es obviamente absoluta, porque debe compatibilizarse con otros principios y obligaciones que también definen el estatus constitucional de un partido, pero, sin duda, la limitación más relevante que puede sufrir dicha libertad se da en aquellos países europeos en los que es posible prohibir un partido político.

1 Publicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación "Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional" (DER2017-84733-R).

Uno de los países en los que es posible la prohibición de determinado tipo de partidos es Alemania. El art. 21 de la Ley Fundamental de aquel país, dedicado a los partidos políticos, establece en su apartado II que

"son inconstitucionales los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus seguidores, persigan menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania", y añade que "corresponde al Tribunal Constitucional declarar dicha inconstitucionalidad".

La prohibición de un partido que se considere contrario a la constitución constituye allí, por tanto, un límite a la libertad del partido reconocida en la propia Ley Fundamental<sup>2</sup>.

La razón de ser de esta previsión constitucional se explica con el concepto de la democracia militante,<sup>3</sup> una democracia, en palabras de Dieter Grimm, "dispuesta a y capaz de defenderse<sup>4</sup>" de las organizaciones cuyo fin sea terminar con el orden democrático. El razonamiento que explica esta idea es el siguiente: si la Ley Fundamental quiere establecer un orden democrático libre y asegurar la existencia del mismo no puede garantizar la libertad a aquellos que buscan precisamente eliminar los presupuestos de ese orden democrático libre; lo contrario supondría que la constitución no estaría garantizando realmente la existencia de dicho orden<sup>5</sup>. "No hay libertad para los enemigos de la libertad<sup>6</sup>" es la expresión en la que se recoge esta idea clave. Por lo tanto, la previsión del art. 21. II LF resulta la consecuencia lógica de institucionalizar un orden político libre y querer garantizar su existencia: la libertad no pueda usarse para abolir el orden de libertad y democracia<sup>7</sup>.

2 Pueden consultarse los análisis del art. 21 LF publicados en las diversas obras generales y de comentario a la constitución, entre ellas, por ejemplo: D. GRIMM, "Los partidos políticos", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001 (2.ª ed.), p. 389 y ss.; P. KUNIG, "Parteien", en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, C. F. Müller, Heidelberg, 2005 (3.ª ed.), p. 297 y ss.; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2015 (3.ª ed.), p. 346 y ss.; J. IPSEN, "Art. 21. Parteien", en M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2014 (7.ª ed.), p. 879 y ss.; y W. HENKE, "Artikel 21", en *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C. H. Beck, München.

3 Por todos, M. THIEL, "Die wehrhafte Demokratie «als verfassungsrechtliche» Grundentscheidung", en del mismo autor, *Wehrhafte Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 1 y ss.

4 D. GRIMM, "Los partidos políticos", *op. cit.*, p. 409.

5 M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 144.

6 BVerfGE 5, 85 (138 y ss.).

7 M. THIEL, "Das Verbot verfassungswidriger Parteien (Art. 21, Abs.2 GG)", en, del mismo autor, *Wehrhafte Demokratie*, *op. cit.*, p. 173 y ss.

La necesidad de garantizar de este modo el orden democrático no se ha dado de igual forma en todos los ordenamientos jurídicos y en ello tienen mucho que ver razones históricas. La doctrina alemana reconoce la influencia que ha ejercido en aquel país la experiencia del fracaso de la República de Weimar, aunque hay abierto cierto debate sobre si realmente existieron entonces mecanismos jurídicos que hubieran permitido defender el orden democrático o si no hubo posibilidad ninguna de defensa debido a la definición solo formal de su democracia<sup>8</sup>. En todo caso, a la hora de redactar el art. 21 LF los constituyentes tuvieron muy presente cuál había sido el final del régimen constitucional de Weimar y acordaron que la Ley Fundamental previese la prohibición de los partidos que fueran inconstitucionales por ser contrarios al orden democrático. Trataban así de impedir que un partido antidemocrático pudiera volver a llegar al poder por medios democráticos.

Aunque la doctrina alemana admite mayoritariamente esta argumentación, no ha dejado de alertar de los peligros que trae consigo una previsión como la del art. 21.II LF. Esta disposición, originariamente pensada para proteger la democracia, encierra al mismo tiempo ciertos riesgos para la propia democracia. De un lado, su uso puede llegar a producir una restricción en la libertad de los partidos y del orden democrático, que es exactamente lo que se pretende proteger,<sup>9</sup> y, de otro, hay que ser conscientes de que se trata de una herramienta que los propios partidos pueden tener la tentación de utilizar indebidamente para combatir a determinados oponentes políticos<sup>10</sup>. Por eso, para evitar estos peligros, se debe interpretar de forma restrictiva y estricta el supuesto de hecho que permite prohibir un partido, y, por eso también, el procedimiento para prohibir un partido se ha diseñado de una forma determinada y sobre todo se ha atribuido la competencia para tomar la última decisión al respecto en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal<sup>11</sup>.

8 Sobre ello F. STOLLBERG, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots*, Dunkler & Humboldt, Berlin, 1976, p. 14 y ss.

9 Entre otros, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993 (19.<sup>a</sup> ed.), p. 282, marginal 715; W. HENKE, "Artikel 21", *op. cit.*, marginal 346 y ss.

10 K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, *op. cit.*, marginal 715; también M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", en J. A. MONTILLA MARTOS, *La prohibición de partidos políticos*, Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 207 advirtiendo de otros efectos negativos que puede tener la prohibición de un partido.

11 M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 146.

## 2. El supuesto de hecho

El art. 21 LF recoge los elementos que conforman el supuesto de hecho que permite considerar a un partido político contrario a la constitución y, por ello, prohibirlo.

a) En primer lugar, el art. 21 LF establece que son dos los bienes jurídicos protegidos cuya garantía puede justificar la prohibición de un partido: el "orden fundamental democrático libre" y la "existencia de la República Federal de Alemania". El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de interpretar qué se entiende por el orden fundamental democrático libre y, como luego se verá, ha incluido en él los principales elementos que definen a un Estado de derecho democrático y que excluyen cualquier tipo de gobierno arbitrario o dictatorial. En cuanto a la existencia de la República Federal de Alemania, la doctrina entiende que con esta expresión se busca garantizar el mantenimiento del territorio descrito en el preámbulo de la Ley Fundamental y la división del mismo en estados diferenciados (los *Länder*)<sup>12</sup>.

b) La prohibición de un partido sólo es posible cuando éste persiga: o bien "menoscabar" o "eliminar" el orden fundamental democrático libre (con lo que se admiten distintos niveles de intensidad del daño que puede producirse en el orden democrático: menoscabarlo, en el sentido de que algunos de sus valores, o todos ellos, sean socavados, degradados o despreciados, o eliminarlo en el sentido de suprimirlo); o bien "poner en peligro" la existencia de la República Federal de Alemania<sup>13</sup>.

c) Según establece el art. 21. II LF los elementos que permiten enjuiciar si un partido es contrario a la constitución son "los fines del partido", que pueden conocerse a través de su programa o de otro tipo de documentos, y "la conducta de los seguidores", que serviría para constatar la realidad de dichos fines y la voluntad de alcanzarlos. En todo caso, no es suficiente con que un partido tenga una ideología contraria a los bienes jurídicos antes señalados, y con los propósitos también antes indicados, sino que es necesario que "persiga" (*darauf ausgehen*) con una actitud activa hacerla realidad para producir dichos daños<sup>14</sup>.

Aunque el art. 21 LF define con bastante claridad el supuesto de hecho, la determinación más precisa de los elementos que lo integran exige una interpretación restrictiva y estricta, como ya se ha apuntado, y, además, que sea conforme

12 Entre otros, P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginales 56 a 58; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginales 148, 149.

13 Por ejemplo, M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 153.

14 Entre otros, P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginales 50 a 54; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginales 150 a 152.



con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que la prohibición de un partido constituye una lesión en la libertad de asociación protegida por el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y este Tribunal ha establecido ciertos requisitos que todos los Estados firmantes del Convenio deben respetar<sup>15</sup>.

### 3. El procedimiento de prohibición

Al atribuir al Tribunal Constitucional Federal el monopolio sobre la decisión, según lo establecido en art. 21. II LF, ésta se sustrae a los órganos del Estado en los que están presentes los propios partidos. La interposición de la demanda instando la prohibición de un partido pueden presentarla el Gobierno Federal, el *Bundesrat* o el *Bundestag*, y es una decisión libre que depende de la valoración, incluso política, que haga el órgano demandante. Lo relevante es que la decisión final la toma el Tribunal Constitucional de acuerdo con las normas y principios que guían todas las actuaciones de este órgano, es decir, con criterios jurídicos y mediante una argumentación jurídica. Como es propio de la jurisdicción constitucional, el partido tiene la oportunidad de participar y defender su posición. El Tribunal, por su parte, primero tendrá que decidir sobre la admisión de la demanda y, una vez admitida, sobre la constitucionalidad del partido, y en ambos casos la decisión será tomada por una mayoría reforzada de dos tercios de la sala competente<sup>16</sup>.

La doctrina alemana ha discutido ampliamente sobre las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad. El debate se ha centrado sobre todo en dos aspectos. Por un lado, en determinar cuáles son las consecuencias que debe tener la declaración de inconstitucionalidad y la prohibición, que en parte están fijadas en la ley y en parte las decide el Tribunal. Entre ellas se incluyen la pérdida del estatus de partido, la pérdida de los derechos de los que disfrutaban los militantes, la disolución

15 Por todos, M. IGLESIAS BÁREZ, "La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en I. GUTIERREZ, *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 120 y ss.; L. LÓPEZ GUERRA, "Prohibición de partidos políticos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en M. CARBONELL/H. FIZ-FIERRO/L. R. GONZÁLEZ PÉREZ/D. VALADÉS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 2, UNAM, México, 2015, p. 106 y ss.

16 P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginal 46; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 157 y 160; M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 111.

del partido, la incautación de su patrimonio, la pérdida del mandato de sus parlamentarios y la prohibición de crear una organización equivalente. Por otro lado, la doctrina ha discutido sobre los efectos que puede tener el hecho de que un partido sea contrario a la constitución pero no haya sido declarado inconstitucional. Respecto a esto, hasta la decisión del Tribunal Constitucional de 2017 sobre el NPD, existía acuerdo en que mientras no hubiera una declaración de inconstitucionalidad, ningún partido podía sufrir consecuencias negativas ni ningún tipo de merma en sus derechos aunque se cuestionase su compatibilidad con la constitución<sup>17</sup>.

#### 4. Los primeros procesos de prohibición de partidos

Tratándose de un mecanismo excepcional no es extraño que en los prácticamente setenta años de vigencia de la Ley Fundamental las demandas presentadas ante el Tribunal Constitucional Federal para que declarase la inconstitucionalidad y prohibiese determinados partidos han sido contadas.

Las dos primeras se presentaron y resolvieron en los años cincuenta del pasado siglo XX, en un contexto político y social muy determinado. Recordemos que, por un lado, la República Federal de Alemania se fundó sólo en el territorio alemán ocupado tras la guerra por los aliados occidentales, quedando fuera la zona ocupada por la Unión Soviética, y que se convirtió en pocos años en uno de los puntos estratégicos de la Guerra Fría; y, por otro, que el nuevo orden constitucional se construyó con el objetivo de impedir que volviese a suceder lo que había ocurrido al final de la República de Weimar. Los nacionalsocialistas habían sido los enemigos de la democracia en su historia más reciente, y los comunistas se habían convertido en los nuevos enemigos de ésta en el orden mundial de la Guerra Fría. Por eso, como recuerda el prof. Stolleis, "en la situación del momento parecía de importancia existencial reforzar a la joven y débil República en igual medida contra la derecha y la izquierda"<sup>18</sup>. Esta es la razón por la que en 1951 el Gobierno Federal presentó una demanda de prohibición contra el KPD (el Partido Comunista de Alemania) y contra el SRP (el Partido Socialista del *Reich*), un pequeño partido radical de derechas formado entonces por antiguos nacionalsocialistas. Ambas demandas deben

17 K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1987, p. 406 y ss.; P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginal 71; D. GRIMM, "Los partidos políticos", *op. cit.*, p. 410; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 157-158; M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 111.

18 M. STOLLEIS, "Justicia política en Alemania occidental tras 1945", en I. GUTIERREZ, *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 19 y ss.

entenderse, como señala el prof. Morlok, "como el intento de la República Federal de Alemania de separarse de dos modelos totalitarios, el nacionalsocialismo y el socialismo según el modelo de la República Democrática Alemana<sup>19</sup>".

El Tribunal Constitucional resolvió primero la demanda relativa al SRP<sup>20</sup> con una sentencia de 23 de octubre de 1952, no excesivamente larga, en la que estableció los elementos básicos de su interpretación del art. 21. II LF. Tras un examen detallado del programa del partido, las actuaciones del mismo y numerosa documentación sobre su organización y fines, el Tribunal consideró que era inconstitucional: por ser contrario a los derechos fundamentales, especialmente a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad ante la ley (por su antisemitismo); por pretender expulsar de la vida política a todos los demás partidos y combatir el principio democrático esencial del pluripartidismo; por tener una organización interna no democrática que respondía a un principio autoritario; y por considerarse el sucesor del partido nacionalsocialista del III Reich, el NSDAP<sup>21</sup>. La sentencia tuvo un importante valor simbólico de ruptura de la nueva república con el anterior régimen nacionalsocialista.

En el caso del KPD la cuestión era más complicada, por eso la decisión del Tribunal Constitucional tardó más llegar y se materializó en una extensísima sentencia de 17 de agosto de 1956<sup>22</sup>. En ella el Tribunal recogió los elementos básicos establecidos en la sentencia del SRP y los completó. Tras analizar profusamente la ideología marxista-leninista, la teoría de la revolución del proletariado y de la dictadura del proletariado, toda la documentación relativa al KPD y a sus actividades, y su relación con la Unión Soviética en el contexto de la Guerra Fría y la división de Alemania, concluyó que los fines de un partido que persigue la dictadura del proletariado, el asalto revolucionario al poder y el derecho de resistencia no son compatibles con la Ley Fundamental, que constitucionaliza el modelo occidental de democracia parlamentaria<sup>23</sup>. Esta segunda sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de un partido también tuvo entonces un importante valor simbólico de afirmación frente al modelo de la democracia socialista de la República Democrática Alemana<sup>24</sup>.

19 M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 215.

20 BVerfGE 2, 1 (1 a 79).

21 BVerfGE 2, 1 (68 a 71).

22 BVerfGE 5, 85 (85 a 393).

23 BVerfGE 5, 85 (380 a 390).

24 En ese momento el KPD había perdido mucho apoyo popular: en las elecciones de 1953 obtuvo solo el 2% de los votos (en las primeras elecciones al *Bundestag* habían logrado un 5,7 %). Tras su prohibición continuó su actividad clandestinamente. Posteriormente, en 1968, se fundó el DKP

Con estos dos casos el Tribunal Constitucional sentó una jurisprudencia fundamental en materia de partidos, no sólo respecto a la prohibición de éstos, sino también a su posición jurídico-constitucional<sup>25</sup>.

El carácter excepcional del mecanismo de la prohibición de partidos ha quedado demostrado con el hecho de que desde la sentencia del KPD el Tribunal Constitucional no ha vuelto a juzgar la constitucionalidad de un partido hasta enero de 2017, cuando emitió su decisión sobre el NPD (el partido nacional democrático de Alemania)<sup>26</sup>. Entre ambas, sin embargo, sí ha habido tres procesos en los que, por diferentes motivos, el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre la constitucionalidad de los partidos demandados. En septiembre de 1993, con días de diferencia, se presentaron dos demandas de inconstitucionalidad contra dos pequeños grupos de extrema derecha: la primera, del parlamento de Hamburgo contra el NL (la Lista Nacional) y, la segunda, del Gobierno Federal y el *Bundesrat* contra el FAP (el partido liberal alemán de los trabajadores); ambas fueron resueltas por el Tribunal Constitucional sin entrar al fondo de la cuestión ya que el Tribunal entendió que no se podía considerar que ninguna de estas dos organizaciones fuesen partidos políticos y, por tanto, no cabía aplicarles el art. 21.2 LF. En 2001 se presentaron tres demandas de inconstitucionalidad contra el NPD, por parte del Gobierno Federal, del *Bundestag* y del *Bundesrat*, pero por obstáculos procesales no hubo decisión sobre el fondo de la demanda. A esta sentencia, y sobre todo al análisis de la decisión posterior de 2017, están dedicadas las páginas que siguen.

## II. LAS DEMANDAS DE PROHIBICIÓN DEL NPD

Las dos demandas de inconstitucionalidad del NPD se presentaron a principios del siglo XXI, es decir, en un contexto político muy diferente al de las demandas

(el partido comunista alemán), que seguía siendo en parte el antiguo KPD aunque con una nueva generación de militantes. A finales de los años sesenta, sin embargo, la situación política era diferente y no se decidió volver a presentar una demanda de inconstitucionalidad. Véase, con más detalle, M. STOLLEIS, "Justicia política en Alemania occidental tras 1945", *cit.*, p. 27.

25 Hay que recordar que la ley de partidos no se aprueba en Alemania hasta 1967, porque los partidos no se ponían de acuerdo en materia de financiación, y las primeras sentencias del Tribunal Constitucional sobre inconstitucionalidad de partidos sientan también la interpretación que había que dar, con carácter general, al régimen jurídico-constitucional de los partidos. Así lo recuerdan D. IÑIGUEZ y S. FRIEDEL, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 122, 2002, p. 30 a 40.

26 BVerfGE 91, 262 y BVerfGE 91, 276 respectivamente.

contra el SRP y el KPD, en el que la República Federal Alemana es ya un estado democrático consolidado que no necesita autoafirmarse y con una situación internacional muy diferente a la de los años cincuenta del pasado siglo.

Las tres demandas de inconstitucionalidad presentadas en 2001 contra el NPD fueron la reacción a un notable incremento de actuaciones violentas de grupos de extrema derecha que parecían tener un móvil xenófobo, como el atentado de 27 de julio contra un grupo de inmigrantes judíos. En respuesta a esta situación, todos los partidos, excepto el FDP, estuvieron de acuerdo en presentar una demanda de inconstitucionalidad contra el NPD porque, aunque no era el único partido de extrema derecha y tenía un apoyo muy reducido (el 0,3% de los votos en las elecciones federales de 1998 y 0,4% en las de 2002), era el que tenía una identificación más clara con los partidos nacionalsocialistas anteriores<sup>27</sup>.

El Tribunal, sin embargo, no llegó a pronunciarse sobre la constitucionalidad del NPD. En su decisión de 18 de marzo de 2003 explicó que tres de los siete magistrados de la sala competente entendían que existían defectos de procedimiento que impedían que el proceso siguiera adelante: parte importante del material probatorio había sido proporcionado por confidentes de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución<sup>28</sup> infiltrados en el partido, algunos de los cuales habían ocupado cargo relevantes en el mismo<sup>29</sup>.

Esta demanda contra el NPD abrió un amplio debate político y jurídico en el que se discutió no sólo sobre la necesidad y, o la oportunidad, de prohibir este partido, sino también sobre la función y los límites de la Oficina Federal para la protección de la Constitución, a lo que contribuyó el hecho de que el Tribunal Constitucional finalmente no valorase la compatibilidad del NPD con la Constitución por el motivo antes señalado.

En 2012 el *Bundesrat* volvió a presentar una demanda de inconstitucionalidad contra el NPD, tras la conmoción en la opinión pública que supuso el conocimiento de las actividades del NSU (Clandestinidad Nacionalsocialista), una organización terrorista clandestina de extrema derecha activa desde 1998 pero que no fue descubierta hasta noviembre de 2011. A esta organización se le atribuyeron diversos

27 Sobre este caso, P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginales 64 a 70. También véase D. IÑIGUEZ y S. FRIEDEL, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 30 y ss.

28 La Oficina Federal para la Protección de la Constitución es una institución de inteligencia cuya tarea es proteger el régimen establecido por la constitución alemana y para ello, entre otras cosas, se ocupa de vigilar a los partidos políticos que pueden resultar contrarios a ella.

29 BVerfGE 107, 339 (339 a 395).

asesinatos de extranjeros y policías, así como cierta conexión con algún integrante del NPD.

El Tribunal Constitucional respondió a esta demanda con una extensa sentencia emitida cinco años más tarde, el 17 de enero de 2017<sup>30</sup>. En ella analizó, en primer lugar, si existían o no en este caso, de nuevo, obstáculos procesales que impidieran entrar a enjuiciar el fondo de la cuestión, como sucedió en la demanda anterior. Para ello recordó que, tal y como había expuesto en la primera sentencia sobre el NPD, el principio de libertad frente al Estado de los partidos políticos y las exigencias de un juicio justo son irrenunciables en el procedimiento en que se juzga la constitucionalidad de un partido, y ello supone que durante el curso del mismo no puede haber agentes encubiertos trabajando dentro del partido que se cuestiona, la demanda de inconstitucionalidad no puede deberse en parte a la acción de dichos agentes, y la vigilancia del partido no permite que se espíe su estrategia de defensa ni que se utilice información sobre ella en el proceso. En este caso, a diferencia del anterior, el Tribunal no consideró que se hubieran producido esos hechos ni que, por tanto, existieran obstáculos procesales insalvables para pronunciarse sobre el fondo de la demanda<sup>31</sup>.

Así pues, esta vez el Tribunal pudo entrar a valorar el fondo de la cuestión y enjuiciar si el NPD era contrario a la constitución. Apoyándose en la jurisprudencia sentada en los casos anteriores de prohibición de partidos, el Tribunal Constitucional concluyó que el NPD efectivamente procuraba, por sus fines y la conducta de sus seguidores, la destrucción del orden fundamental democrático libre; buscaba reemplazar el orden constitucional existente por un Estado-nación vinculado a una comunidad definida étnicamente, lo cual es contrario a la dignidad de todos los seres humanos y al principio democrático de la Ley Fundamental; y trabajaba de forma planificada y adecuada para conseguirlo. Sin embargo, añadió el Tribunal que no había "indicios concretos de peso suficiente" de que fuera al menos posible que las acciones del partido pudieran tener éxito y que, por ello, no cabía declararlo inconstitucional. Esta sentencia introdujo un elemento nuevo, el de la potencialidad para alcanzar los objetivos, que no aparecía en las sentencias anteriores, y en el que se ha

30 BVerfGE 144, 20 (20 a 367). Para este trabajo se ha utilizado el texto de la sentencia accesible en la página web del Tribunal Constitucional Federal alemán, no el texto publicado en los volúmenes en los que se recopilan las sentencias, por eso en las citas que se hagan aquí de la misma se hará referencia entre paréntesis, no a la página de la recopilación oficial, sino al número marginal del párrafo que corresponda.

31 BVerfGE 144, 20 (marginal 397 a 509), con referencias a BVerfGE 107, 339 (369 y ss.) en la que había sentado estos principios.

interpretado que el Tribunal Alemán ha tenido en cuenta las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas de las cuales eran, a principios del siglo XXI, más rigurosas que las establecidas en la jurisprudencia constitucional alemana, sentada casi cincuenta años antes.

A continuación se analizará el parámetro de constitucionalidad utilizado por el Tribunal en este caso, así como la aplicación al NPD de dicho parámetro que condujo a dicho fallo.

### III. EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

En el apartado de los fundamentos jurídicos de la sentencia los elementos más relevantes son dos: la determinación de los elementos que constituyen el supuesto de hecho del art. 21. 2 LF y que permiten prohibir un partido político, y la conformidad de dicha interpretación con la jurisprudencia del TEDH.

Antes de analizarlos, no obstante, el Tribunal hace unas reflexiones generales sobre la prohibición de partidos, algunas ya recogidas en las sentencias anteriores, de las que cabe destacar las siguientes:

a) A diferencia de la Constitución de Weimar, que solo mencionaba tangencialmente a los partidos, el art. 21 LF les reconoce por primera vez un específico estatuto jurídico-constitucional, les atribuye una posición especial, les eleva al rango de instituciones constitucionales y les caracteriza como factores necesarios de la vida constitucional. En la amplia constitucionalización de los partidos que lleva a cabo la Ley Fundamental se incluye también la posibilidad de prohibirlos, como forma de establecer "los presupuestos estructurales que impidan que se pueda repetir la catástrofe del nacionalsocialismo y una evolución de los partidos como la que se produjo en la fase final de la República de Weimar"<sup>32</sup>. El art. 21.2 LF está por tanto dirigido a evitar la existencia de un partido cuya razón de ser sea contraria a la constitución: un partido de ese tipo no puede tener la posibilidad de utilizar la libertad para luchar contra el orden fundamental democrático libre<sup>33</sup>.

b) Esta idea de proteger la libertad limitando la libertad no se opone a la decisión constitucional de establecer un orden democrático en el que la voluntad de los órganos del Estado se apoye en un proceso libre de formación de la opinión y de la voluntad de los ciudadanos. Precisamente a garantizar ese orden sirve el art. 21.2 LF que debe entenderse como un compromiso entre el principio de tolerancia

32 BVerfGE 107, 339 (362).

33 BVerfGE 144, 20 (marginal 514).

a todo tipo de ideologías políticas y el reconocimiento de que existen ciertos valores fundamentales del orden estatal que son inviolables, así como la opción constitucional de establecer, frente a una experiencia histórica concreta, una "democracia militante"<sup>34</sup>.

c) El art. 21.2 LF no tiene un carácter transitorio, es decir, no es una disposición que solo pretendiese asegurar el tránsito del régimen nacionalsocialista a un orden democrático libre y que, por tanto, haya perdido ya su razón de ser en el contexto de una democracia consolidada. La finalidad del art. 21.2 LF no se limitaba a la etapa de establecimiento del orden democrático, porque asegurar la estabilidad de las estructuras democráticas es una tarea constante. Con independencia de si, en las actuales condiciones democráticas, recurrir a la prohibición de un partido es o no preferible a combatir las posiciones antidemocráticas a través del debate político, el cambio en las condiciones sociales y políticas desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental no supone en ningún caso que el art. 21.2 ya no resulte aplicable. La no aplicación de una norma durante largo tiempo no supone que esta pierda su vigencia<sup>35</sup>.

d) El Tribunal destaca el carácter excepcional del art. 21.2 LF, ya que la prohibición de un partido supone una limitación grave a la libertad de los partidos que solo en condiciones especiales puede estar justificada. Por eso esta disposición exige una interpretación restrictiva del supuesto de hecho y que tenga en cuenta su carácter de excepción frente a la regla de la libertad<sup>36</sup>.

## 1. El supuesto de hecho

En la demanda contra el NPD se argumenta que este partido es contrario al orden fundamental democrático libre, que persigue menoscabar o eliminar, como demuestran los fines del partido y la conducta de sus seguidores, es decir, que cumple las condiciones materiales de uno de los supuestos definidos en el art. 21.2 LF. Son los elementos de ese supuesto de hecho los que analiza pormenorizadamente el Tribunal Constitucional.

### 1.1. El orden fundamental democrático libre

El concepto de orden fundamental democrático libre había sido abordado ya en las anteriores sentencias del Tribunal Constitucional. En la sentencia sobre el SRP el

34 BVerfGE 144, 20 (marginal 516), citando la BVerfGE 5, 85 (139).

35 BVerfGE 144, 20 (marginal 519 y 520).

36 BVerfGE 144, 20 (marginal 524).



Tribunal estableció que sólo podía prohibirse aquel partido que rechazase los principios superiores de la democracia liberal,<sup>37</sup> que son los principios que conforman el orden fundamental democrático libre, un orden vinculado a unos determinados valores<sup>38</sup>. Entonces señaló que el orden fundamental democrático libre se refiere a aquellos principios que

"excluyendo cualquier tipo de gobierno arbitrario o dictatorial, garantizan el orden político propio de un Estado de derecho fundamentado en la autodeterminación del pueblo conforme a la voluntad de la correspondiente mayoría, la libertad y la igualdad<sup>39</sup>".

Entre los principios básicos de este orden mencionaba entonces el Tribunal: el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental, especialmente el derecho de cada persona a la vida y al libre desarrollo de su personalidad, la soberanía popular, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la vinculación a la ley de la administración, la independencia del poder judicial, el principio del pluripartidismo, y la igualdad de oportunidades de todos los partidos políticos junto con el derecho a concurrir al desarrollo constitucional y a ejercer como oposición<sup>40</sup>. A estos elementos el Tribunal añadió, en la sentencia sobre el KPD, la libertad de asociación, el parlamentarismo que surge del principio del pluripartidismo, la exigencia de elecciones libres periódicas y el reconocimiento de los derechos fundamentales a la cabeza de los cuales se sitúa el valor superior e inviolable de la dignidad humana<sup>41</sup>. En sentencias posteriores el Tribunal incluyó también otros elementos como la libertad de expresión, la libre formación de la opinión pública, la libertad ideológica y religiosa, y la neutralidad ideológica y religiosa del Estado<sup>42</sup>.

La doctrina ha sido crítica con esta enumeración de lo que debe entenderse por el orden fundamental democrático libre, por no ser sistemática, ser incompleta, indeterminada, susceptible de ser manipulada e incluso por ser arbitraria<sup>43</sup>. Por eso

37 BVerfGE 2, 1, (14).

38 BVerfGE 2, 1 (12).

39 BVerfGE 2, 1 (12-13).

40 BVerfGE 2, 1 (13).

41 BVerfGE 5, 85 (199, 230, 236 y 204).

42 Las referencias en BVerfGE 144, 20 (marginal 533).

43 La doctrina había criticado la "insuficiencia teórica" de la misma y que se trataba de una enumeración sin orden de elementos concretos, que, además, era incompleta. Así, "el principio del Estado de derecho solo se recoge de forma claramente limitada, porque no se incluyen de forma suficiente todos los elementos imprescindibles que lo definen. Una concreción racional pondría en primer plano

el Tribunal responde en esta sentencia a esas críticas afirmando que no tienen en cuenta la distinción que debe hacerse entre los elementos esenciales del orden fundamental democrático libre y aquellos otros elementos que derivan de estos y que dependen de cada caso concreto<sup>44</sup>. El Tribunal se preocupa por aclarar que el concepto de orden fundamental democrático libre utilizado en el art. 21.2. LF incluye sólo aquellos principios fundamentales centrales que son absolutamente imprescindibles para un Estado constitucional liberal: la dignidad humana, el principio democrático y el principio del Estado de derecho.

a) El orden fundamental democrático libre tiene su punto de partida en la dignidad del hombre (art. 1.1 LF) valor superior de carácter inviolable. Según el Tribunal, la garantía de la dignidad humana incluye, en primer lugar, la individualidad, identidad e integridad personales, porque a ella subyace una imagen del hombre concebido como persona, que se autodetermina en libertad y puede decidir su destino bajo su propia responsabilidad. Por eso la dignidad humana sólo permanece intacta cuando se considera a los hombres como fundamentalmente libres, pero no cuando se les considera como parte de un colectivo y sometidos a una autoridad superior; la subordinación incondicional de los individuos a un colectivo, una ideología o una religión supone un menosprecio de su cualidad de personas individuales y libres, y representa una violación de la dignidad humana que atenta contra el orden fundamental democrático libre<sup>45</sup>. Añade el Tribunal que, en segundo lugar, la garantía de la dignidad incluye la igualdad jurídica básica: todos los hombres, con independencia de su origen, raza, sexo u otra cualidad, son igualmente personas. Es contrario a la dignidad humana el establecimiento de estatutos jurídicos devaluados para determinados colectivos o los tratos discriminatorios humillantes; por eso las ideologías con componentes antisemitas o discriminatorios por razón de la raza son contrarias a la dignidad humana y atentan contra el orden fundamental democrático libre<sup>46</sup>.

la trascendencia funcional de mantener los principios democráticos fundamentales relativos a los procedimientos. Además son también esenciales: los procesos de formación de la opinión individual y de la voluntad popular en libertad (arts. 5, 8, 9, y 21. I LF); el principio mayoritario y la institucionalización de la participación democrática en conexión con el principio del Estado de derecho para garantizar dichos procesos; y la garantía también de la vinculación jurídica de los resultados que se produzcan democráticamente" (M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 148.

44 BVerfGE 144, 20 (marginal 534).

45 BVerfGE 144, 20 (marginal 539 y 540).

46 BVerfGE 144, 20 (marginal 541).

b) Respecto al principio democrático el Tribunal afirma que es un elemento constitutivo del orden fundamental democrático libre y hace tres precisiones. En primer lugar señala que para un sistema democrático es indispensable que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de participar con iguales oportunidades en el proceso de formación de la voluntad política y que el ejercicio del poder en el Estado pueda predicarse del pueblo (arts. 20. 1 y 2 LF), aunque estas exigencias pueden satisfacerse de diferentes formas. Así, el rechazo del parlamentarismo y su sustitución por un sistema plebiscitario no sería atentatorio contra el orden fundamental democrático básico, pero sí lo sería un ideario político que buscara establecer un sistema de partido único<sup>47</sup>. En segundo lugar, respecto al principio de la soberanía popular el Tribunal reconoce que no son imprescindibles todos los instrumentos específicos que garantizan todos los mecanismos de legitimación democrática; lo que sí es imprescindible es el respeto fundamental a este principio<sup>48</sup>. Finalmente añade que la Ley Fundamental ha optado por un modelo de democracia representativa parlamentaria en el que el parlamento ocupa un papel central y que, por eso, son contrarios al orden fundamental democrático libre quienes rechazan el parlamentarismo sin explicar de qué otra forma respetarán el principio de la soberanía popular y garantizarán la apertura del proceso de formación de la voluntad política<sup>49</sup>.

c) También es un elemento indispensable del orden fundamental democrático el principio del Estado de derecho, orientado a limitar y controlar el poder con el fin de proteger la libertad individual, que se concreta a su vez en un conjunto de sub-principios. Explica el Tribunal que, de ellos, los que resultan determinantes para el orden fundamental democrático libre son la vinculación a la ley de todos los poderes públicos (establecida en el art. 20. 3 LF) y el control de dicha vinculación por tribunales independientes, añadiendo que la libertad garantizada constitucionalmente exige que el uso de la fuerza esté reservado a órganos estatales vinculados a la ley y sometidos a control judicial<sup>50</sup>.

## 1.2. Menoscabar o eliminar

Para que un partido sea declarado inconstitucional debe perseguir menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre. El Tribunal Constitucional diferencia entre ambos conceptos aunque advirtiendo que no hay una separación

47 BVerfGE 144, 20 (marginal 543 y 544).

48 BVerfGE 144, 20 (marginal 545).

49 BVerfGE 144, 20 (marginal 546).

50 BVerfGE 144, 20 (marginal 547).

estricta entre ambos, sino que son los dos una aproximación, de distinto grado, eso sí, a una misma idea: debilitar, socavar y descomponer dicho orden fundamental<sup>51</sup>.

Por eliminar el orden fundamental democrático libre el Tribunal y la doctrina entienden "la erradicación de al menos uno de los elementos esenciales del mismo o la sustitución de ese orden por un orden constitucional diferente o un sistema de gobierno distinto<sup>52</sup>". En cuando al concepto de menoscabar, el Tribunal señala que "se produce un menoscabo cuando un partido representa, con razonable intensidad y en base a su estrategia política, una amenaza significativa para el orden fundamental democrático libre<sup>53</sup>". Se da ese menoscabo simplemente cuando un partido, aunque no explique qué orden constitucional establecería en lugar del existente, procura cualificadamente la derogación de éste. Es suficiente con que se oponga a uno de los elementos esenciales del orden fundamental democrático libre (dignidad humana, democracia y Estado de derecho), puesto que están interconectados y se delimitan mutuamente. Esta interconexión supone que un partido que rechaza uno de estos principios no puede defenderse de una demanda de inconstitucionalidad alegando que respeta los demás. Sin embargo, no se puede considerar que todas las reivindicaciones contrarias a la constitución (a estos tres principios) cumplan el objetivo de menoscabar el orden fundamental democrático libre. Lo determinante para ello es que el partido esté claramente orientado en contra de aquellos principios fundamentales irrenunciables para la convivencia libre y democrática. Esta interpretación, además, garantiza que el procedimiento de prohibición no se utilizará para eliminar a oponentes políticos no deseables, sino solo con la finalidad de proteger preventivamente la constitución<sup>54</sup>.

### 1.3. Los fines del partido o la conducta de sus seguidores

Conforme a la redacción del art. 21.2 LF los únicos medios de prueba para valorar si un partido persigue menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libres son los fines del mismo y la conducta de sus seguidores, por eso es importante la interpretación que ha hecho el alto Tribunal de estos dos elementos.

Respecto a los fines del partido, el Tribunal explica que se trata de la expresión de aquello que este persigue políticamente, con independencia del tipo de objetivos que sean: finales o intermedios; a corto, medio o largo plazo; principales

51 Ya en la jurisprudencia anterior, BVerfGE 2, 1 (21); 5, 85 (210 y ss., y 307-308).

52 BVerfGE 144, 20, (marginal 550).

53 BVerfGE 144, 20 (marginal 556).

54 *Ibid.* con numerosas referencias doctrinales apoyando esta explicación.

o secundarios. Los fines, por regla general, se deducen del programa político y de otros documentos del mismo, de escritos y obras sobre la ideología del partido de autores reconocidos por este, de discursos de dirigentes, del material de propaganda así como también de las publicaciones periódicas (prensa o revistas) sobre las que influye el partido<sup>55</sup>. Pero lo decisivo, en todo caso, es que se identifiquen los fines reales del partido, que pueden no ser los que él muestre en público. Puede ocurrir que un partido persiga fines contrarios a la constitución y no los exprese abiertamente, sino que sean de algún modo secretos; si así fuera, el programa político no serviría como medio de prueba, sino que tendría que ser otra la documentación que demostrase cuáles son los fines reales del partido<sup>56</sup>.

Definir qué puede entenderse por la conducta de los seguidores exige más explicaciones. En primer lugar, el Tribunal ha entendido desde el primero momento que son seguidores de un partido "todas las personas que abogan por un partido y se declaran a favor de él, aunque no sean militantes del mismo<sup>57</sup>". En cuanto al comportamiento de los seguidores, no toda conducta es relevante para demostrar que un partido persigue menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre. Es muy cuestionable, por ejemplo, que puedan tenerse en cuenta aquellas conductas sobre las que el partido no ha tenido apenas posibilidades de influir. Lo determinante es precisamente que la voluntad política del partido se exprese claramente en el comportamiento de sus seguidores. Eso sucede cuando esa conducta refleja una línea fundamental del partido o cuando este expresamente respalda dicha conducta. A partir de aquí, sin embargo, el Tribunal considera que hay que distinguir diferentes supuestos:

a) Hay que tener en cuenta principalmente la actividad de los órganos del partido y especialmente la de su presidente y la de sus dirigentes; también la de los órganos de comunicación del partido y la de los dirigentes de las organizaciones sectoriales o territoriales del mismo<sup>58</sup>.

b) En el caso de declaraciones o acciones de simples militantes, éstas solo podrán tenerse en cuenta si se producen en un contexto político y el partido las ha aprobado o tolerado. La imputación al partido de la conducta de sus militantes es posible si las declaraciones o acciones están conectadas con un acto u otra actividad del partido, salvo que este se haya distanciado de ellas. Si falta esa relación

55 BVerfGE 144, (marginal 558), citando la BVerfGE 5, 85 (143 y ss.).

56 BVerfGE 144, 20 (marginal 559), ya apuntado en BVerfGE 2, 1 (20); 5, 85 (144).

57 BVerfGE 2, 1 (22); 144, 20 (marginal 560).

58 BVerfGE 144, 20, (marginal 562).

con un acto o actividad del partido, debe tratarse de manifestaciones o acciones de militantes que el partido tolere o incluso apoye<sup>59</sup>.

c) En el caso de los seguidores que no pertenecen al partido, es condición necesaria que su conducta haya sido influida por el partido o aprobada por este; para ello es necesario que exista una concreta actividad del partido que promueva dicho comportamiento, incite o tolere esa conducta, y hechos concretos que demuestren que la misma es expresión de la voluntad del partido. La sola aprobación posterior de un comportamiento solo es admisible si el partido admite que es parte de sus objetivos contrarios a la constitución<sup>60</sup>.

d) Si los seguidores realizan conductas delictivas, estas solo serán relevantes si tienen relación con los bienes protegidos por el art. 21.2 LF, es decir, si tienen un trasfondo político que pueda demostrar los objetivos del partido contrarios a la constitución, si son expresión de la voluntad política del partido, y siempre que hayan sido realizadas por influencia del partido y este no se haya distanciado de ellas o incluso las haya aprobado<sup>61</sup>.

e) De acuerdo con lo anterior no cabe la atribución general al partido de actos delictivos o violentos de sus seguidores sin que exista la conexión concreta antes señalada. En especial, la creación desde el partido de un determinado clima político no es suficiente para imputarle las conductas delictivas que se cometan en dicho clima. Para ello tendría que demostrarse que esas conductas son parte de los objetivos anticonstitucionales del partido (por ejemplo, si el partido ha prestado para ello ayuda material o logística, si existen vínculos personales entre el partido y los autores de las conductas, o si algunos de ellos son militantes)<sup>62</sup>.

f) Las declaraciones parlamentarias de los miembros de un partido obviamente pueden ser tenidas en cuenta en un proceso en el que se juzgue la inconstitucionalidad de ese partido. El privilegio de la inviolabilidad no produce ningún efecto en esta materia, es decir, no impide que dichas declaraciones sean tenidas en cuenta<sup>63</sup>.

59 BVerfGE 144, 20, (marginal 563).

60 BVerfGE 144, 20, (marginal 564).

61 BVerfGE 144, 20, (marginal 565).

62 BVerfGE 144, 20, (marginal 566).

63 BVerfGE 144, 20, (marginal 567).

#### 1.4. La actitud activa (el *darauf ausgehen*)

Junto a los elementos que definen el supuesto de hecho del art. 21.2 LF el Tribunal Constitucional ha interpretado que el "perseguir" (*darauf ausgehen*)<sup>64</sup> menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre no puede ser sólo una intención, sino que debe haber una actitud activa del partido que busque lograr ese objetivo. El Tribunal se detiene en esta sentencia en explicar detalladamente este requisito porque será determinante en su decisión.

a) En primer lugar el Tribunal explica la razón de ser de este requisito y recuerda que el objetivo de la prohibición de partidos que prevé la constitución no es el de prohibir determinados credos políticos o visiones del mundo. La constitución consagra la apertura del proceso político de formación de la voluntad política, la libertad de expresión de ideas políticas, y la libertad de los partidos. La lesión de estos bienes constitucionales que supone prohibir un partido solo está justificada cuando así lo exija la protección del orden fundamental democrático libre (art. 21.2 LF) y para ello es necesario que el partido se emplee a fondo para lograr sus objetivos con una intervención activa y de este modo intente conseguir el menoscabo o la eliminación de dicho orden. El art. 21.2 trata de proteger la constitución frente a acciones, no frente a formas de pensar. Solo cuando un partido actúa contra el orden democrático está justificada la aplicación del art. 21.2 LF. El Tribunal explica gráficamente, citando al prof. Klein, que el partido debe ir más allá de reconocer sus objetivos contrarios a la constitución y cruzar el límite que supone empezar a luchar por alcanzar esos objetivos contrarios al orden constitucional<sup>65</sup>.

En la sentencia sobre el KPD ya afirmó el Tribunal que un partido no es inconstitucional por no reconocer los principios fundamentales del orden democrático libre, por rechazarlos o por querer sustituirlos, sino solo cuando, además, desarrolla "una actuación activa, combativa y agresiva contra el orden establecido" que se pueda considerar como el proceder político planificado y buscado por el partido<sup>66</sup>.

b) En segundo lugar, el Tribunal explica que el requisito de que el partido persiga alcanzar los objetivos antidemocráticos exige una "actuación planificada", para lo cual es necesario "un trabajo continuado con el fin de hacer realidad esa

64 El verbo que se utiliza en el art. 21 LF, *ausgehen auf*, resulta decisivo. No es sencillo encontrar una palabra que sea exactamente equivalente, puede traducirse por "tender a", "buscar", "perseguir" o "pretender". Lo relevante, como señala el Tribunal, es que este verbo implica una actitud activa, que se está haciendo ya algo para conseguir los objetivos.

65 BVerfGE 144, 20 (marginal 571 a 573).

66 BVerfGE 5, 85 (141-142).

concepción política contraria a la constitución<sup>67</sup>". Esta actuación planificada debe constituir una "preparación cualificada" para lograr los objetivos contrarios al orden fundamental democrático libre y, en concreto, debe existir "una conexión orientada entre las acciones del partido y el menoscabo o la eliminación de dicho orden<sup>68</sup>". En relación a estas cuestiones el Tribunal se detiene a explicar que este requisito no exige que se hayan cometido actos delictivos, ni siquiera actos contrarios a la ley (y recuerda aquí como el régimen nacionalsocialista pudo subvertir el orden democrático sin incumplir la ley), porque precisamente el mecanismo del art. 21.2 LF es una herramienta de defensa contra posibles peligros futuros, no una forma de protección represiva de carácter penal. Otra cosa es que la existencia de actos delictivos o ilegales pueda ser un indicio relevante de que el partido persigue objetivos contrarios a la constitución<sup>69</sup>.

c) En tercer lugar el Tribunal señala que no es necesario que exista ya un concreto peligro para el orden fundamental democrático libre, pero sí que haya indicios concretos de peso suficiente de que sea al menos posible que las acciones del partido puedan tener éxito. Este es, sin duda, el requisito clave en este caso y por eso el Tribunal se ocupa de explicarlo en detalle.

Desde el punto de vista del fundamento de este requisito el Tribunal explica que la no exigencia de que exista ya un peligro concreto responde a la experiencia del nacionalsocialismo, que demostró que los movimientos radicales son tanto más difíciles de combatir cuando más terreno vayan ganado. Por regla general no se puede determinar con exactitud en qué momento existe ya un peligro concreto, es decir, a partir de qué punto el curso de los acontecimientos conducirá con suficiente probabilidad a un menoscabo o eliminación del orden fundamental democrático libre. Si se exigiese esperar a que el peligro fuera ya concreto, podría ser demasiado tarde, el proceso de declaración de inconstitucionalidad de un partido podría producirse en un momento en el que ese partido fuese tan fuerte que la prohibición no pudiera llevarse a cabo. Por ello el art. 21.2 LF permite la posibilidad de declarar inconstitucional un partido en un momento temprano, con carácter de medida preventiva, no para defender los bienes protegidos frente a peligros existentes, sino para evitar que los peligros que tienen muchas posibilidades de hacerse reales puedan llegar a serlo<sup>70</sup>.

67 Ya en BVerfGE 5, 85 (143).

68 BVerfGE 144, 20 (577).

69 BVerfGE 144, 20 (marginales 575 a 580).

70 BVerfGE 144, 20, (marginal 581 a 584).



Ahora bien, no cualquier tipo de amenaza posible futura justifica la prohibición de un partido. No hay que olvidar que estamos ante un instrumento de carácter excepcional y por eso se exige que haya indicios concretos de peso suficiente que demuestren que al menos es posible que las acciones del partido puedan tener éxito y alcanzar sus objetivos. Es lo que el Tribunal ha calificado en esta sentencia como el requisito de la "potencialidad"<sup>71</sup>. A su juicio, si del proceder de un partido no se puede deducir que tenga la posibilidad de lograr sus objetivos, no es necesario desplegar, con carácter preventivo, el arma más contundente con que cuenta el Estado de derecho democrático, que, es además, un arma de doble filo<sup>72</sup>. La prohibición de un partido solo puede plantearse cuando un partido tiene suficientes posibilidades de ser eficaz, que no permitan excluir completamente que no pueda lograr sus objetivos anticonstitucionales, y cuando hace uso de esas posibilidades<sup>73</sup>. En este punto el Tribunal reconoce que su interpretación difiere de la mantenida en la sentencia sobre el KPD, en la que afirmó que el hecho de que un partido no tuviera ninguna esperanza de poder hacer realidad sus convicciones anticonstitucionales no era obstáculo para prohibirle<sup>74</sup>.

A continuación el Tribunal señala que para determinar si un partido cuenta con el suficiente potencial como para tener posibilidades de alcanzar sus objetivos es preciso realizar una valoración global de conjunto, que incluya la situación del partido (número de miembros, estructura organizativa, capacidad de movilización, situación económico-financiera), su impacto en la sociedad (resultados electorales, publicaciones, alianzas, estructuras de apoyo), los cargos y mandatos parlamentarios de sus miembros, así como los medios, estrategias y medidas adoptadas por éstos, y cualquier otra circunstancia que pueda ofrecer información sobre las posibilidades del partido. Es necesario que haya un número suficiente de indicios de peso concretos que permitan concluir que el partido es capaz de actuar con éxito contra los bienes protegidos por el art. 21.2 LF. Por último señala el Tribunal que para valorar las posibilidades de un partido hay que tener en cuenta si éste, además de participar en el debate de las ideas políticas y utilizar cauces legales, también buscar lograr sus objetivos políticos por otros medios, porque la potencialidad que le brindan esos otros medios no puede ser ignorada<sup>75</sup>.

71 BVerfGE 144, 20, (marginal 585).

72 Esta caracterización de la prohibición de partidos como el arma más contundente y al mismo tiempo de doble filo ya se encuentra en la BVerfGE 107, 339 (369).

73 BVerfGE 144, 20 (marginal 586).

74 BVerfGE 5, 85 (143).

75 BVerfGE 144, 20 (marginal 587).

Respecto a esta última idea el Tribunal afirma que si un partido intenta lograr sus objetivos anticonstitucionales mediante el uso de la fuerza o la comisión de delitos seguramente cumpla el requisito de la potencialidad, ya que ese tipo de actos ofrecen posibilidades de éxito bastante seguras. El Tribunal pone como ejemplo el caso de un partido que provoque un clima de miedo o amenaza capaz objetivamente de menoscabar de forma determinante la participación libre y en igualdad de condiciones en el proceso de toma de decisiones políticas<sup>76</sup>.

### 1.5. Inexistencia de otros elementos en el supuesto del hecho

Una vez analizados los elementos del supuesto de hecho el Tribunal realiza dos puntualizaciones importantes respecto a la inexistencia de otros elementos que pudieran tenerse en cuenta. En primer lugar, aclara que la afinidad o la identificación de un partido con el nacionalsocialismo no justifican en sí misma la prohibición de ese partido; es cierto que esa afinidad o identificación pueden tener un significado relevante a la hora de demostrar que el partido persigue objetivos anticonstitucionales, pero deben en todo caso cumplirse los requisitos antes señalados<sup>77</sup>. En segundo lugar, el Tribunal aclara que en el proceso de enjuiciamiento de la constitucionalidad de un partido no se requiere una aplicación especial del principio de proporcionalidad, ya que se trata de un procedimiento en el que no hay espacio para la discrecionalidad, sino que, cumpliendo un partido los requisitos que integran el supuesto de hecho del art. 21.2 LF, el Tribunal Constitucional no tiene otra opción más que la de declarar la inconstitucionalidad del partido y su prohibición<sup>78</sup>.

## 2. La interpretación del supuesto de hecho y la jurisprudencia del TEDH

Como se ha señalado anteriormente, en el apartado de los fundamentos jurídicos de la sentencia, y para fijar el parámetro de constitucionalidad del caso, el Tribunal define los elementos que integran el supuesto de hecho establecido en la

76 BVerfGE 144, 20 (marginal 588).

77 BVerfGE 144, 20 (marginales 590 a 598).

78 BVerfGE 144, 20 (marginales 599 a 606). Esta explicación, que tiene un contenido muy académico, es relevante por dos motivos: el primero, porque el Tribunal está excluyendo que pueda aplicarse este principio conforme a la interpretación que hace el TEDH (que se verá en el siguiente apartado); y el segundo, porque en relación al mismo menciona el Tribunal, en el marginal 606, la existencia de otras medidas que podrían adoptarse para frenar a un partido con objetivos antidemocráticos, como la reducción de la financiación pública.

constitución que permite prohibir un partido político para después comprobar la conformidad de dicha definición con la jurisprudencia del TEDH. Con este objetivo el Tribunal alemán recuerda los principales hitos de esa jurisprudencia así como la doctrina que en ella se sienta<sup>79</sup>. El CEDH, como se sabe, permite la prohibición de partidos políticos para la defensa de la democracia, pero siempre que se cumplan ciertos requisitos: la reserva de ley, que se persiga un fin legítimo y sea una medida necesaria en una sociedad democrática (lo cual exige una necesidad social imperiosa y la proporcionalidad en sentido estricto)<sup>80</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal concluye que la interpretación de los requisitos necesarios para entender que se da el supuesto de hecho definido en el art. 21.2 LF es conforme con el CEDH; de su análisis interesa destacar dos aspectos.

a) Por lo que se refiere a la necesidad social imperiosa, y dado que el TEDH entiende que esta necesidad debe ser apreciada por el Estado de que se trate, que, además, dispone para ello de un margen de apreciación importante, ya que es quien se encuentra en la mejor posición para valorar las condiciones históricas, políticas o sociales,<sup>81</sup> cabe solo señalar que el Tribunal alemán vuelve a recordar la experiencia del fracaso de la República de Weimar y del régimen nacionalsocialista para justificar la existencia de dicha necesidad imperiosa en la sociedad alemana. Este es, sin duda, un elemento determinante en Alemania en esta materia y seguramente un componente que pueda diferenciar a este país de otros países europeos<sup>82</sup>.

b) En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el TEDH exige tres requisitos: un riesgo real y razonablemente próximo; que los actos y discursos de dirigentes, cargos públicos y militantes sean imputables al partido como organización; y que dichos actos y discursos ofrezcan una imagen clara del modelo de sociedad que propugna el partido y que resulta contrario al orden democrático<sup>83</sup>. En relación a estas exigencias se entienden las largas y detalladas explicaciones del Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el NPD sobre las conductas de los seguidores de un partido y los requisitos que deben cumplirse para que puedan imputarse al mismo, en las que no cita al TEDH pero en el que parece estar pensando cuando redacta los apartados de los fundamentos de derecho relativos a esta cuestión. Lo

79 BVerfGE 144, 20 (marginales 608 a 616).

80 Por todos, M. IGLESIAS BÁREZ, "La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del TEDH", *op. cit.*, p. 133.

81 *Ibid.*

82 BVerfGE 144, 20 (marginal 621).

83 Por todos, M. IGLESIAS BÁREZ, "La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del TEDH", *op. cit.*, p. 133 y ss.

mismo sucede con el requisito de la actitud activa (*darauf ausgehen*) para alcanzar los objetivos antidemocráticos; aunque el Tribunal alemán no le cite, parece claro que tenía en mente las exigencias del TEDH en relación al riesgo real y razonablemente próximo cuando desarrolla su interpretación de que para cumplir dicho requisito el partido debe tener una actitud activa, haber desplegado una actuación planificada que constituya una preparación cualificada para lograr esos objetivos y debe haber indicios concretos de peso suficiente de que será al menos posible que las acciones del partido puedan tener éxito<sup>84</sup>. Esta interpretación del Tribunal alemán es la que hace posible la compatibilidad de sus exigencias con las del TEDH<sup>85</sup>.

Recordemos que a partir de los años noventa del siglo XX el TEDH interpreta que la prohibición de partidos es un mecanismo excepcional, de modo que, en relación al momento adecuado para prohibir un partido, exige que el peligro que representa ese partido sea real e inminente,<sup>86</sup> aunque posteriormente relaja esta exigencia y admite que el peligro sea real y razonablemente próximo, es decir, admite que haya un control preventivo<sup>87</sup>. A la luz de esta jurisprudencia la doctrina alemana ya había advertido que los requisitos establecidos por su Tribunal Constitucional eran menos exigentes que los del TEDH y que sería necesario revisar dicha jurisprudencia<sup>88</sup>. Como se ha señalado aquí, en la sentencia del Tribunal alemán sobre el KPD se entendió que el hecho de que un partido no tuviera posibilidades de alcanzar sus objetivos anticonstitucionales no era obstáculo para prohibirlo. Así pues, el cambio que en este aspecto supone la sentencia alemana sobre el NPD, en la que se exige

84 El análisis de la compatibilidad de esta interpretación con los estándares del TEDH en BVerfGE 144, 20 (marginales 622 a 626).

85 J. KRÜPER, "Entscheidungsanmerkung. BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13", en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, núm. 3, 2017, p. 365 a 369 (p. 368-369), explica que la exigencia de "potencialidad" está sustituyendo al "principio de proporcionalidad", cuya aplicación expresamente ha excluido el Tribunal en esta materia, como se ha señalado anteriormente. Se trata, en última instancia, de que el nivel de protección en Alemania no sea inferior al que marca el TEDH, aunque las categorías jurídicas para ello sean diferentes. Esta idea la recoge P. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, p. 235 a 273 (p. 255 a 257).

86 STEDH Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía, 1998.

87 SSTDH Partido de la prosperidad c. Turquía, 2001 y 2003.

88 Así lo señalan K. KONTOPODI, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Verbot politischer Parteien*, Nomos, Baden-Baden, 2007; S. D. EMEK, *Parteiverbote und Europäische Menschenrechtskonvention*, Herbert Utz Verlag, München, 2006; S. THEUERKAUF, *Parteiverbote und die Europäische Menschenrechtskonvention*, Schulthess Verlag, Zurich, 2006.

que la realización del peligro sea posible, ha elevado su nivel de exigencia para acomodarlo al marcado por el TEDH<sup>89</sup>.

#### IV. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NPD

En las decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la prohibición de partidos, como es lógico, se maneja una gran cantidad de material probatorio que se debe analizar para determinar si el partido cumple los requisitos necesarios para prohibirlo. En el caso del NPD, como antes en los casos del SRP y del KPD, el Tribunal dedica una parte considerable de la sentencia a analizar dicho material. Las conclusiones de su análisis son dos.

a) El NPD procura, por sus fines y la conducta de sus seguidores, la destrucción del orden fundamental democrático libre. En primer lugar, del análisis del programa del partido, de publicaciones de diverso tipo y de declaraciones de sus dirigentes se deduce que su concepción política no es compatible con la garantía de la dignidad humana, porque defiende la primacía de una comunidad nacional definida étnicamente, niega la igualdad elemental de derechos a todos los que no pertenecen a esa comunidad y busca como objetivo político la expulsión, la privación de derechos y el menosprecio de extranjeros, inmigrantes y otros grupos sociales<sup>90</sup>. En segundo lugar, de esas mismas fuentes se deduce que el NPD desprecia el principio democrático, porque su concepción política es contraria a la participación en igualdad de condiciones de todos los ciudadanos, no reconoce el principio de la soberanía popular y propugna eliminar el sistema parlamentario-representativo existente y reemplazarlo por un Estado-nación apoyado en una comunidad nacional, sin explicar cómo se garantizará la legitimidad democrática de este<sup>91</sup>. En tercer lugar, el Tribunal comprueba la afinidad sustancial con el nacionalsocialismo y esto le confirma el desprecio del NPD hacia el orden fundamental democrático y libre<sup>92</sup>. Por último concluye que, a la vista de lo anterior, este partido no solo busca menoscabar dicho orden, sino eliminarlo<sup>93</sup>.

89 Así lo ha reconocido la doctrina alemana; por ejemplo, véase P. HÖHNER/S. JÜRGENSEN, "Europäisierung des Parteiverbots? Das Merkmal der "Potentialität" im Lichte der Rechtsprechung des EGMR", en *MIP*, núm. 23, 2017, p. 105 a 111.

90 BVerfGE 144, 20 (marginales 635 a 757).

91 BVerfGE 144, 20 (marginales 758 a 804).

92 BVerfGE 144, 20 (marginales 805 a 843).

93 BVerfGE 144, 20 (marginal 844).

b) El NPD trabaja de forma planificada y con intensidad suficiente para conseguir sus objetivos, de modo que su actuación puede considerarse como una preparación cualificada para poder eliminar el orden fundamental democrático libre. Así lo demuestra la estructura y organización adoptada por el partido (tiene organización en todos los niveles de la Federación, representación en el Parlamento Europeo, utiliza todos los medios de comunicación disponibles), su situación financiera, su estrategia política y el plan para llevarla a cabo<sup>94</sup>. Sin embargo, no hay indicios concretos de peso suficiente de que sea al menos posible que las acciones del partido puedan tener éxito<sup>95</sup>.

A esta conclusión llega el Tribunal después de analizar numerosa documentación sobre resultados electorales y opciones de coalición con otros partidos, estudios demoscópicos, estudios sociológicos sobre la capacidad de movilización del partido, informes de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, etc.; esta documentación le permite constatar que no es posible que el NPD alcance sus objetivos políticos actuando a través de los cauces legales de participación en la toma de decisiones políticas<sup>96</sup>. Por otro lado, tampoco hay indicios concretos de peso que indiquen que el NPD podría lograr sus objetivos utilizando otros medios, es decir, a través de vías no democráticas, menoscabando de forma amplia la libertad en la formación de la voluntad política: no tiene capacidad para dominar sectores sociales suficientemente relevantes; no se puede afirmar que forme parte esencial de su estrategia actuar por la fuerza o a través de actos delictivos para alcanzar sus objetivos; y tampoco hay indicios suficientes de que sea capaz de crear un clima de miedo o amenaza que dañe de forma importante la libertad en el proceso de formación de la voluntad política. Reconoce finalmente el Tribunal que no se puede ignorar el hecho de que el comportamiento violento e intimidatorio de militantes y seguidores del NPD puede producir puntualmente una preocupación comprensible por la libertad en el proceso democrático o incluso temor a intervenciones violentas, pero no resulta suficiente para considerar que ello le permitirá alcanzar de este modo sus objetivos<sup>97</sup>.

Así pues, el Tribunal declara que los objetivos del NPD son antidemocráticos, pero no acuerda la prohibición del partido porque no tiene potencial para alcanzarlos. Conforme a su jurisprudencia anterior, la constatación de que el NPD persigue

94 BVerfGE 144, 20 (marginales 846 a 895).

95 BVerfGE 144, 20 (marginales 896).

96 BVerfGE 144, 20 (marginales 847 a 932).

97 BVerfGE 144, 20 (marginales 933 a 1008).

fines contrarios al orden democrático y de que está actuando para menoscabarlo o eliminarlo habría sido suficiente para prohibirle. El nuevo requisito de la potencialidad, que se ajusta a los estándares europeos, provoca que inconstitucionalidad y prohibición no vayan unidas en este caso y que no tengan por qué ir unidas en el futuro.

## V. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL NPD

Como cabía esperar, la sentencia sobre la constitucionalidad del NPD ha suscitado un amplio debate en la doctrina alemana y obligará a revisar elementos fundamentales del derecho de partidos de aquel país<sup>98</sup>. Esta sentencia marca una nueva etapa en materia de prohibición de partidos políticos, que, por un lado, confirma la superación de una fase histórica muy concreta, la de los inicios de la República Federal de Alemania, en la que se produjeron las dos primeras y únicas prohibiciones de partidos políticos, y, por otro, demuestra la eficacia del proceso europeo de integración y de construcción de una cultura común de principios y de derechos en la que el TEDH desempeña un papel determinante en la fijación de estándares mínimos comunes para todos los Estados europeos.

Las consecuencias más relevantes de la sentencia, sin embargo, han tenido lugar ya en el plano normativo, tomando como punto de apoyo una referencia brevísima que hace el Tribunal Constitucional sobre la existencia de otros medios –distintos de la prohibición– para frenar a los partidos que persiguen fines antidemocráticos y entre los que menciona la reducción de la financiación pública;<sup>99</sup> una idea que ya habían apuntado algunos autores tal y como reconoce el propio Tribunal<sup>100</sup>. Ante la realidad de que puedan existir partidos que persigan fines contrarios a la Constitución y que no sean prohibidos, como el NPD, el parlamento alemán aprobó el 13 de julio de 2017 una reforma constitucional, del art. 21 LF, en la que, manteniendo el apartado 2 en los mismo términos, se añade un número apartado 3 que establece que los partidos que "aspiren a" (en lugar de que "persigan") menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania quedan excluidos de la financiación pública y no se apli-

98 Sobre ellos puede consultarse el número monográfico de *Recht und Politik. Das zweite Verbotsverfahren gegen die NPD. Analyse, Prozessreportage, Urteilskritik*, Beihefte núm. 1, 2017, coordinado por H. MEIER/ C. LEGGEWIE/ J. LICHDI.

99 BVerfGE 144, 20 (marginal 606), al referirse a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de prohibición de partidos políticos (vid. supra nota a pie 78).

100 El Tribunal cita los trabajos de PFORR, en *ThürVBl.*, 2002, p. 149 (p. 153); KUMPE, en *DVBl.*, 2012, p. 1344 (p. 1346-1347); y SHIRVANI, en *JZ*, 2014, p. 1074 (p. 1082).

carán ventajas fiscales ni a esos partidos ni a las donaciones que se les realicen. Según el nuevo apartado 4 del art. 21 LF la competencia para decidir sobre esta medida corresponde al Tribunal Constitucional, a través de un procedimiento como el de la declaración de inconstitucionalidad y prohibición. En desarrollo de esta reforma el 18 de julio de ese mismo año el parlamento aprobó la Ley para la Exclusión de la Financiación de los Partidos Contrarios a la Constitución, que modifica la Ley de Partidos, la Ley del Tribunal Constitucional Federal y diversas leyes tributarias<sup>101</sup>.

### **Resumen**

*Este trabajo analiza la prohibición de partidos políticos en Alemania, su fundamento, requisitos y procedimiento, así como la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en esta materia, dedicando una especial atención al análisis de la sentencia dictada por este Tribunal en 2017 para resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el NPD, ya que en ella se produce un cambio interpretativo relevante: para prohibir un partido no es solo necesario que éste persiga menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre, sino también que tenga posibilidades de alcanzar sus objetivos.*

### **Palabras clave**

*Prohibición de partidos políticos, Alemania, Sentencia sobre el NPD, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre prohibición de partidos*

### **Abstract**

*This paper analyses the prohibition of political parties in Germany, its justification, requirements and procedure, as well as the interpretation of the German Federal Constitutional Court in this matter, focusing specially in the analysis of the Decision of this Court on the NPD (2017), because it establishes a new requirement: to declare the prohibition a political party is not only necessary that it seeks to undermine or eliminate the free democratic basic order, but also that it has the potential to achieve its objectives.*

### **Keywords**

*Prohibition of political parties, Germany, Decision on NPD, German Constitutional Court decisions on prohibition of political parties.*

Recibido: el 29 de diciembre de 2018

Aceptado: el 30 de diciembre de 2018

101 Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung (Part-FinÄndG), BGBl. I, p. 2730 (n.º 52).



# Legislación

---



# CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA

## Chronicle of European Legislation

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN  
*Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga*

### SUMARIO:

- I. Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de diciembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) n. 1986/261 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión.
- II. Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n. 45/2001, y la Decisión n. 1247/2002/CE.
- III. Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (EU-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n. 1987/2006, y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE), n. 1077/2011.
- IV. Reglamento (UE) 2018/1488 del Consejo de 28 de septiembre por el que se crea la Empresa Común de Informática de Alto Rendimiento Europea.
- V. Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.
- VI. Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión de 22 de junio de 2018 sobre normas relativas a los organismos de igualdad.
- VII. Reglamento (UE) 2018/1475 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de octubre de 2018, por el que se establece el marco europeo del Cuerpo Jurídico de Solidaridad y se modifican el Reglamento (UE) n. 1288/2013, el Reglamento (UE) n. 1293/2013 y la Decisión n. 1313/2013/UE.
- VIII. Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo.
- IX. Modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal General.
- X. Formulario de asistencia jurídica gratuita.

- XI. Modificación de las normas prácticas de desarrollo del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.
- XII. Reglamento (UE) 2018/1860 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de noviembre sobre la utilización del Sistema de Información de Schengen para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.
- XIII. Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento (CE) n. 1987/2006.

**I. REGLAMENTO (UE) 2018/1862 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 28 DE DICIEMBRE DE 2018, RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO, FUNCIONAMIENTO Y UTILIZACIÓN DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE SCHEGEN (SIS) EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL, POR EL QUE SE MODIFICA Y DEROGA LA DECISIÓN 2007/533/JAI DEL CONSEJO, Y SE DEROGAN EL REGLAMENTO (CE) N. 1986/261 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y LA DECISIÓN 2010/261/UE DE LA COMISIÓN**

Después de haber evaluado la efectividad de los sistemas de información y comprobar la efectividad en los últimos tres años de Schengen, la Unión Europea elabora un Reglamento para regular su funcionamiento con la finalidad de hacer operativo este sistema y contribuir así al aumento de la seguridad en la Unión. Se trata de establecer la forma de usar los datos e información con la garantía de seguridad de que no han de ser transferidos ni conocidos más que por las personas en instituciones que deban hacerlo, y en los límites estrictos de los derechos fundamentales.

En el cap. I se regulan las condiciones generales del Reglamento en referencia al uso de estos datos y sus condiciones en la obtención. El art. 1 explica la finalidad de garantizar el nivel de seguridad en el espacio de libertad y justicia de la Unión, de manera que estén garantizados el orden público y esa seguridad en todo el territorio de la Unión.

Para ello, el art. 2 reconoce la necesidad de establecer en el Reglamento los procedimientos y condiciones de obtener la información necesaria al objeto de facilitar la cooperación judicial y policial en materia penal.

En el art. 3 se definen los términos de uso habitual en este tipo de normas, como lo que se entiende por perfil, datos de ADN, biométricos, y otros referentes a la terminologías judicial y policial.

En el art. 4 se establece la arquitectura técnica y el funcionamiento del SIS: un sistema central con unidad de apoyo técnico, un sistema nacional de datos y una infraestructura comunicativa.

A continuación, se regula el funcionamiento de estas unidades en lo que se refiere a la obtención de la información que han de facilitar los Estados y su forma de obtención. Los costes de funcionamiento de estos órganos, se sufragarán a cargo del presupuesto general de la Unión, y en relación con los Estados, cada uno de ellos deberá ser responsable de la creación de su unidad y vincularla al sistema general. La información se comunicará de forma que se garantice el secreto y se eviten perjuicios a terceras personas.

Respecto del contenido de la información, se hará con la descripción física de las personas y con los números que la identifiquen, y el manejo de estos datos se controlará solamente por el Estado que solicite la información, el que la facilita y el órgano pertinente de la Unión. Estas descripciones tendrán una fecha de caducidad en función de las circunstancias que genera la información, y habrán de ser destruidas cuando desaparezca la causa que las origina.

La entrada en vigor de este reglamento ha sido a los 20 días de su publicación, pero los Estados tienen un plazo de hasta el 28 de diciembre de 2021, para adoptar todos los actos de ejecución necesarios para su funcionamiento.

## **II. REGLAMENTO (UE) 2018/1725 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE OCTUBRE DE 2018, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES POR LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN, Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESOS DATOS, Y POR EL QUE SE DEROGAN EL REGLAMENTO (CE) N. 45/2001, Y LA DECISIÓN N. 1247/2002/CE**

La preocupación de la UE en relación con la difusión de datos personales viene a determinar en buena medida la legislación de los Estados en el desarrollo de las Directivas comunitarias en relación con los derechos de intimidad, pero también dentro de las instituciones y organismos de la Unión, se regula al respecto, como en este caso en el que actualiza la normativa con un nuevo Reglamento. El objetivo es el de proteger los derechos y deberes fundamentales en lo que se refiere a los datos personales, y se encomienda a la figura del Supervisor de Protección de Datos.

Se definen en el Reglamento los términos más utilizados, como la definición de datos personales, como "toda información sobre una persona física identificable, con datos de localización física, numérica, genética, psíquica, fisiológica, económica, social o cultural, elaboración de perfiles, fichero de datos, y otros de usual utilización en relación con el derecho de intimidad".

En el cap. II se establecen los principios generales relativos al tratamiento de datos personales, en el que se exige que los datos sean tratados de manera lícita, leal y transparente, en relación con el titular del derecho, adecuados, adaptados a los fines que se pretende, exactos y durante el menor tiempo posible. El fin ha de ser lícito, y con su consentimiento, que podrá ser revocado en cualquier momento.

Se limita el uso en relación con el origen étnico, racial, condición social, orientación sexual o cualquiera otra circunstancia que revele discriminación de la persona. En relación con personas privadas de libertad y sujetas a instituciones, serán las autoridades públicas las que lleven a cabo esa autorización en los términos legalmente establecidos.

En el cap. III se regulan los derechos de las personas interesadas ante los que están, la transparencia en la información, comunicación y modalidades del ejercicio del derecho del interesado, y toda la información que solicite respecto del uso que haya de hacerse de esos datos.

Particular interés presenta el art. 19 del Reglamento en lo que se refiere al derecho al olvido que expresamente se reconoce, como el derecho de supresión de los datos personales que le conciernen y el responsable estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales si se dan estas circunstancias: que no sean necesarios, que se haya revocado el consentimiento, que se oponga a su uso por no ser legítimo, por tratarse de una obligación legal, o por la forma de obtención de esos datos.

Las limitaciones al derecho de uso de datos personales serán, de una parte, la seguridad nacional, la prevención de delitos, intereses públicos, procedimientos judiciales, riesgos de otros derechos fundamentales, y de otra parte investigaciones científicas, históricas u otras que justifiquen esa injerencia en el derecho.

En el cap. 6 se regula la figura del supervisor europeo de protección de datos. Este deberá vigilar el cumplimiento de la legalidad, será nombrado por el Parlamento Europeo y el Consejo, de común acuerdo, en convocatoria pública de las candidaturas, de personas independientes y de un perfil adecuado. Se definen sus funciones de supervisión y se exige la presentación de un informe anual.

Finalmente, se regula el procedimiento del ejercicio del derecho de rectificación, así como en los procedimientos penales y civiles en que el derecho se vea concernido.

**III. REGLAMENTO (UE) 2018/1726 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018, RELATIVO A LA AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA, PARA LA GESTIÓN OPERATIVA DE SISTEMAS INFORMÁTICOS DE GRAN MAGNITUD EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA (EU-LISA), Y POR EL QUE SE MODIFICAN EL REGLAMENTO (CE) N. 1987/2006, Y LA DECISIÓN 2007/533/JAI DEL CONSEJO Y SE DEROGA EL REGLAMENTO (UE), N. 1077/2011**

En el cap. I se crea la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La Agencia se encargará de la gestión operativa del Sistema de Información de Schengen (SIS II), del sistema de Información de Visados (SIV) y de Eurodac. También de la gestión operativa de los sistemas de entradas y salidas (SES), de Dublinet, y del Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV).

El objetivo que se pretende con la creación de esta Agencia es el desarrollo de sistemas informáticos de gran magnitud que utilicen una estructura adecuada de gestión de proyectos para el desarrollo de dichos sistemas, el funcionamiento eficaz, seguro y continuo de los sistemas informáticos de gran magnitud, elevar la calidad del servicio a los usuarios, la continuidad y el servicio ininterrumpido, y el alto nivel de la protección de los datos y su seguridad.

La Agencia tendrá personalidad jurídica propia y será un organismo de la Unión. Estará formada por un Consejo de Administración, un director ejecutivo, y los grupos de consulta que se requieran para el cumplimiento de sus fines. Contará con un delegado de protección de datos, un responsable de seguridad y un contable.

**IV. REGLAMENTO (UE) 2018/1488 DEL CONSEJO DE 28 DE SEPTIEMBRE POR EL QUE SE CREA LA EMPRESA COMÚN DE INFORMÁTICA DE ALTO RENDIMIENTO EUROPEA**

Con la finalidad de apoyar la innovación y la investigación en el marco de la Unión Europea, se crea esta empresa que tienen como finalidad el apoyo a estas actividades, con personalidad jurídica propia, y que podrá enajenar y poseer bienes propios, y ser parte en los procedimientos judiciales de su incumbencia.

La empresa tendrá como objetivos los de proporcionar a la comunidad científica la infraestructura informática de alto nivel y competitividad, supercomputación a gran escala, poner a disposición de los Estados estas capacidades y lograr la excelencia en el sector, entre otros.

El capital de aportación de la Unión será de 486 millones de euros lo que da cuenta de la importancia de la empresa.

Las instalaciones de los ordenadores se harán en un Estado de la Unión, que será seleccionada por el Consejo de Administración entre los que solicitaren, mediante un proceso en el que se cumplan criterios de calidad del servicio, experiencia en el sector, y otros requisitos que se detallan en el art. 8 del Reglamento.

El personal adscrito a estas actividades se regirá por las normas del Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea, recogido en el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n. 259/68, y las normas adoptadas conjuntamente por las instituciones de la Unión, a los fines de la aplicación del Estatuto de los funcionarios y del régimen aplicable.

La empresa común se dota en este reglamento de unos estatutos que figuran como anexo y en donde se detallan asuntos correspondientes a las tareas administrativas, miembros que componen la empresa, órganos como el Consejo de Administración, director ejecutivo y Consejo, y sistema de funcionamiento.

#### **V. DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018, POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2010/13/UE SOBRE COORDINACIÓN DE DETERMINADAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS RELATIVAS A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL (DIRECTIVA DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL), HABIDA CUENTA DE LA EVOLUCIÓN DE LAS REALIDADES DEL MERCADO**

La modificación afecta a una parte importante de la normativa anterior, en relación sobre todo a las plataformas digitales que han surgido de manera importante en los medios de comunicación y centran una cantidad significativa del mercado audiovisual.

Los Estados Miembros se obligan en el art. 3 a garantizar la libertad de recepción y no obstaculizarán las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otro Estado Miembro, salvo excepciones justificadas en el art. 3.

Se da mayor importancia a la autorregulación y corregulación mediante la formación de códigos de conducta elaborados por los prestadores de servicios, presta-



dores de plataformas de intercambios de videos y asociaciones de consumidores o de profesionales del medio.

En particular, los contenidos que se emitan deberán respetar la dignidad humana, sin contener incitación al odio o a la violencia, contra grupos de personas, o provocaciones a la comisión de delitos de terrorismo, con observación de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos de la Unión.

De igual modo se tendrán en cuenta estas consideraciones en los contenidos comerciales, en los que estará prohibida toda publicidad relativa al consumo de tabaco, bebidas alcohólicas a menores, conductas contrarias a la salud y medio ambiente, e inadecuadas llamadas a alimentos infantiles que no sean beneficiosos para la salud.

Se prohíbe el emplazamiento de productos relacionados con alcohol y tabaco, y medicamentos, y se insiste en la prohibición de publicidad en periodos inferiores a los treinta minutos durante la emisión de películas.

Se insiste también en la necesidad de que por parte de los Estados se creen organismos autorreguladores, independientes, que velen por el cumplimiento de la normativa en la materia, y se establece un Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual integrado por representantes de las Autoridades y organismos nacionales que tengan facultades de supervisión de los servicios de comunicación audiovisual, que tendrá funciones de coordinación y asesoramiento.

## **VI. RECOMENDACIÓN (UE) 2018/951 DE LA COMISIÓN DE 22 DE JUNIO DE 2018 SOBRE NORMAS RELATIVAS A LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD**

La Comisión intenta con esta Recomendación la optimización del funcionamiento de los organismos de Igualdad, garantizando que estos organismos dirijan sus recursos hacia la erradicación de las discriminaciones por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, así como abarcar todos los motivos posibles de discriminación como el acceso al empleo, acceso a bienes y servicios, protección social y beneficios sociales, equilibrando adecuadamente los recursos.

Los Estados deberán garantizar como mínimo la prestación de asistencia a las víctimas, recibir y tramitar denuncias, proporcionar adecuado asesoramiento jurídico, mantener servicios de mediación, y representar ante los tribunales la defensa de sus intereses.

Los Estados deben poder realizar informes independientes para detectar problemas que atañan a esos colectivos y sus posibles soluciones, investigaciones y valoraciones del estado de la cuestión en lo que concierne a los niveles de desigualdad y discriminación así como a sus posibles soluciones, así como dotar del suficiente presupuesto a esos organismos. Asimismo deben poder facilitar instalaciones y permitir infraestructuras que permitan la resolución de los problemas en un tiempo razonable, así como la coordinación entre los diferentes organismos de igualdad en un mismo territorio si los hubiere.

Lo que se pretende en definitiva es la optimización de los recursos materiales en orden a hacerlos más efectivos.

#### **VII. REGLAMENTO (UE) 2018/1475 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 2 DE OCTUBRE DE 2018, POR EL QUE SE ESTABLECE EL MARCO EUROPEO DEL CUERPO JURÍDICO DE SOLIDARIDAD Y SE MODIFICAN EL REGLAMENTO (UE) N. 1288/2013, EL REGLAMENTO (UE) N. 1293/2013 Y LA DECISIÓN N. 1313/2013/UE**

El Reglamento establece un marco jurídico para favorecer la participación de los jóvenes y de las organizaciones que trabajan en actividades de solidaridad, a fin de reforzar la solidaridad y la inclusión social.

El objetivo, regulado en el art. 3, es el promover la solidaridad como un valor, a través del voluntariado, aumentar la participación de los jóvenes, para contribuir a reforzar la cohesión, la democracia, la ciudadanía y la inclusión social.

Distingue varios tipos de acciones: voluntariado, prácticas y empleos, proyectos de solidaridad y actividades de participantes, y actividades de creación de redes de participantes.

El presupuesto para la ejecución de estas actividades es de 375.600.000 euros que se ejecutará en un plazo de dos años. Podrán participar los Estados Miembros de la Unión, países en vías de adhesión, y algunos otros que estén en una relación especial con la Unión Europea, en las condiciones establecidas en el Reglamento.

El cap. V regula el seguimiento de las actividades mediante la creación de un número de indicadores que valoren si se obtienen los objetivos pretendidos. A tal fin se crea un organismo independiente con las competencias necesarias, para la realización de una auditoria, homologada en su actuación con las normas internacionales, y que facilitará toda la información a la Comisión que se le solicite.

### **VIII. REGLAMENTO (UE) 2018/1727 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018, SOBRE LA AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL (EUROJUST) Y POR LA QUE SE SUSTITUYE Y DEROGA LA DECISIÓN 2002/187/JAI DEL CONSEJO**

Se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) que sustituye a la agencia Eurojust creada por la Decisión 2002/187/JAI, con personalidad jurídica, para apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir las formas de delincuencia grave para la que sea competente y afecten a dos o más Estados Miembros, basándose en informaciones de Europol, la Fiscalía Europea y Olaf.

Los órganos de funcionamiento de Eurojust serán: los nacionales, el Colegio, el Consejo Ejecutivo y el director administrativo. Cada Estado designará un miembro nacional, un adjunto y un asistente. Tendrán la consideración de fiscal, juez o representante de la autoridad judicial, por un mandato de cinco años, y percibirán sus salarios a cargo de estos Estados. Sus competencias serán las de facilitar el apoyo o ejecución de cualquier solicitud que les sea requerida, intercambiar información con las autoridades de internacionales, integrar equipos de investigación, ordenar.

Las funciones del presidente y vicepresidente de Eurojust son las de representación, convocatoria y presidencia de las reuniones del Colegio y del Consejo Ejecutivo, la dirección de los trabajos y la supervisión de la gestión diaria, y cualquier otra que le dicte el reglamento interno.

El Colegio se reunirá una vez al mes, por iniciativa del presidente, o por solicitud de un tercio de sus miembros. La votación se efectuará conforme al criterio de unidad de voto por persona y podrá delegarse. Los acuerdos se tomarán por mayoría.

Se establecerá una programación anual y otra a largo plazo.

El Consejo ejecutivo tendrá a cargo la administración, revisará la documentación y la informará, estudiará las posibles modificaciones de futuro, revisará el presupuesto anual, y remitirá a la Fiscalía Europea la información en la que tenga competencias.

El director administrativo tendrá un mandato de 4 años y se elegirá por una lista de candidatos en un proceso abierto y por méritos. Sus funciones son amplias y de importante responsabilidad. Es el representante legal de Eurojust y en el art. 18 se detallan un número importante de funciones.

En el cap. 26 se regula el tratamiento de la información obtenida por Eurojust. Al tratarse de información sensible, se atenderá a la protección de los datos personales, y se conservará por el tiempo imprescindible para su utilización. A tal fin se

designará un responsable de la protección de los datos por parte del Consejo Ejecutivo que dará cuenta de su uso.

Este organismo deberá colaborar con la Fiscalía Europea y con Europol, a quienes transmitirá los datos que le sean solicitados, en el marco de la cooperación mutua a que están llamados por sus funciones, así como con otros órganos e instituciones de la Unión.

## **IX. MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL GENERAL**

Estas modificaciones se producen por la necesidad de adaptarlo a la e-Curia, que facilita considerablemente la comunicación en materia procesal. De ahí que las modificaciones se sitúen en el terreno de las notificaciones, permitiendo la presentación de escritos de manera electrónica, aunque se mantenga la posibilidad de hacerlo de manera subsidiaria por el procedimiento ordinario.

## **X. FORMULARIO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**

Surge de la regulación de la asistencia jurídica gratuita ante el Tribunal General. Está en relación con la carencia de medios económicos, y la competencia para su admisión la tiene el mismo Tribunal. Se atenderá en los casos de recursos directos interpuestos por particulares y Estados miembros en relación con materias igualmente relacionadas con el derecho de la Unión Europea, y para obtener resoluciones de anulación de acuerdos de la Sala de recursos de la Oficina de la Propiedad Intelectual o de Variedades Vegetales. Y se rechazarán en las demás materias o por ser manifiestamente inadmisibles.

La solicitud consiste en la cumplimentación de un formulario al que se adjuntarán los documentos acreditativos de las circunstancias que se alegan. Esa solicitud se presentará por el propio solicitante o su abogado, a través de la aplicación e-Curia, y suspenderá el plazo del ejercicio de la acción de que se trate.

## **XI. MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS PRÁCTICAS DE DESARROLLO DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL GENERAL**

El 21 de noviembre de 2018, el DOUE publica esta adaptación de la normativa que desarrolla las normas prácticas de desarrollo del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General. Son normas procesales para la tramitación de las demandas

y procedimiento ante el Tribunal, que afectan a la inscripción de la demanda en el Registro, medidas provisionales, recursos, traslados de los autos, consulta de documentos, y originales de sentencias y autos.

El proceso tiene una regulación similar a las leyes de enjuiciamiento de nuestra cultura jurídica, establecen condiciones de garantía sobre la prueba de testigos o peritos, traductores, publicación de los actos procesales, y tramitación e impulso judicial de los asuntos.

Algunas diferencias hacen referencia a la limitación del espacio de los escritos a 10, 15, 20, 25, 30 o 50 páginas, lo que puede parecer una restricción poco justificada, aunque se excepcionan aquellos casos que por su naturaleza exijan mayor extensión. El resto de la tramitación es muy similar al enjuiciamiento civil de nuestro Estado, con turnos de réplica y dúplica, o con vista oral, procesos reducidos o rápidos, o tratamiento de los datos objeto de la prueba y su necesaria confidencialidad.

## **XII. REGLAMENTO (UE) 2018/1860 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 28 DE NOVIEMBRE SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE SCHENGEN PARA EL RETORNO DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN SITUACIÓN IRREGULAR**

El Reglamento establece las condiciones y los procedimientos para la introducción y el tratamiento de descripciones relativas a nacionales de terceros países sujetos a decisiones de retorno dictadas por los Estados Miembros en el Sistema de Información de Schengen (SIS) establecido mediante el Reglamento (UE) 2018/1861, así como para el intercambio de información complementaria relativo a dichas descripciones.

Los Estados Miembros podrán introducir en el SIS datos sobre los nacionales de terceros países sujetos a decisiones de retorno, con descripciones que se señalan en el art. 4 referentes a filiación, circunstancias de la situación de cada persona afectada, descripción de los documentos y cualquier otro detalle de importancia.

Una vez confirmada la salida de esa persona del territorio de un Estado miembro, se suprimirán las descripciones. Si transcurrido el plazo de retorno voluntario no se llevara a cabo este, los Estados concernidos se pondrán en contacto para determinar las medidas que hubieran de tomarse.

En los casos de prórroga de un permiso de residencia, o visado para estancia de larga duración, los Estados implicados se consultarán mutuamente mediante la información complementaria que proceda, siguiendo las pautas que establece el art. 9.

En cuanto a la transferencia de datos personales a terceros países a efectos de retorno, se tendrán en cuenta los siguientes requisitos: que se transfieran esos datos con los fines de identificación y expedición de un documento de identidad exclusivamente, que se haya informado de esta circunstancia a esa persona, y que no se menoscaben los derechos de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional.

### **XIII. REGLAMENTO (UE) 2018/1861 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018, RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO, FUNCIONAMIENTO Y UTILIZACIÓN DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN SCHENGEN (SIS) EN EL ÁMBITO DE LAS INSPECCIONES FRONTERIZAS, POR EL QUE SE MODIFICA EL CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN Y SE MODIFICA Y DEROGA EL REGLAMENTO (CE) N. 1987/2006**

El SIS es un sistema de información que tiene la finalidad garantizar la seguridad en el territorio de la Unión. El reglamento regula el procedimiento y condiciones en que se produce la información y el funcionamiento de la adquisición de datos, la responsabilidad en la gestión de datos informáticos de gran magnitud.

Las instituciones que componen el SIS son un sistema central (SIS Central), compuesto por una unidad de apoyo técnico, y una interfaz nacional; un sistema nacional en cada Estado miembro, formado por los sistemas de datos nacionales que se comunican con el SIS Central, una infraestructura de comunicación entre CS-SIS.

Los costes de funcionamiento, mantenimiento y ulterior desarrollo del SIS Central y de la infraestructura de comunicación serán sufragados a cargo del presupuesto de la Unión.

El Reglamento regula la posición de los Estados garantizando la disponibilidad de los datos, y transmitirá sus descripciones a través de su N.SIS.

Cada Estado designará una autoridad que será responsable del correcto funcionamiento y adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas establecidas en el Reglamento, para lo que se creará una oficina de funcionamiento continuo (oficina Sirene). Esta oficina servirá de punto de contacto único, en cada Estado miembro con el sistema Central.

La Comisión adoptará actos de ejecución para establecer normas detalladas sobre funciones que competen a las oficinas nacionales, siguiendo un manual confeccionado al efecto, llamado "Manual Sirene". La vigilancia de los datos y el sistema de seguridad para su recuperación en caso de catástrofe, deberá tener en cuenta la

reproducción exacta de su contenido, con revisiones periódicas del sistema de seguridad para evitar accidentes.

Corresponde también a los Estados establecer las normas sobre el secreto profesional que alcanza a la confidencialidad a toda persona su organismo que vaya a trabajar con datos del SIS y con información complementaria, obligación que se mantendrá después de la finalización de su prestación de servicios.

La gestión operativa se llevará a cabo mediante Eu-LISA, que ejercerá las funciones de supervisión, seguridad, coordinación, ejecución del presupuesto, adquisición, renovación y asuntos relacionados con las contrataciones. En materia de seguridad, Eu-LISA deberá proteger físicamente los datos, impedir el acceso a las instalaciones de personas no autorizadas, resguardar los datos para que no puedan ser leídos, o manipulados, y garantizar que su utilización sea por las personas adecuadas a la función a que se destinan.

Se prevén en el art. 19 campañas de información del SIS sobre cuáles son los objetivos perseguidos por el sistema, de manera periódica, en cooperación con las autoridades de control y el Supervisor Europeo de Protección de Datos. El mantenimiento de un sitio web proporcionará información sobre el SIS y los Estados miembros cooperarán con las medidas necesarias para contribuir a esa información.

La Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), tendrá derecho, cuando sea necesario para cumplir su mandato, a acceder a los datos del SIS y a su consulta.

La evaluación de la utilización del SIS se llevará a cabo cada cinco años, y al Parlamento Europeo se enviará un informe sobre los resultados de la evaluación y de las posibles medidas a adoptar.

La protección de los datos personales se llevará a cabo de conformidad con la normativa aplicable de la Unión, y los ciudadanos tendrán derecho a recurrir la información que les concierne tanto para modificarla como para su supresión o acceso.

Finalmente, Eu-LISA establecerá procedimientos que estudien la relación coste-eficacia, y para garantizar la calidad del servicio, mediante la elaboración de estadísticas, estudios e informes.

### **Resumen**

*Este semestre se ha producido una importante normativa en lo que respecta a la Unión, en materias relativas a la seguridad, control de datos relativos a las personas, órganos de justicia de la Unión, y voluntariado y grupos sociales necesitados de especial protección. También en relación con los órganos encargados de llevar a cabo las políticas de género, y la optimización de recursos.*

**Palabras clave**

*Seguridad, control de datos, órganos de justicia, solidaridad, políticas de género.*

**Abstract**

*This semester the Unión has produced a wide and intense normative production related to security, data control, justice institutions, solidarity and vulnerable groups needed of special protection and gender politics.*

**Key words**

*Security, data control, justice institutions, solidarity and gender politics.*

Recibido: 22 de diciembre de 2018

Aceptado: 26 de diciembre de 2018



Foro

---



# CULTURA JURÍDICA Y MEMORIA DE LOS JURISTAS<sup>1</sup>

## Law culture and lawyer's memory

MIGUEL PASQUAU LIAÑO

*Magistrado del TSJ de Andalucía. Profesor de Derecho Civil*

### SUMARIO:

- I. Las academias como depósito de confianza.
- II. Una vindicación de la cultura y el pensamiento jurídicos.
- III. La cultura jurídica es la memoria de los juristas.
- IV. El conceptualismo.
- V. Doctrina y jurisprudencia: encuentros y desencuentros.
- VI. Los estudios de Derecho.
- VII. Las oposiciones.
- VIII. El Tribunal Supremo como punto privilegiado de encuentro entre cultura jurídica y práctica jurídica.
- IX. La cultura jurídica y la cultura de los derechos.
- X. La porosidad del Derecho.

Excmo. Sr. Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada. Excmos. e Ilmos. Sres. Académicos. Dignísimas autoridades. Compañeros y amigos.

He tenido en muchos momentos de mi vida la impresión de ser más valorado de lo que merezco. No son los méritos, sino la fortuna, lo que me ha traído aquí. Esto, que podría parecer una afirmación modesta, no lo es en absoluto: en realidad es una expresión de orgullo, porque hace tiempo comprendí que en una vida lo que se recibe es más importante que aquello en lo que uno se esmera, igual que en los juegos de envite y azar en el fondo son más importantes las cartas que se reciben que la habilidad en el descarte. Por eso hoy me siento en condiciones de hacer un agradecimiento a dos bandas: una, a esta Academia, por haberme señalado como

<sup>1</sup> Discurso de toma de posesión como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 13 de junio de 2018

digno de uno de sus escaños: no miento si digo que me ha sorprendido tanto como me ha ilusionado; y otra, a quienes me dieron un equipaje lleno de oportunidades.

He elegido para este discurso un asunto que me preocupa, y lo he hecho con cierto atrevimiento. Mi desordenada y fragmentaria experiencia del Derecho como universitario y como juez no han hecho de mí un jurista, que es palabra a la que tengo mucho respeto, pero sí un aficionado al discurso de los juristas, en el que de vez en cuando me veo envuelto, y desde esa condición de aficionado he sido testigo de algo que me gustaría saber vindicar: la grandeza y el valor del pensamiento jurídico. En el discurso jurídico se acumulan y confluyen grandes construcciones intelectuales que provienen de la moral, de la filosofía y de la política, que al franquear la puerta angosta del Derecho dan lugar a lo que llamamos cultura jurídica. Por cultura jurídica entiendo no un lenguaje de expertos, ni un cúmulo de acontecimientos, sino un acervo de principios y razones que hacen mejores a nuestras sociedades. Y mi preocupación consiste en que acaso este patrimonio cultural que, sin fuerza de ley, da soporte al Derecho y suministra una consistencia al cuerpo social, esté empobreciéndose. De un lado, porque la realidad se le está escapando: si antes los juristas se ocupaban de los grandes problemas sociales, ahora los grandes problemas sociales parecen más bien dejados a publicistas, sociólogos y tertulianos, quedando la cultura jurídica relegada al lugar de los saberes esotéricos. De otro lado porque incluso la práctica jurídica parece vivir de espaldas a esa cultura, ocupada como está en desliar enredos de normas y en encontrar precedentes en una base de datos. Las bases de datos están muy bien, manejarlas es imprescindible; el problema son los datos, que se están quedando sin memoria.

De esos temores es de los que me voy a tratar en este discurso: de la pérdida de la memoria, del alejamiento de la realidad y de la vulgarización del Derecho.

## **I. LAS ACADEMIAS COMO DEPÓSITO DE CONFIANZA**

Una Academia de Jurisprudencia y Legislación no dicta sentencias ni aprueba leyes. Tampoco es la sede en la que se desarrolla con más plenitud la ciencia del Derecho, pues ahí están las Universidades. El valor de una Academia no estriba en una especie de autoridad intrínseca derivada de su vetustez, ni está en sus ritos, rutinas o ceremonias. ¿Para qué sirve, entonces? Creo que podríamos ponernos de acuerdo en que su utilidad es algo parecido a un depósito de confianza, y ese depósito es la cultura jurídica. Me estoy refiriendo a un patrimonio cultural de principios, instituciones, técnicas, conceptos, dogmas y reglas argumentativas que rodean, envuelven y sostienen a los datos, es decir, a las cambiantes normas jurídicas y a las miles de

sentencias mensuales de acá y de allá, procurándoles una continuidad, una coherencia como elementos de un sistema.

La cultura jurídica, como todo patrimonio cultural, no tiene dueños, sino fiduciarios. Es un continuo recibir para transmitir. Cada generación de juristas comienza siendo fideicomisaria y acaba siendo fiduciaria, obligada a conservar, mejorar y transmitir. Conservar y cuidar lo que se ha recibido, añadirle un tramo de valor, y darlo a quienes vienen después. Esto es, por cierto, la tradición. Las Academias de Jurisprudencia y Legislación desempeñan una función de fiduciarias de la cultura jurídica. Fiducia, confianza: me gusta reparar en que ambas son expresiones hermanas de la misma madre.

¿Se imaginan que cada generación tuviese que inventar su propia gramática y que tuviera que confeccionar su diccionario? La Lengua evoluciona, pero lo hace sobre la base segura de un patrimonio lingüístico de reglas gramaticales, de valores sintácticos y de palabras que permiten a cada generación hacer su propio discurso. Así también el Derecho es mucho más que sus últimas expresiones legales o normativas, y que sus más recientes construcciones jurisprudenciales: hay una base cultural, un lenguaje jurídico, unas técnicas interpretativas, unas instituciones consolidadas que permiten que el conjunto de normas jurídicas no constituya una simple recopilación o compilación, sino más bien un sistema con fondo y perspectiva.

## II. UNA VINDICACIÓN DE LA CULTURA Y EL PENSAMIENTO JURÍDICOS

Tenemos un Derecho en tránsito, mucho más complejo y abierto que aquél que resultó de las grandes codificaciones, aquel enorme esfuerzo decimonónico que racionalizó el material jurídico y lo dispuso de forma ordenada y pretendidamente definitiva. Ahora tenemos un Derecho colgado de una Constitución pero asomado a Europa y en buena parte roto y burlado por una globalización desregulada. Cambió el modelo social y se flexibilizaron las fronteras, hacia adentro (con el Derecho autonómico) y hacia afuera (con la europeización y la globalización); cambiaron las relaciones económicas, el ámbito de la política y sus relaciones con otros poderes, los modos de enriquecerse y empobrecerse, los grupos de intereses. Y es precisamente en medio de tanto cambio cuando más hay que reivindicar la importancia del pensamiento jurídico y devolverle un prestigio social. Porque el Derecho no puede ser sólo un voluntarismo político convertido en ley o un decisionismo judicial caso por caso. Hay algo más: están los conceptos, los principios generales, el lenguaje jurídico y su vocabulario, está la doctrina jurisprudencial acumulada, las figuras y dogmas

jurídicos, como precipitado histórico de una larga experiencia de Universidades y tribunales que han ido decantado buenas razones con un valor estable y duradero, no meramente coyuntural.

El cultivo de la razón jurídica, el perfeccionamiento de las reglas y los dogmas, la crítica de la producción legislativa y jurisprudencial y el pensamiento jurídico en general son tareas de alto cuño que merecen la pena, particularmente en periodos de transformaciones tan profundas y tan poco meditadas. La función de la ciencia del Derecho es imprescindible como instrumento de civilización: llegar a comprender la importancia del continuo cuidado y reciclaje de los criterios de la argumentación jurídica, de la preparación de los materiales conceptuales y doctrinales a utilizar por el legislador, y de la crítica científica, es imprescindible para que la proliferación legislativa de nuestro tiempo no se nos atragante. "El legislador da la sensación de un miope armado con un arma poderosa", dijo Puig Brutau hace bastantes décadas; pero si el legislador siguiera estando miope, sería porque en algo estamos fallando. La calidad de la cultura jurídica que integra nuestra civilización no es menos importante que otros componentes aparentemente más espectaculares, como la cultura empresarial y económica, la cultura política, etc. Un país con leyes para todo pero sin un acervo de ciencia del Derecho es un país seguramente menos sólido y más expuesto a vientos de arbitrariedad. Es verdad que las normas constituyen el punto inicial y el punto final del Derecho, su elemento básico; pero las leyes requieren un lenguaje bien asumido por la comunidad de juristas y un contexto científico y conceptual plagado de resonancias culturales bien perfilado que les sirvan de fundamento y de contraste y que permitan discriminar las buenas razones jurídicas de las que no son buenas; de lo contrario, el nivel de coyunturalidad de las leyes es excesivo, la interpretación jurídica se convierte en puro ardid, las decisiones judiciales quedan frecuentemente desasistidas, con el consiguiente detrimento de la administración de justicia y de la seguridad jurídica.

En su clásica obra "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado" (Editorial Bosch, Barcelona, 1961), el jurista alemán Josef Esser dijo que "en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema". Pero los ciclos no se detienen, y una vez que se ha articulado un sistema, comienza su envejecimiento, por la emergencia de conflictos imprevistos que requieren principios diferentes y ajustes del sistema sobre nuevas bases. Y en esa constante evolución del Derecho nunca se hace tabla rasa. Cuando aparecen nuevos problemas desconocidos hasta entonces y que no caben en el viejo sistema, se pone en marcha un proceso de adaptación que no es sino un perfeccionamiento de viejas razones enfrentadas a nuevas

preguntas. Y ahí está el hilo conductor del pensamiento jurídico, que es el que asegura una continuidad, y el que hace posible la pervivencia de fórmulas curtidas por el paso del tiempo. Ya lo saben: estamos hablando de los principios generales del Derecho, que son precisamente los que hacen del ordenamiento jurídico un sistema con memoria.

### III. LA CULTURA JURÍDICA ES LA MEMORIA DE LOS JURISTAS

Tiremos de este hilo. Profundicemos en esta idea. La cultura jurídica es la memoria de los juristas, y hay pocas cosas más peligrosas que un jurista sin memoria, es decir, un experto en leyes o un habilidoso manejador de formularios que confunde los principios con los aforismos. No me refiero, claro está, a la memoria que permite retener temas de oposiciones, lecciones de manual o brocados en latín. Me refiero a los faros hacia atrás de largo alcance que paradójicamente permiten ver hacia adelante con profundidad. ¿Dónde iríamos sin memoria? ¿Cuántos errores repetiríamos? La memoria nos da un armazón y nos propone unos límites, una severa disciplina. La memoria es el protocolo que nos permite ubicar los problemas, identificar sus constantes, reconocer lo verdaderamente nuevo, partir de una experiencia contrastada, y no tener que comenzar desde cero descubriendo mediterráneos en cada viaje. Las leyes, cada ley, como cada sentencia, no son flor de un día: se apoyan en una larga historia en la que han intervenido multitudes, que ha llenado bibliotecas, que ha suscitado controversias y que ha decantado principios cuya autoridad es racional, no sólo consuetudinaria. Hay una "arqueología del pensamiento jurídico" que conviene preservar y no aplastar con el hormigón del olvido, de las ocurrencias, y del adanismo jurídico. Es preciso tener a la vista esa arqueología, cuidarla, conocerla y recordarla, incluso aunque su cuidado suponga frenar nuevas edificaciones ansiosas de erguirse, porque en sus yacimientos encontramos explicaciones convincentes que nos recuerdan cómo somos y hacen ver hacia dónde estamos yendo. Es decir, encontramos principios.

Ninguno de los artículos del código civil y muy pocos del código penal pueden comprenderse cabalmente sin la profundidad de la historia de la que vienen y sin la carga moral que hay en su fondo. Detrás del concepto de capacidad jurídica adquirida por el nacimiento y constante hasta la muerte que hoy nos parece una obviedad, está ni más ni menos que el principio revolucionario de igualdad, categorizada en la noción de sujeto jurídico como *ciotyen* o *cualunque*, sin clases ni castas, y sirve de soporte dogmático para cualquier declaración de derechos; bajo el artículo 1911 del código civil sobre la responsabilidad patrimonial universal está la prohibición de la

prisión por deudas; el reconocimiento del derecho a ser propietario es correlativo al paso del Antiguo Régimen al nuevo, y el 1278, sobre la libertad de forma en los contratos, es el resultado de una larga evolución desde el formalismo del derecho romano hacia el causalismo influido por el derecho canónico. El principio de tipicidad penal, la prohibición de la analogía *contra reo*, la turbulenta teoría de la culpabilidad penal y la previsión de penas tasadas es el resultado de una línea de depuración histórica de los abusos del poder, preñada de tragedias aparentemente superadas, y el derecho a no declarar contra sí mismo está relacionado con la superación de la tortura como método inquisidor de la verdad. He aquí un muestrario del patrimonio moral de nuestras sociedades que el Derecho ha ido cristalizando en mandatos con fuerza de ley. Hay mucha agua en el pozo del que extraemos la norma aplicable para cada supuesto. El artículo 3.1 del código civil sobre los criterios de interpretación de las normas resulta de un compromiso entre Ihering y Savigny rubricado por Hans Kelsen, y es bueno conocer las razones de ese equilibrio. Doctrinas jurisprudenciales como las relativas a la cláusula *rebus sic stantibus*, el enriquecimiento sin causa, la causalización de los motivos inmorales, o la interdicción de las pretensiones contrarias a los propios actos son construcciones de materiales muy resistentes, porque han ganado muchas batallas sin el acomodo de un precepto legal.

La ocurrencia dispersa, y la memoria aúnan. La política ha abierto muchas zanjas, y el derecho ha construido muchos puentes. Por eso el derecho comparado es más fecundo cuando se remonta a una cultura jurídica compartida que cuando se convierte en un mapa descriptivo y erudito de concordancias y discordancias. El derecho europeo no es el *ius commune*, pero habría encontrado muchas más dificultades sin él. Un jurista español con memoria es hoy, entre nosotros, necesariamente un jurista europeo, aunque sólo fuera porque, además de a De Castro, Alonso Martínez, Clemente de Diego, De Buen, Castán Tobeñas, García de Enterría o Sánchez Román, lo sepa o no, lleva dentro a Kant y a Weber, a Kelsen y a Ferrajoli, a Ihering y a Savigny, a Domat y a Pothier, a Dworkin y Habermas, a Marx y a Adam Smith, y a otros muchos monstruos del pensamiento jurídico que no vamos a enumerar. Mi compañero Jochen Albiez, que es más alemán que español, pero más granadino que yo, lo tiene claro, y lo dice a diestro y a siniestro: cuando entre nosotros hablamos de cultura jurídica estamos hablando de Europa. Y por tanto, sigo yo, de Roma, del derecho germánico, del derecho canónico, del *ius commune*, de la Ilustración, del movimiento codificador, del constitucionalismo del siglo XX y de la construcción de un espacio jurídico europeo a finales del XX y comienzos del XXI. Cierto, también de la tradición del *common law*, aunque tampoco seamos conscientes, pero de esto hablaré menos por ignorancia.



La cultura jurídica es la memoria del jurista, y un jurista con memoria tiene ya mucho recorrido hecho, al tiempo que seguras prevenciones frente a los abismos. No puede, no tiene derecho a perderse en el laberinto entre la democracia y el Estado de derecho como el que se ha representado en nuestro país en el último año, porque su memoria le recuerda que sin constitución la democracia se convierte en masa sin forma, en el abuso de las mayorías coyunturales y en un trampolín hacia el autoritarismo, y que sin democracia la ley es forma sin masa, o el blindaje de intereses convertidos en privilegios. Un jurista puede, claro que sí, propugnar o aplaudir la prisión permanente revisable, pero no puede hacerlo al hilo de titulares o reportajes de sobremesa sin ponderar cuidadosamente las razones por las que un día se renunció a ella, inscritas en una línea histórica de contención de la represión penal. Puede aplaudir la eficacia, pero sabe que la eficiencia no es fuente del Derecho. Puede entender las razones de Estado, pero no puede aceptar la subordinación de derechos fundamentales hasta convertirlos en condicionales y contingentes. Puede criticar una sentencia, pero no sin antes sospechar que tiene razones que brotan del juicio al que no se ha asistido, y ha de defender en todo caso la cosa juzgada como una necesidad absoluta del sistema. No puede permitirse el lujo de precipitar prejuicios, sino defender el valor del juicio. Debe haber comprendido que, a la hora de solucionar conflictos, merece la pena sujetar lo emocional, lo primario, lo ideológico y lo meramente intuitivo y atenerse a razones jurídicas, a las mejores a su alcance, porque así, aunque no se logre el mayor acierto, se reduce el riesgo de la arbitrariedad y de las peores equivocaciones. Si tiene memoria, el jurista ha de saber que la finitud y limitación del derecho es el mejor antídoto ante la discusión infinita sobre la justicia. Porque en realidad, como decía mi amigo José Luis Serrano, magnífico disolvente de los cielos confortables, lo específico de un jurista no es la idea de justicia, sino las técnicas de reducción de la complejidad de la pregunta por lo justo. Junto a la razón y las emociones, los juristas usamos la reductora de las ficciones, las presunciones, las garantías, las reglas sobre la carga de la prueba, la nulidad de evidencias ilícitamente obtenidas, las formas, los plazos: una estructura artificial pensada para gestionar y ceñir a máximos tolerables la inevitable cuota de injusticia del funcionamiento social. Esto es el Estado de Derecho, que no pretende hacernos felices, ni buenos, ni ricos, sino delimitar espacios de controversia civilizada y articular principios que hagan previsibles las soluciones más razonables, aún a costa de asumir inevitables puntos ciegos. En realidad, sobre el impulso constante y creativo de la justicia, el derecho se empeña en ofrecer pautas de seguridad jurídica, y la cultura jurídica es la que opera ese compromiso, dándole consistencia.

La cultura es la memoria. Ayuda a saber de dónde venimos, de dónde viene todo lo que manejamos en pleitos, proyectos de ley y trabajos crítica jurídica. Es muy probable que todos ustedes se hayan visto alguna vez, en el ejercicio de su profesión, perdidos en un laberinto de razones de corto alcance, y que sólo hayan podido encontrar una salida gracias a un viejo mapa recordado de principios y fundamentos que un día estuvieron claros, antes de que el casuismo improvisado y las urgencias coyunturales lo emborronase. No es lo mismo conocer las fuentes que ignorarlas. Lo que se aprende por repetición y no por asimilación se encapsula, se abstrae de sus razones profundas, se convierte en cartón-piedra y es más vulnerable: al atardecer, se nos habrá olvidado su sentido. Una sociedad con cultura jurídica es menos vulnerable, porque tiene a punto las defensas frente a tendencias, modas, inercias y vicisitudes por las que ya habíamos pasado.

#### IV. EL CONCEPTUALISMO

Pero no seré yo quien defienda una cultura jurídica de museo. Ihering advertía sobre el "paraíso de los conceptos" al que tendemos los juristas. Es el riesgo del conceptualismo, de la abducción de la realidad por los cuadros, las naturalezas jurídicas, las definiciones, las clasificaciones. Es el laberinto del discurso sobre el discurso, la fascinación por el orden simétrico y el consiguiente alejamiento de la realidad compleja, asimétrica, dinámica. También es la construcción de una especie de casta, la de los juristas, que se creen en posesión de un saber al que se sacraliza para así utilizarlo como un poder, y que se defiende de lo nuevo. Tan perfectas son nuestras construcciones, que responsabilizamos a la realidad de no haber dentro de ellas, y así la subsunción se produce, más que interpretando la norma o afinando en la comprensión del conflicto, desfigurando los hechos, simplificándolos, reconduciéndolos a los arquetipos previstos. Como Platón, pero con trampas. Elaborado el guante, si la mano no entra se corta un dedo. *Omnis definitio in iure periculosa est*, se decía ya en el Digesto.

El conceptualismo tiene un problema, y es que es un mal método para identificar y seleccionar los verdaderos conflictos, cuando precisamente lo más singular del derecho es la formación de reglas, principios, criterios e instrumentos para la resolución de conflictos reales y difíciles. En el principio está el conflicto, y la palabra del derecho no cae del cielo, sino que brota de la controversia y la dialéctica, es decir, del juicio. "Es el juicio, estúpido", deberíamos decirnos los juristas a nosotros mismos, y poco después a los creadores de opinión pública que tan terminante y precipitadamente sentencian a primera vista, asistidos de su ojo clínico y de sus sesgos no

expuestos a la contradicción de un juicio. Afortunadamente la dialéctica, es decir, el juicio, introduce los matices, las excepciones, las distinciones. No, la cultura jurídica no puede ser un catálogo de piezas rígidas ni de rocas de otro planeta, porque sólo tiene sentido si no se expone continuamente al desmentido de la realidad.

El ensimismamiento de los juristas nos aleja de la realidad, y como denunciaba Pietro Barcellona, "un derecho sin realidad produce una realidad sin derecho". Mucho aprendí sobre esto de mi compañero José Antonio Navarro, uno de los civilistas que más se ha empeñado en su trayectoria investigadora en abrir las ventanas de la dogmática civilista a los debates de las ciencias sociales que la rodean. Un derecho sin realidad produce una realidad sin derecho. Si el mundo de los abogados y de los tribunales no es capaz de absorber los conflictos en su dimensión real, si los convierte en mero carburante del que obtiene la energía para conservarse a sí mismo pero no devuelve confianza y utilidad a la sociedad, profundizaremos la deriva hacia la denunciada anomia de las sociedades de la que advierte Durkheim, es decir, la cultura de la debilidad de la ley y el Estado de transgresión, en vez del Estado de Derecho. Leyes-escaparate que no aspiran a ser cumplidas, y prácticas habituales que no aspiran a ser legales. La pregunta que podríamos hacernos es inquietante e incómoda: ¿diríamos hoy que es razonable tomar decisiones sobre la confianza en la ley y en los tribunales de justicia? ¿Es ese el modo normal de funcionamiento de empresas y de ciudadanos? ¿No hay una lógica de funcionamiento alejada de lo jurídico y lo normativo que se ampara en la propia incapacidad del derecho? ¿No es verdad que la globalización, que tantos buenos resultados está dando en números comerciales, está siendo aprovechada por los agentes económicos para escapar del Derecho y de los derechos? Y si eso es así, ¿de quién es la culpa? ¿sólo de la realidad y de la sociedad, o también de los juristas? No es ya que los servicios de inteligencia tengan salvoconducto para eludir las determinaciones legales; es que buena parte de las transacciones, de las prácticas de negocio y de las formas de hacer valer los propios intereses parten de la premisa de que la ley y el derecho son un estorbo a eludir, entre otras cosas porque todos lo hacen. Es cierto que esta actitud, como se ha señalado por algunos, es más propia de sociedades postcatólicas que de las sociedades postluteranas y que puede tener que ver con una diferente percepción de la moral cívica (o si prefieren, de la ética civil) con fundamento autónomo (es decir, una vez tapado el ojo del Dios-Juez que premia a los buenos y castiga a los malos). Pero sin duda hay algo más, que nos concierne. Y ese algo más puede tener que ver con un problema cultural del que los juristas somos responsables, al que podríamos llamar conceptualismo, ensimismamiento, autocomplacencia y rutina, y que de ninguna manera podemos confundir con la cultura jurídica. De todo es consecuencia, al tiempo que causa, el

desprestigio de los tribunales. Los juzgados hoy día tienen puertas pequeñas por las que no caben muchos de los conflictos que conforman nuestras sociedades, a lo que cabe añadir que lo que sí entra, con frecuencia es engullido en un sistema en el que los principios no son habitualmente los que mandan, sino una batalla estratégica de pellizcos y trampas. Es paradójico que se esté judicializando la política y que sin embargo se esté desjuridificando la sociedad. Ciertamente que la globalización, tal y como parece que fue intencionalmente diseñada (pues por los frutos se conocen las semillas) está siendo el fenómeno más importante de construcción de una realidad al margen del Derecho, lo que está ocasionando que el Derecho se ocupe de las consecuencias pero no pueda intervenir en las causas. Y esto es lo que está ocurriendo: un poder real sin constitución y unas constituciones sin poder, o con un poder menguante. Pero más allá de la melancolía que puede producirnos lo que parece escapárenos sin remedio, miremos el vasto territorio en el que no da igual cómo hagamos las cosas los juristas, y sigamos empeñados en el fortalecimiento de una cultura con memoria, útil y resistente, y si fuera preciso combativa.

¿Cómo combatir esta anomia social, que acaba siendo la anarquía de los poderosos? ¿Cómo rescatar la cultura jurídica del paraíso de los conceptos? ¿Cómo contribuir a un diálogo fecundo entre derecho y realidad?

De las muchas posibles, he seleccionado dos perspectivas desde las que reflexionar sobre cómo fortalecer la cultura jurídica como arma de construcción de un buen Derecho: la primera, una visión crítica sobre las relaciones en nuestro país entre doctrina científica, práctica jurídica y jurisprudencia. La segunda, el volcado de la cultura jurídica sobre lo que podríamos denominar "cultura de los derechos".

## V. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Comencemos por lo fácil. No es original decir que uno de los centros de gravedad del buen Derecho es el diálogo incesante entre la doctrina y la jurisprudencia. Que una tiene lo que a la otra le falta. Que una y otra se necesitan. Que cuanto más se miren, cuando más se recorra ese ir y venir entre una y otra, desde los cuadros a la realidad y desde la realidad hacia las normas, más sólida será la jurisprudencia y más útil la doctrina. La jurisprudencia es un magnífico muestrario de conflictos reales, que la doctrina debe empeñarse en conocer. Esto lo suscribimos todos, pero igual que el veneno no está en la sustancia, sino en la dosis, también ocurre así con los remedios, y tengo la impresión de que no alcanzamos las dosis terapéuticas óptimas. Pensemos en cómo fortalecer ese círculo virtuoso y cómo ahuyentar el viejo vicio del

tenaz desencuentro entre doctrina y jurisprudencia en nuestro país. Quizás hagan falta algunas reformas.

Es verdad que en España la doctrina tiende a seguir un modo de crecimiento cancerígeno: se expande sin programa; y es verdad que a diferencia de lo que ocurre en algunos otros países cercanos como Francia y Alemania, producimos una doctrina demasiado invertebrada, sin esqueleto en el que poder colgar cada aportación, sin un *status quaestionis* bien definido al menos en las materias más importantes. Con demasiada frecuencia la investigación no es la reacción a una pregunta, sino un trabajo de minería que, sin saber por qué, excava en una determinada institución por la sola razón de que hace tiempo que no se escribe sobre ello, y a veces encuentra un filón valioso.

Pero también es verdad que en el ámbito científico se lee, se estudia y se piensa. El profesor universitario tiene un *tempus* distinto al del juez y al del abogado, un *tempus* que le permite enfrentarse a problemas sin prisa, y con la perspectiva que ofrecen los debates específicamente doctrinales, históricos o dogmáticos. Puede, en suma, dialogar intelectualmente con la cultura jurídica. Lo que no es seguro es que el esfuerzo intelectual de la doctrina tenga reflejo en una jurisprudencia más bien autorreferencial, sin sensores eficaces al exterior y proclive a la rutina. Así, la doctrina se provoca a sí misma, y la jurisprudencia se nutre de sí misma, ahondándose el foso entre esos dos reinos separados. Naturalmente, entonces la doctrina cae o bien en la melancolía, o bien en el onanismo estéril, incapaz de fecundar nada, y la jurisprudencia simplemente se empobrece, se marchita, por estar cegada una de las fuentes de las que debería nutrirse.

Esta falta de interlocución entre doctrina y jurisprudencia es, naturalmente, un factor de empobrecimiento de nuestro sistema jurídico y una enorme pérdida de oportunidades. Si quiere fecundar a la realidad, la doctrina tiene que coger las maletas y salir al encuentro de la jurisprudencia, penetrando en sus frentes de batalla; por su parte, la jurisprudencia, si no quiere convertirse en un catálogo marchito de estribillos ni en un enjambre azaroso de precedentes sin jerarquía ni líneas de continuidad, ha de abrir vías de entrada a las aportaciones doctrinales para dejarse interpelar por ellas, e incluso para conocerse a sí misma, porque para eso desde luego no basta con las bases de datos jurisprudenciales: es necesario que personas cualificadas destaquen, subrayen, critiquen, jerarquicen y disciernan entre lo que vale más y lo que vale menos.

El problema no está en la calidad de cada sentencia. No es que la doctrina sea mejor que la jurisprudencia, ni que los investigadores sepan más derecho que los jueces, los fiscales o los abogados: a cada cual, su función propia. No se trata de que

los doctores dicten sentencias ni de que los jueces tercién en los debates científicos, sino simplemente que se miren entre sí con intención de verse.

Cierto que la solución no puede fiarse a que el juez, liberado de parte de su carga de trabajo, y por lo tanto con más tiempo para cada asunto, aspire a conocer la doctrina que se ha ocupado del asunto, sea capaz de discriminar la buena y la mala doctrina, y sea por lo tanto agente de encuentro entre doctrina y jurisprudencia. El juez, como también el abogado y el fiscal, trabajan a corto plazo, asunto por asunto, y raramente tienen la sensación de que profundizar en el estudio es rentable, porque cada mañana ha de enfrentarse a dos o tres problemas sin ninguna continuidad entre ellos. Está bien que cada juez cuide de su formación y se haga con una estrategia de estudio de las materias que más toca, pero no será por esa vía voluntarista por la que, en mi opinión, subirá de manera relevante el nivel doctrinal de nuestra jurisprudencia. En mi opinión las vías de penetración de la doctrina en la jurisprudencia más eficaces son, de un lado, la base, es decir, la formación inicial del jurista y en particular del juez; y de otro lado la cúspide, es decir, el Tribunal Supremo, al que sí cabe exigirle el viaje de encuentro hacia la doctrina para, desde la autoridad de su doctrina jurisprudencial, derramarla sobre todo el espacio jurisprudencial.

## **VI. LOS ESTUDIOS DE DERECHO**

Pensemos primero en la formación. ¿Estamos satisfechos con la evolución de nuestros planes de estudio de Derecho en las últimas décadas? Yo creo que las reformas de estos últimos veinte años han supuesto algunas mejoras, sobre todo en lo que se refiere a la metodología y a una imprescindible adaptación del peso curricular de las diferentes disciplinas. Me parece, sin embargo, que estamos fallando en lo más importante, en aquello en lo que nadie puede sustituirnos, que es precisamente la transmisión de la cultura jurídica. Decidimos abandonar un plan de estudios que había quedado anacrónico porque estaba pensado para abarcar enciclopédicamente un Derecho que podía conocerse en cinco años de estudio, y eso dejó de ser posible con la proliferación de materias, leyes y disciplinas especiales; pero en vez de replegarnos sobre los núcleos, los principios, los métodos y los grandes rasgos de cada disciplina, optamos por estirar el chicle en programas descriptivos y superficiales que dan similar importancia a la teoría general del delito que al derecho penitenciario, a la fe pública registral que a las servidumbres legales, a los derechos fundamentales que al registro de parejas de hecho, con un juego desordenado de troncales y optativas en el que se aprecia más la disputa entre áreas que un diseño racional. Se enseña con prisas y se examina demasiado. Es difícil

rascar o ahondar en las grandes cuestiones del Derecho, porque todavía nos entra vértigo intelectual si dejamos de evaluar sobre el juego y la apuesta o sobre el delito de exacciones ilegales, como si esa falta fuera a constituir un agujero negro en la formación de los alumnos. Suministramos una información lineal, sin relieve, y sucumbimos al temor de aburrir a los alumnos con asuntos que exigen curiosidad intelectual para que tengan sentido. La dispersión de asignaturas permite tocar materias puntuales antes apenas abordadas, pero en detrimento de la comprensión profunda de lo nuclear de cada disciplina. No sólo eso: las materias explícitamente orientadas a la transmisión de la cultura jurídica menguan sin cesar: la historia del derecho, el derecho romano (que no es el de Roma, sino el cúmulo de estudios que provocó tantos siglos después), la teoría general del derecho, la teoría del Estado, la argumentación jurídica, el mismo Derecho civil, es decir, esas disciplinas que saben "mirar atrás", y que ayudan a no perderse entre las hojas, porque hablan de las raíces. Hemos querido avanzar en la línea de un curriculum profesionalizante, de capacidades y habilidades, pero no lo estamos consiguiendo, y sin embargo estamos descuidando materias que o se estudian en la Universidad o caerán en el olvido y la ignorancia. Los programas de estudio también se están quedando sin memoria. Si convenimos en que la cultura jurídica es un factor de solidez de las sociedades, y si queremos volcarla sobre la práctica jurídica, habríamos de orientar la formación universitaria más en la transmisión de ese patrimonio cultural que en la dispersión de detalles de un ordenamiento jurídico inabarcable.

Cuatro cursos académicos serían suficientes si de cada disciplina enseñáramos los fundamentos que debe conocer bien quien no vaya a ser especialista en ella, confiando en que los detalles, la especialización y la pericia profesional son algo que puede adquirirse posteriormente. ¿Qué debe saber un civilista de derecho penal? ¿Qué debe saber un notario de derecho procesal? ¿Qué debe saber un abogado laboralista de derecho civil? ¿Qué deben saber todos de Derecho? Eso es lo que deberíamos enseñar en un Grado de cuatro cursos: el contrato, el delito, el proceso, el acto administrativo, los Tratados; la fe pública registral, el principio de intervención mínima del derecho penal, el efecto de cosa juzgada, la tipología de las sociedades mercantiles; la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, la protección del salario, las técnicas de interpretación y aplicación del Derecho, la insolvencia, los puntos de conexión en las normas de conflicto; el tributo, la prueba, la partición, la presunción de inocencia. La red de principios que sujeta todo este entramado. De dónde viene todo eso, y para qué sirve.

## VII. LAS OPOSICIONES

Luego están las oposiciones, o más precisamente, nuestro sistema de oposiciones para el acceso a la función de juez, fiscal y otras profesiones jurídicas. Sobre este asunto, mi opinión puede ser controvertida, pero no estamos aquí para abundar en lo unánime. Es una pieza muy importante del sistema, y no parece que sea inoportuno proponerse una reflexión tranquila sobre si estamos o no satisfechos con nuestro sistema de oposiciones, sobre si basta algún retoque para mejorarlo, o si habría de cambiarse a fondo, o sobre si existen alternativas que, además de abundar y afinar en una selección objetiva de los más idóneos, pudieran mejorar la formación jurídica de los seleccionados.

La oposición actual, caracterizada en lo sustancial por el entrenamiento en la recitación oral de un temario exigente, asegura que quienes acceden a la condición de juez, fiscal y otras profesiones jurídicas han tenido que demostrar una notable disciplina y resistencia personales, así como un conocimiento extenso del Derecho, que luego, con la práctica profesional, perfilan y mejoran. La calidad de nuestros cuerpos profesionales al servicio de la Administración es un argumento a favor de dejar como está un sistema que parece funcionar bien. Mis objeciones, sin embargo, responden a dos tipos de consideraciones: el actual sistema comporta la exclusión, por disuasión, de personas no menos capaces para ejercer la función judicial; y desde el punto de vista de la formación, los esfuerzos necesarios para superar las pruebas podrían emplearse en métodos y contenidos mucho mejor orientados para dotar a los candidatos de una formación jurídica de calidad.

Desde la primera de las perspectivas, el panorama de una dedicación exclusiva al aprendizaje memorístico durante un periodo medio calculado en entre cuatro y cinco años es disuasorio para muchos graduados en Derecho que o bien carecen de condiciones familiares, personales y económicas apropiadas para semejante apuesta, o encuentran alternativas mucho más inmediatas y atractivas, y no ya por una cuestión de comodidad o pereza, sino también de manera de ser. Esto es importante, si de verdad queremos que los mejores se sientan llamados a intentar ser jueces. No está claro que la disposición a preparar las oposiciones tal y como ahora se conciben sea la única buena tarjeta de presentación posible en cuanto al perfil humano de quienes queremos que sean jueces, fiscales u otros profesionales del Derecho al servicio de la Administración. La oposición requiere mucho esfuerzo, pero sobre todo requiere un tipo determinado de esfuerzo: el de la disciplina de la memoria, y no es esa la única ni la más importante cualidad que *a priori* valoraríamos en un sistema perfecto de selección. En algún país de nuestro entorno, por ejemplo, el tiempo de preparación de oposiciones a judicatura está tasado: un año y medio desde que se concluyen los



estudios universitarios. La finalidad es que el graduado en Derecho que quiere ser juez no deba competir con candidatos que llevan cuatro o seis años estudiando, y que sepa que la inversión de tiempo que ha de arriesgar no es desmesurada. Si el modo regular de acceso consiste en una prueba objetiva que ha de prepararse en un tiempo máximo, los resultados sin duda pueden permitir medir no sólo la capacidad de resistencia, sino más bien la capacidad intelectual. Una vez efectuada la selección, se abre el periodo de formación, que ya se produce en otro entorno más propicio y que puede suponer una segunda criba.

En nuestro país sufrimos la tragedia de la desconfianza hacia procesos de valoración de candidatos que comporten un margen de discrecionalidad, por la facilidad con la que entre nosotros dicha discrecionalidad se torna en arbitrariedad, endogamia y amiguismo. Es una tragedia, y de las grandes, porque eso limita mucho las posibilidades de seleccionar con criterios racionales y flexibles. En todo caso, aceptando ese condicionante y optando por sistemas objetivos que limiten la facultad de apreciación del tribunal o la concreten a aspectos cuantificables, bien podría pensarse en otro tipo de pruebas diferentes a la reproducción memorística y oral de temas en catorce minutos. Puestos a ser objetivos, nada mejor que un test tipo MIR; pero si se quiere algo diferente a un test como prueba principal (y en Derecho así debe ser), nada complicado es encontrar otro tipo de pruebas, como por ejemplo una exposición escrita con tiempo suficiente para estructurarla, pensarla y redactarla, que no se la juegue en el temor a un bloqueo instantáneo de la memoria, y que podría venir seguida de una lectura ante el tribunal con posibilidad de un debate o intercambio con sus miembros. Con esto bastaría para cambiar radicalmente el tipo de esfuerzo que debe hacer un opositor durante el tiempo de estudio y preparación, que ya no estaría orientado al entrenamiento en una forma de recitación, sino en la mayor profundidad en la comprensión de la materia y en un esfuerzo personal en la construcción del propio temario. Sin duda podría pensarse además en la resolución de casos bien elaborados que fuesen suficientemente significativos de la adquisición de los conocimientos básicos, de la capacidad de argumentación, y del conocimiento de la jurisprudencia más relevante. Puedo dar testimonio por mi experiencia como docente, de que esas cualidades son medibles de manera objetiva, incluso en la fase de formación universitaria: ¿no van a poder serlo, entonces, en una prueba exigente de acceso? ¿Qué perfil queremos como modelo de futuro juez? ¿A qué modelo de juez aspiramos? ¿Cuál es el que prima y favorece el actual sistema? Son preguntas que deberíamos hacernos con intención de encontrar una respuesta, y creo que las estamos postergando desde hace mucho tiempo. "Las pruebas de selección deberán permitir valorar la cultura, madurez y

capacidad argumental y de análisis del aspirante". No lo digo yo: lo decía un Pacto para la Justicia que por desgracia se quedó en pacto.

Más todavía me importa la perspectiva de la formación que se consigue con la preparación de unas oposiciones. Es tan grande el esfuerzo que tiene que hacer un opositor para embutir en las cavidades de su memoria las píldoras concentradas de definiciones, artículos y clasificaciones doctrinales, que acaba imprimiendo carácter. El Derecho que en cápsulas apretadas aprende el opositor es un Derecho conceptual, acrítico y descriptivo, plano, sin relieve ni dudas (no hay tiempo para ellas), sin apenas rendijas por los que quepa una cabal visión de la realidad, sin distancia que permita una perspectiva, estructurado en temas elaborados para poder ser cantados a ritmo rápido y con entonación clara en un tiempo tasado. Quien haya tenido la ocasión de leer alguno de esos temarios que circulan con más éxito, y que hacen añorar al viejo Castán, sabrá a qué me estoy refiriendo. ¿Cómo va a ser inocuo este tipo de esfuerzo? De entrada, resulta incompatible con otras fórmulas de preparación de opositores diferentes del modelo del preparador experto en ritmos de aprendizaje y recitación, como podrían ser por ejemplo másteres de postgrado o academias especializadas. Bastaría, como he dicho, con que las pruebas consistieran en una disertación escrita sobre uno o varios temas iguales para todos, en vez de la compulsiva exposición de un texto aprendido para ser recitado sin titubeos, y que incluyeran el análisis de textos o la resolución de problemas, para que el opositor dedicase más tiempo y esfuerzo a adquirir otras habilidades, a la profundización en las diferentes materias y a un aprendizaje de calidad de los aspectos más importantes de la cultura jurídica en general. No es un simple *desideratum*: bastaría con convertir la convicción de que las cosas pueden mejorarse, en una decisión de mejorarlas.

Soy consciente de las resistencias a las que se enfrenta cualquier intento de modificar nuestro sistema de oposiciones. Pero me traicionaría a mí mismo si no dijera que en mi opinión una de las mejores cosas que podríamos hacer para aspirar a una cultura jurídica de más calidad en la práctica jurídica sería abandonar la autosatisfacción con el sistema de oposiciones y pensar con manos libres qué sistemas podrían mejorarlo. Sé, insisto, que pueden darse buenas razones para defender el actual sistema. Pero son razones que hace demasiado tiempo que no se someten a un debate intelectual y crítico, en el que no sólo tengan palabra quienes hicieron oposiciones y las aprobaron. No se me ocurre ninguna razón válida para no intentar una mejora en profundidad, al tiempo que una homologación con los sistemas de países de nuestro entorno. Y me pregunto si las Academias de Jurisprudencia y Legislación, integradas por juristas de tan distinta procedencia, no serían una sede idónea para provocar y coordinar una reflexión sobre tan importante cuestión.

### VIII. EL TRIBUNAL SUPREMO COMO PUNTO PRIVILEGIADO DE ENCUENTRO ENTRE CULTURA JURÍDICA Y PRÁCTICA JURÍDICA

Pero junto a este equipaje inicial de todo jurista y a la formación especializada en cada sector profesional, el ámbito natural del encuentro entre la doctrina científica y la jurisprudencia debe ser el Tribunal Supremo. Cada juez en su ámbito podrá, de oficio o a instancia de la diligente labor de un abogado estudioso, introducir en el espacio jurisprudencial orientaciones doctrinales que acaso tengan algún eco beneficioso. Cada Audiencia Provincial deberá incrementar un poco más ese esfuerzo, pues sin duda ha de cuidar su propia doctrina sobre los temas de que más frecuentemente se ocupa. Y así se hace, cada vez más. Pero donde es inexcusable el cruce entre ciencia y actividad judicial es el órgano que tiene asignada la función no sólo de proteger a la ley de las desviaciones de los órganos judiciales inferiores, sino también, y sobre todo, de favorecer las mejores interpretaciones de la ley y de completar el ordenamiento jurídico con materiales de calidad y consistencia.

Un Tribunal Supremo tiene la obligación institucional de mirar hacia afuera para importar lo que le parezca valioso. El Tribunal ha de estar al tanto de las aportaciones de la doctrina española, así como también de la jurisprudencia comparada. Debe haber un empeño institucional en conseguirlo, con recursos personales y materiales suficientes. Si fuera así, es decir, si desde la orilla de la Universidad se percibiera que el Tribunal Supremo está organizadamente atento a las soluciones que se proponen desde ella, ¿no se sentirían los investigadores motivados a hacer de la jurisprudencia su principal interlocutora? Y ¿no proliferarían trabajos y estudios directamente orientados a influir sobre las decisiones judiciales, a través del tamiz crítico de los encargados de conformar la doctrina jurisprudencial? Una jurisprudencia atenta a la doctrina determina una doctrina atenta a la jurisprudencia. Mucho vamos avanzando, ciertamente, desde los dos lados. La doctrina trabaja mucho mejor la jurisprudencia que hace un par de décadas, y el Tribunal Supremo, al racionalizar y limitar el acceso a la casación, se ha permitido a sí mismo centrarse en su función doctrinal, y cuenta con gabinetes de letrados que hacen un magnífico trabajo. Estamos mucho mejor que cuando Díez-Picazo, hace cincuenta años, publicó su magnífico libro titulado "Estudios sobre jurisprudencia civil", en el que recopiló y comentó las grandes sentencias sobre las diferentes materias, pero ¿no es ya momento de hacer una nueva recopilación de esas sentencias que todo jurista debería conocer, para que sirvieran de referencia? ¿Por qué no hacerlo desde una Academia de Jurisprudencia y Legislación? Y estamos mejor que cuando Castán, como presidente de la Sala Primera, regó la jurisprudencia de nuevos conceptos y

doctrinas que aún llenan considerandos, pero ¿no tenemos la impresión de que algunas doctrinas jurisprudenciales consolidadas están frenando la recepción de nuevos y mejores planteamientos?

No es, pues, un diálogo vago y difuso entre doctrina y jurisprudencia el que nos está haciendo falta a todos, ni amables jornadas de formación en las que convivan magistrados y profesores. Me refiero a una reorientación de la formación básica de los juristas y de los métodos de selección y especialización de los profesionales del Derecho, así como a una meditada estrategia de comunicación científica residenciada en el Tribunal Supremo, tal que permita a los magistrados del Tribunal Supremo conocer en tiempo presente las principales aportaciones de la doctrina, así como comprobar la acogida que sus sentencias, o mejor, sus doctrinas jurisprudenciales, tienen entre los autores que se ocupan de las mismas. El objetivo es que la doctrina jurisprudencial sea buena doctrina, y que la doctrina científica sirva buenos materiales para la jurisprudencia, es decir, un empeño francamente ilusionante para los investigadores, necesario para los jueces, e imprescindible para conservar y mejorar una cultura jurídica abierta a la realidad.

## IX. LA CULTURA JURÍDICA Y LA CULTURA DE LOS DERECHOS

Y vamos ya al último de los muros con los que quiero estrellarme. Apunté antes que otra forma de enfrentarse al problema de la anomia, la desjuridificación de la sociedad y la esclerosis del Derecho mismo es la revitalización de la cultura de los derechos. No es ésta una reflexión de menor importancia, porque tiene que ver con el Derecho como mediación entre el poder y la ciudadanía, y con la premisa que comparto de que si el pensamiento jurídico no es capaz de entenderse con la sociedad misma, se convierte en una simple sabiduría de expertos e iniciados.

Que la debilidad de lo legal esté relajando la aceptación voluntaria y el valor social de compromisos, reglas y obligaciones ya es algo que debe preocuparnos. Pero más preocupante aún es la falta de aprecio por los derechos y la pérdida de memoria de su radical importancia como elemento de civilización y de racionalización del ejercicio del poder. Nuestras sociedades están concebidas como sociedades de individuos con derechos, y cuando una parte no marginal de la sociedad confía más en un poder expansivo, con el que se identifica, que en los derechos, que considera privilegios de los otros; cuando se aceptan mejor las limitaciones a los derechos exigidas por el orden público que los límites a la política exigidos por el respeto a los derechos; cuando van claudicando los instrumentos naturales de regulación y encauzamiento de conflictos y se mira precipitadamente a un derecho penal hiperactivo con vocación de *primera ratio* (como decía mi amigo y

compañero Rafael Barranco), es que se entra en un ciclo histórico de degradación de la cultura jurídica que la confina y aquietta en bibliotecas, universidades y academias.

La cultura de los derechos y por tanto el aprecio de la dignidad de un ciudadano es el más importante canal de comunicación entre el pensamiento jurídico y la sociedad. Se es ciudadano porque se tienen derechos, y se tienen derechos porque la sociedad a la que se pertenece se ha comprometido a ello en un pacto constituyente que está por encima de cualquier poder. El constitucionalista alemán Peter Häberle, cuya influencia entre nosotros es mérito del Profesor Francisco Balaguer, dice que "la dignidad humana es la premisa cultural del Estado constitucional, que tiene a la democracia pluralista como consecuencia organizativa". Esto no es una frase ingeniosa ni un buen deseo, es la conclusión de muchos años de reflexión. Häberle defiende con lucidez que la constitución es mucho más que un conjunto de textos jurídicos o un compendio de reglas normativas: es, dice, "la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas". Y en ese contexto habla de la dignidad de cada humano como una "premisa cultural", es decir, como un *a priori* hegemónico en el que se asientan nuestras constituciones; por eso el artículo 10 de la nuestra dice que la dignidad de la persona es "el fundamento del orden jurídico y de la paz social". No aceptar esto y no hacerlo con todas sus consecuencias es situarse en contra del sistema, por mucho que se defienda al régimen. Pero es aquí donde debo confesar un rasgo de pesimismo. Conozco a pocas personas que pongan en duda esa premisa cultural, es decir, la supeditación del poder, del orden público y de la política a la dignidad humana. Y sin embargo, tengo dudas sobre si esta convicción es sincera, y sobre todo si está preparada para resistir con la necesaria radicalidad a tendencias que la asedian. Vista la deriva populista de buena parte de las sociedades europeas, subproducto de una degradación cultural que tiene causas y culpables, no tengo confianza en que en las próximas décadas nuestras sociedades estén en condiciones de asumir las exigencias y renuncias a que conduce semejante planteamiento. Temo, sinceramente, que por falta de memoria, nuestra "premisa cultural" de la dignidad humana esté convirtiéndose en retórica, y que de la cultura de los derechos se esté girando de nuevo hacia la cultura del poder, la eficacia, las prisas, la identidad nacional, la tecnocracia y la seguridad. Me pregunto si no estamos deslizándonos hacia un Estado de Derecho con demasiadas cláusulas de excepción que acaban por degradar los derechos fundamentales a garantías contingentes y subordinadas, es decir, sólo para cuando no molesten. Lo que en definitiva supondría la más estrepitosa derrota de la línea más virtuosa de nuestra cultura jurídica. Una derrota silente, porque no será de un día para otro: será el resultado de las batallas que hoy no libremos con determinación.

Permítanme una licencia literaria. En la novela "Hablando del asunto", de Julian Barnes, encontré una deliciosa metáfora. Al parecer, en algunas regiones de Inglaterra, se plantan rosales en los extremos de los cultivos. No es un adorno, sino un sistema de alarma o advertencia sobre determinadas plagas, porque las rosas son las primeras en acusar la enfermedad: así, si los pétalos pierden color y entereza, hay que tomar medidas, porque detrás de las rosas van los cultivos. Hacia el final de la novela, uno de los personajes se da cuenta de que, por no haber plantado rosales, había descuidado un amor que creía invencible. La imagen también puede servir, aunque en tono más prosaico, para la cultura de los derechos: al fin y al cabo cultivo y cultura comparten la misma raíz. Si dispusiéramos de esas rosas de advertencia, tal vez alguna de ellas estaría ya dándonos algún aviso. El problema es que con tantas alarmas de seguridad privada, no queda espacio para los rosales.

El almacén jurídico-constitucional de la democracia está empezando a percibirse en ciertos ambientes no exactamente marginales como una armadura anacrónica que entorpece la acción de las mayorías, ya sea para construir una nueva república, ya para recentralizar la monarquía; para dar instrumentos a la policía sin las trabas de jueces y políticos que se pierden en sus laberintos, o para decidir la pena que se merecen los acusados de un crimen mediático; para arreglar en dos tardes el problema de la delincuencia, o para acabar (también en dos tardes) con la corrupción de los políticos.

¿No piensan que es posible que estemos confiando más de la cuenta, y por tanto imprudentemente, en el carácter hegemónico del constitucionalismo, del Estado de Derecho, del principio de legalidad y de la incondicionalidad de los derechos humanos? ¿Es posible que no nos estemos dando cuenta de importantes grietas en la solidez de la premisa cultural de la que parte Häberle?

De nuevo es la memoria nuestra mejor aliada. La mejor Europa se constituyó a raíz de la tragedia de las guerras y los totalitarismos nazi, fascista y estalinista, que fueron movimientos cuyos inicios traían la marca de un puritanismo depurador, de una exagerada ambición política y de un desprecio por lo viejo, todo debidamente aliñado con emociones y miedos insidiosamente inducidos. Sociedades enteras se vieron arrasadas a un cambio de paradigma cultural. De aquellos horrores brotó la fuerza para conjurarse en pactos nacionales y supranacionales con un "nunca más" como bandera. Esos pactos se nutrieron de la confluencia de varias tradiciones de pensamiento jurídico, moral, político y filosófico que se unieron por su parte más virtuosa: la tradición cristiana, la tradición liberal y la socialista. A esa confluencia es a lo que a mí me gusta llamar mi patria. Una patria cuyas regiones son la separación real de poderes para evitar el poder excesivo; la representación parlamentaria para evitar la autocracia y dar cauce a los conflictos sociales en marcos racionales y transparentes de deliberación y

decisión; la cultura de los derechos fundamentales para asentar el orden jurídico y la paz social en la dignidad de cada individuo, incluido el menos parecido a uno mismo; el pluralismo militante y la libertad de prensa para ahuyentar el pensamiento único y la represión de la disidencia; los límites de la represión y del derecho penal para que el miedo a la delincuencia no sirva de coartada para la construcción de un Estado policial al servicio del Ejecutivo; el principio de legalidad, es decir, el "gobierno de las leyes" para desterrar la arbitrariedad, la demagogia y la dictadura de las mayorías coyunturales; las políticas sociales (jubilación, salud, educación) como cláusulas de garantía contra la exclusión social; la libertad religiosa y de conciencia, la libertad de expresión, la intimidad, el secreto de comunicaciones y el acceso a la propiedad privada como blindaje de la condición humana; el sistema de mercado como método eficiente de abastecimiento; los derechos de asociación, reunión y manifestación como instrumentos de vertebración y participación social; la autonomía política de regiones y países geográfica y culturalmente diferenciados; y el compromiso con un "nosotros" cada vez más amplio que asuma como problema moral la suerte del más distinto. Todo eso es el constitucionalismo, y ese es el sistema europeo al que España, con décadas de retraso, se incorporó decididamente a finales de los setenta en un tardío "nunca más" que nos hizo mejores. Casi todo el mundo dice y cree que está dentro de esa tradición, pero creo que no debemos dar por segura la solidez de los compromisos que comporta.

Ahora hemos perdido el miedo a la guerra y el miedo al poder autoritario, y tenemos otros miedos. Ahora la gente le tiene miedo al delincuente, miedo a la invasión musulmana o inmigrante con pérdida de nuestra identidad cultural, miedo al atentado terrorista, miedo a perder el puesto de trabajo precarizado y la propiedad del piso. A nadie se nos puede reprochar nada por nuestros miedos, pero es bueno saber que si los grandes miedos forjan la valentía y el compromiso moral, los miedos pequeños generan pactos temerosos alrededor del concepto de seguridad, que gana más y más aprecio frente a la valentía de los derechos y las libertades.

Y ahí lo tienen. Son rosas que están perdiendo su color en los extremos de nuestra cultura. La pena de muerte se fuga del desván en el que la teníamos encerrada, y ya se reclama un referéndum (que nos sacaría de Europa, con la única compañía de Bielorrusia). Cualquier límite a la policía o al derecho penal se percibe como un "tiquismiquis" complaciente con el crimen. Las protestas acaban acorraladas en el discurso de los desórdenes públicos: "cállese o rellene una instancia", porque en la calle siempre puede saltar la chispa de la violencia. Emerge, ¡desde la política! un discurso antipolítico que reduce el pluralismo a un "nosotros contra ellos", es decir, a un patriotismo vindicativo que tiene más banderas que derechos. Los parlamentos no nos representan, los diputados son unos privilegiados 'que no sirven para nada', la ley es



un estorbo para la eficacia, y la ciudadanía ya no es tanto la dignidad personal de los derechos que se ejercen, como la caja de resonancia de una información tóxica que nos llega por televisiones y periodistas verticalizados de arriba abajo a su pesar. Más de un millón de personas hacen clic para reclamar la inhabilitación exprés de tres jueces porque han dictado una sentencia o un voto particular que no les gusta. Y en un contexto así, si los partidos políticos han dejado de creer en sí mismos como instrumentos de articulación de pretensiones políticas y sólo necesitan de los ciudadanos su voto, fácil será que compitan por satisfacer más al televidente que al ciudadano. Si todo esto va a más, tendremos un problema. Si va a más, algo estaremos haciendo mal entre todos.

Sí, es una cuestión de memoria. Los derechos con sus garantías jurídicas no son un catecismo improvisado. Es decir, no son un catecismo en la medida en que tienen esqueleto jurídico. Son un escudo pensado para los momentos peores. Vienen del pasado, y están para el futuro. Son una defensa frente a la prisa y los atajos populistas. Son un depósito de experiencia, una conquista cultural y política que se ha revestido de razones jurídicas de primer orden. Están hechos de material resistente, capaz de vencer en un tribunal a un Gobierno o a toda una opinión pública. Pero los derechos no se defienden por sí mismos: necesitan ayuda intelectual y política para no ser percibidos como estorbos buenistas contra la eficacia de las soluciones rápidas. Tengamos claro que los derechos de los demás, de los distintos, de los incómodos, de los contrarios, de las minorías, de los extranjeros, si son de verdad derechos, molestarán a las mayorías, supondrán costes, pondrán pausa y prohibirán el paso. Tienen un reverso áspero que no es seguro que sociedades en proceso de degradación moral estén eternamente dispuestas a soportar. Por eso necesitan un soporte ético y un impulso intelectual. Empéñese todo el que pueda, porque algunas rosas están palideciendo. Quizás nos estén advirtiendo de una involución sin memoria de la que aún no somos conscientes. La cultura de los derechos no es un catálogo de buenas intenciones, sino la gran barricada frente a vientos que podríamos llamar populistas en la peor de sus acepciones. Pero no habrá barricada útil sin un discurso jurídico solvente, porque sin la garantía del Derecho, los derechos no resisten. Como dice Ferrajoli, el Derecho no siempre implica la democracia, pero la democracia implica necesariamente el Derecho, es decir, el principio de legalidad y los límites al poder constituido. Después de la Ilustración y de la enmienda a la totalidad de Kelsen, todas las elaboraciones del derecho natural se volcaron en el constitucionalismo rígido, fundamento de nuestros sistemas jurídicos, igual que, con el empuje liberal y luego socialista, el concepto cristiano de la dignidad humana dio lugar a las declaraciones de derechos universales, después constitucionalizadas. Ese es nuestro principal patrimonio, y en su conservación y mejora la cultura jurídica se juega su razón de ser y su alianza con la ciudadanía. En definitiva,



de lo que se trata es de algo tan ambicioso como renovar el pacto social y democrático de nuestras sociedades, y en ese empeño también deben estar los juristas.

## X. LA POROSIDAD DEL DERECHO

Concluyo, con una última idea.

El Derecho es poroso. El artículo 3.1 CC así lo proclama: el tenor literal no aprisiona de por vida el sentido de una norma. La norma está abierta a influencias: a otras normas acaso más recientes, a la realidad social cambiante, a su espíritu y finalidad según el sistema de valores del momento. A largo plazo, la cultura jurídica es eso que hay entre la cultura general y la norma: recibe influjos culturales, los tamiza, y los emplea en la interpretación (y en la crítica) de la norma. Y viceversa, supongo. Cuidar la cultura jurídica es limpiar los cauces para que el agua de la cultura fluya y empape el Derecho de manera ordenada, previsible, racional, y no simplemente intuitiva. El Derecho no subsiste sin una continuidad cultural con su entorno social. La cultura, impregnando al pensamiento jurídico en procesos lentos, constituye el entorno interpretativo de la norma. Esto daría para otra larga reflexión. Podríamos asomarnos a cómo la postmodernidad impide seguir creyendo en un Derecho de estructura piramidal, cómo la globalización ha cambiado muchos tableros de juego y obliga a jugar a otra cosa, cómo influye en la misma noción de justicia la cultura de la inmediatez, cómo el relativismo multicultural cambia la noción de orden público, cómo el movimiento está sustituyendo a las fronteras con el teléfono móvil como icono, y cómo los conflictos sociales acaban creando nuevas palabras para el Derecho. No depende de los juristas decidir sobre los cambios culturales, pero sí aprender a exponerse a ellos. Abrir las ventanas del Derecho es arriesgarse a mediar en lo que no dominamos con los materiales que sí conocemos. No es mal lugar una Academia para sentirse magníficamente acompañado en ese empeño.

Dije al principio que cada generación de juristas acaba siendo fiduciaria de la cultura jurídica que recibió de la anterior. La nuestra es la generación encargada de dejar en el siglo XXI lo que recibió del último tercio del siglo XX. Son demasiadas transformaciones en poco tiempo, y no podemos estar seguros de estarlo haciendo de la mejor manera: a veces se trata de innovar, y otras de resistir, y en eso estamos. En cuanto a mí, hay dos jaculatorias jurídicas que me sirven para orientarme. Una me tranquiliza: que nadie puede dar lo que no tiene; la otra, me inquieta: que nadie puede invocar a su favor su propia torpeza. Esto lo podemos decir en latín o en castellano: en ambos casos son principios seguros de cuya mano yo quisiera tomar posesión como académico a modo de juramento.

Vuelvo con esto a las palabras con las que comencé este discurso: soy afortunado porque he recibido un buen equipaje, una buena formación y valiosos consejos. Como profesor universitario me aconsejaron que dar clase es ir a disfrutar, me aconsejaron estudiar cada semana al menos una sentencia a fondo y leer a algunos clásicos antes de enfrentarme a una tesis. En mi etapa de juez, me aconsejaron que la instrucción de causas debía ser más aguda que ancha, limitada pero certera; que buscarse la decisión más natural aunque no sea la más imaginativa, y que si me siento perdido en una causa me preguntase si no es porque la solución en que me estoy empeñando no es la más correcta. Los primeros consejos me los dio el profesor José Antonio Doral, los segundos los recibí de Augusto Méndez de Lugo y de Jerónimo Garvín. De Lorenzo del Río, de Juan Ruiz-Rico y de Pepe Cano, miembro que fue de esta Academia, he recibido transfusiones de experiencia judicial que buena falta me hacía y me sigue haciendo. Y de mis alumnos, un continuo estímulo por ponerme a la altura de sus expectativas. Si a esto le añadimos la familia en que nací, los maestros de SAFA y los profesores del bachillerato en Úbeda, los de la Facultad en Granada, y los amigos y compañeros del mundo del Derecho con los que he tenido ocasión de hablar y discutir, ya tenemos identificados a quiénes estáis hoy haciendo académico.

Muchas gracias.

### **Resumen**

*Este trabajo recoge el discurso de ingreso del autor como Académico en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. En él realiza una reflexión global sobre la cultura jurídica, marcando los caminos que favorecen su formación, pero también señalando en qué puntos se ha perdido el devenir adecuado.*

### **Palabras clave**

*Cultura legal, conceptualismo, Tribunal supremo, derechos fundamentales.*

### **Abstract**

*This work includes the speech of the author as member of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation of Granada. He makes arguments in favor of concept of legal culture, marking the paths that favor its formation, but also pointing out where the proper evolution has been lost.*

### **Key words**

*Legal culture, conceptualism, Supreme Court, fundamental rights.*

Recibido: el 8 de septiembre de 2018

Aceptado: el 18 de septiembre de 2018

# Noticias de libros

---



**«CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO», TOMMASO EDOARDO FROSINI, EDICIONES OLEJNIK, SANTIAGO DE CHILE, 2018, ISBN: 978-956-392-111-3, 216 PÁGINAS**

**Book Review**

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada*

En un tiempo si no de crisis, sí que de rapidísimos cambios para el Derecho constitucional<sup>1</sup>, volver a momentos concretos de tales cambios nos parece más que oportuno a fin de no perdernos en la sincronía borrosa y desenfocada del instante constitucional. Si la Historia es instrumentalmente necesaria para la comprensión del Derecho en general, y del Derecho constitucional en particular, el entendimiento diacrónico del propio presente no lo es menos ante la aceleración de los tiempos en que vivimos; y es que el ayer mismo se muestra como Historia en la memoria (incluso la anterior hora y el inmediato minuto), ante unos acontecimientos que se suceden con una rapidez superior no sólo a nuestra capacidad de comprensión y asunción, sino a la del mero relato y descripción<sup>2</sup>.

En tal contexto cabe enmarcar la recopilación de trabajos de Tommaso Eduardo Frosini que, bajo el título "Constitución, democracia y Estado de Derecho", nos presenta la Editorial hispanoamericana Olejnik (2018)<sup>3</sup>, y en la que, recogiendo diversos artículos ya publicados en castellano<sup>4</sup>, se hace repaso del fresco análisis constitucional del Prof. Frosini (Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles) a distintos temas que, a modo de auténticos hitos, vienen a significar el Derecho constitucional actual. Cómo, si no, entender la publicación conjunta de trabajos

1 Cómo no, *vid.* M. A. GRABER, S. LEVINSON y M. TUSHNET (ed.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

2 Al punto de llegarse a hablar de un "tiempo fuera de sus goznes"; *cf.* F. OST, *El tiempo del Derecho*, M. G. Benítez Toriello (trad.), Siglo XXI, México, 2005, pp. 264-278.

3 En la colección "Biblioteca de Derecho Europeo", y bajo el impulso de Carlos Antonio Agurto González.

4 Sin darse cuenta detallada de todos ellos, sí destacar que cuatro hayan sido traducidos por la Profesora Yolanda GÓMEZ LUGO (Universidad Carlos III de Madrid).

sobre la subsidiariedad, el desarrollo tecnológico (y en especial el informático), la globalización, la seguridad y la misma democracia; trabajos que, al hilo de concretos instantes constitucionales recientes en Italia y en Derecho comparado, afrontan de manera comprometida cambios sustantivos del vigente constitucionalismo ante las aceleradas transformaciones sociales en las que nos vemos arrastrados<sup>5</sup>.

En tal sentido y al respecto del primer trabajo que se incluye en el libro, "Subsidiariedad y Constitución" (pp. 11-35), Tommaso Edoardo Frosini no sólo recoge el debate doctrinal que sobre la subsidiariedad se impulsa con ocasión de la reforma constitucional italiana de 2001, sino sobre la nueva proyección que la subsidiariedad vertical y horizontal asume en el constitucionalismo actual como auténtica idea fuerte, además de en promoción (según él) de una mayor colaboración y solidaridad (en vez de la lectura más limitativa, en cuanto que negativa, que de la misma se suele ofrecer). Pero ello, al tiempo (añadimos), ante un Estado que comparte mayor presencia con otros espacios públicos (en especial, la Unión Europea), como con los propios particulares en el ejercicio de actividad de trascendencia pública; un Estado entonces en retroceso, y con lo que ello supone a nivel constitucional<sup>6</sup>.

En los siguientes dos trabajos, "Nuevas tecnologías y constitucionalismo" (pp. 37-61) y "El derecho constitucional de acceso a internet" (pp. 63-89), el Prof. Frosini afronta ahora algunos de los cambios que el progreso tecnológico, y en particular el informático, viene de tiempo originando en el Derecho constitucional; sin duda, junto al singular interés del tema al hilo de las transformaciones que la informática está suponiendo al respecto del Derecho constitucional (insisto), es una de las partes del libro que más conecta con una de las líneas principales de investigación del autor<sup>7</sup>, y de ahí su particular atractivo para el lector. En tal sentido, y más allá del planteamiento comparado del origen y la evolución de la no ya tan nueva libertad informática (pp. 41 y ss.), Tommaso Edoardo Frosini asume el reto de la categorización del acceso a internet como auténtico derecho (pp. 50 y ss., y en especial 63 y ss.), así como de su ulterior proyección para el sistema democrático (pp. 58 y ss.); y a estos efectos, incidiendo el autor en una nueva concepción de libertad de pensamiento desarrollada en la red virtual que es internet (pp. 73 y ss.)<sup>8</sup>. Otra cosa

5 Por todos, Z. BAUMAN, *Tiempos líquidos (Vivir en una época de incertidumbre)*, 5.<sup>a</sup> ed., C. Corral (trad.), Tusquets Editores, Barcelona, 2015.

6 Por ejemplo, y prontamente, S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002.

7 Así, T. E. Frosini, *Libertè, egalitè, internet*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

8 Desde esta perspectiva, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, "El futuro jurídico de internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red", *Revista de Derecho Constitucional*

es, no obstante, los retos, dificultades e incluso riesgos que dichas transformaciones están suponiendo para el propio sistema democrático, según se viene advirtiendo con ocasión de diversos procesos electorales y referendarios recientes<sup>9</sup>.

No menos interesante es el cuarto trabajo que contiene el libro, "Legislación y globalización" (pp. 91-123), en el que, desde el Derecho comparado, el Prof. Frosini abarca el necesario diálogo entre Parlamentos, globalizando contenidos normativos mediante oportunos estudios preparatorios, a la par que se comparten técnicas con las que mejorar sustantiva y formalmente las leyes a aprobar; mas ello advirtiendo, no obstante, las dificultades que encuentra hoy la ley en el marco globalizado de un Derecho abierto a nuevas formas normativas (en especial, el «soft law») y bajo el dominio del sistema económico.

El siguiente y breve trabajo, "Democracia directa y forma de gobierno" (pp. 125-134), viene casi a limitarse a presentar cuestiones que, a la sombra de un análisis clásico de instituciones de democracia directa y de democracia representativa, resultan sin embargo replanteadas al impulso del sentimiento de quiebra de representatividad que se extiende en las democracias actuales (y según es retomado en los dos últimos trabajos, según se verá).

Asimismo de extensión de quiebra al respecto del Estado de Derecho cabe hablar, como consecuencia de la proliferación de la excepción constitucional ante el nuevo terrorismo internacional (en 2001, y que aún hoy se da), junto a otros riesgos globales; y en tal contexto, el trabajo "El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo" (pp. 135-186), en el que bajo el símil legal del «black hole» (pp. 147 y ss.) se critica la limitación desproporcionada de derechos y libertades (en general), como de las garantías procesales (en particular), de cientos de extranjeros acusados por Estados Unidos de terrorismo tras el 11-S. No obstante, las garantías constitucionales parecieron volver a brotar en tal asunto, al cuidado que de las mismas ofreció el Tribunal Supremo norteamericano el 28 de junio de 2004 en tres sentencias (los casos «Rasul v. Bush», «Habib v. Bush» y «Al Odah v. United States»<sup>10</sup>), y de las que Prof. Frosini ofrece detallado análisis (pp. 165 y ss.). Otra cosa es el debate sobre el alcance del empeño del Tribunal Supremo en tal momento (pp. 179 y ss.), al mo-

*Europeo*, núm. 26, 2016, en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/06\\_BARRILAO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/06_BARRILAO.htm) (21/12/2018).

9 F. BALAGUER CALLEJÓN, "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI", *Nomos*, núm. 4, 2018, en <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wpcontent/uploads/2018/09/Callehon.-conv-11.05.pdf> (21/12/2018).

10 A Ellos se unen otros dos casos también resueltos en tal momento, si bien relativos a ciudadanos norteamericanos: «Hamdi v. Rumsfeld» y «Rumsfeld v. Padilla».

verse en un plano, como poco, "minimalista" y desde una perspectiva más propia de un árbitro entre el poder y los derechos, que de un auténtico garante de éstos frente a aquél; sin duda, un debate que, como el propio Prof. Frosini señala, entronca directamente en la nueva posición constitucional que ha de alcanzar la seguridad hoy en el actual contexto de riesgos globales (otra cosa es, claro, cuál deba ser finalmente dicha posición, a la vista del pluralismo y la libertad).

Como séptimo trabajo se recoge "La reforma del Senado italiano: luces y sombras" (pp. 187-203), en la que Tommaso Edoardo Frosini presenta parte de la reforma constitucional planteada en el Proyecto de Ley constitucional de 16 de noviembre de 2005 (n. 2544-D), y finalmente abortada en referéndum de junio de 2006. Es una exposición en particular relevante al respecto de la reorientación federal que de la ordenación territorial se planteara en Italia desde 2001, y especialmente con relación a la configuración constitucional del Senado (composición, elección y funciones). Pero con ello, también, la irrupción de la perpetua inestabilidad institucional a la que parece estar condenada la República italiana a pesar de las numerosas reformas legales y constitucionales llevadas a cabo, o al menos, como en este caso, intentadas<sup>11</sup>.

Y también al hilo de lo anterior el último trabajo del libro, "Una ley electoral que protege la bipolaridad y favorece la gobernabilidad" (pp. 205-216), donde el Prof. Frosini, a partir del debate planteado por la reforma electoral de 2005 (L. 270) y su ulterior declaración de inconstitucionalidad (Sentencia 1/2014), reflexiona sobre la conveniencia constitucional de buscar fórmulas con las que garantizar mayor estabilidad política; una reflexión que, lejos de limitarse al sistema constitucional italiano (añadimos), alcanza a buena parte de las democracias actuales a la vista de la proliferación de nuevos partidos con representación parlamentaria y la correlativa crisis de los considerados partidos tradicionales.

Es así que estos ocho trabajos de Tommaso Edoardo Frosini, y más allá de su innegable interés y valor doctrinal específico, den muestra colectiva de cuáles son algunos de los temas y problemas de mayor interés constitucional en la actualidad; temas y problemas que son auténticos retos para el sistema constitucional, y de cuyas oportunas y adecuadas respuestas puede llegar a depender la pervivencia del propio modelo constitucional y democrático de Derecho. Un debate, por tanto, insoslayable, y en que el libro del Prof. Frosini viene a participar activamente.

11 En tal sentido, no podemos olvidar la propuesta de reforma constitucional de 2016, con igual resultado referendario.



### **Resumen**

*En esta recensión se da cuenta del libro "Constitución, democracia y Estado de Derecho", de Tommaso Edoardo Frosini, en que se recogen una selección de trabajos ya publicados en castellano sobre distintos temas propios del vigente Derecho constitucional, como son la subsidiaridad, el desarrollo tecnológico (en especial el informático), la globalización, la seguridad y la misma democracia; trabajos que, al hilo de momentos constitucionales recientes en Italia y en Derecho comparado, afrontan cambios sustantivos del actual constitucionalismo, según se pone de manifiesto en esta noticia de libro.*

### **Palabras clave**

*Derecho constitucional, subsidiaridad, internet, globalización, democracia, seguridad y Estado de Derecho.*

### **Abstract**

*This review goes through Frosini's book "Constitution, democracy and rule of law" that brings to new light essays already published in Spanish. The main issues of the book are subsidiarity, technological development (especially computer technology), globalization, security and democracy. The essays, taking account of recent important facts in Italy and comparative law, goes through the main substantial changes of constitutionalism.*

### **Key words**

*Constitutional law, subsidiarity, internet, globalization, democracy, security and rule of law.*

Recibido: 18 de diciembre de 2018

Aceptado: 23 de diciembre de 2018



**«¿HACIA UNA NUEVA GOBERNANZA  
ECONÓMICA DE LA UNIÓN EUROPEA? /  
TOWARDS A NEW GOVERNMENT OF THE  
ECONOMY IN THE EUROPEAN UNION? / PARA  
UM NOVO GOVERNO DA ECONOMÍA NA UNIÃO  
EUROPEIA?», F.J. CARRERA HERNÁNDEZ (DIR.).  
THOMSON REUTERS-ARANZADI, PAMPLONA,  
2018, 315 PP.**

DANIELA DOBRE

*Becaria del Tribunal Constitucional*

La obra dirigida por Francisco Jesús Carrera Hernández deja entrever desde su misma portada la magnitud y la complejidad del tema tratado. Traducido en tres idiomas (español, inglés y portugués), el título activa la curiosidad del lector con un interrogante atractivo. Magnitud, en tanto que los autores del libro emprenden una armoniosa aventura a fin de contestar a tal interrogante, plasmando con ello la conocida idea de la unidad en la diversidad. La diversidad viene dada por las diferentes nacionalidades de los investigadores, que unen sus esfuerzos en una ambiciosa investigación sobre el futuro del proceso de integración europea, indagando de forma específica sobre su vertiente económica. Pero, como más adelante se explicará, diversas son también las perspectivas del estudio de la problemática planteada. En cambio, la idea de unidad se edifica a través de los dos proyectos de investigación de carácter nacional, concedidos por el Ministerio de economía y competitividad, en el que participan desde hace ya varios años los autores del presente libro, siendo este último producto del segundo proyecto (DER2015-63927-P). Por su parte, la complejidad se erige en elemento central de la obra, pues un nuevo sistema de gobierno económico de la Unión requiere, como condición inherente, la realización de transformaciones profundas de la propia Unión, de su Derecho, y de su sistema de gobernanza, tal y como se advierte en el mismo prólogo realizado por Rui Manuel Moura Ramos.

Con un total de 315 páginas, el libro se divide en nueve capítulos que analizan la gobernanza económica de la Unión desde perspectivas complementarias, guardando de este modo una incontestable coherencia material. La obra se abre con un

capítulo introductorio del profesor Francisco Jesús Carrera Hernández, que aclara la premisa sobre la que se va a desarrollar el discurso teórico: "ha habido mucha Unión monetaria (...), y muy poca Unión económica" (p. 19). Esta configuración asimétrica en la gobernanza económica europea ha llevado, desde el inicio de la crisis económica y financiera, a una situación de compleja degradación de las vertientes económica y política de la Unión. De ahí que la obra fije como objeto de estudio las distintas medidas de crisis adoptadas por la Unión Europea. Pero este no es el único objeto de análisis advertido, pues la presente investigación trasciende la propia Unión Económica y Monetaria, explicando también la situación actual de otras políticas con dimensión económica. La gran aportación de la obra se encuentra en su tercer objeto de investigación, que da cuenta de las nuevas dimensiones de la gobernanza económica. Dichas dimensiones novedosas atienden a la idea de legitimidad democrática de la Unión y a los modos de mejorarla, a través del análisis de su vertiente institucional.

La primera parte del libro (capítulos I-V) centra su atención sobre la Unión Económica y Monetaria en sentido estricto. En el Capítulo II, Nicolas de Sadeleer realiza un esclarecedor mapa conceptual de las medidas anti-crisis adoptadas por la Unión, subrayando con ello las transformaciones producidas en la gobernanza económica europea a raíz de la crisis. Se estima que, a pesar del método intergubernamental elegido en esta gestión, "at the end of the day, all EU institutions except for the European Parliament appear to be much stronger" (p. 106). En definitiva, el autor mantiene una visión muy positiva y pragmática acerca de las medidas adoptadas, destacando el valor añadido que suministran al sistema de gobierno económico, que reside fundamentalmente en una mayor eficiencia en la gobernanza económica europea.

Una tesis diferente a esta visión optimista de Nicolas de Sadeleer se desarrolla en el capítulo I, en el que Francisco Jesús Carrera Hernández informa acertadamente al lector sobre la insuficiencia de las medidas adoptadas después de 2008, a los efectos de una mayor profundización en el proyecto europeo. Asimismo, destaca la necesaria dependencia de la decisión sobre el sistema económico de gobierno, del futuro de la propia unión política. Y es que su futuro implica una clara afectación de la soberanía nacional (p. 29). Advertida, pues, la complejidad del asunto, se pasa al análisis concreto de la relevancia del Semestre Europeo. Se estima, de forma oportuna, que este "no debe ser tomado como ejemplo como medida de profundización de la política económica que es necesario adoptar" (p. 33). No obstante, se tienen en cuenta algunas de sus virtudes: la introducción de un modelo de supervisión multilateral más coherente, que permite a las instituciones comunitarias interferir —cierto

es, a través de instrumentos de *soft law*— en las políticas nacionales. Se hace especial hincapié al papel del Parlamento europeo en la gobernanza económica de la Unión, declarando su tímida participación y la insuficiencia de los foros democráticos de debate existentes. Se demuestra, pues, que en el brazo económico de la Unión prima la dinámica intergubernamental. El autor recuerda, y me parece importante tener presente esta idea, que la deriva intergubernamental del sistema no es antidemocrática (p. 53), ya que la legitimación democrática en la Unión contiene tanto la vertiente del "output legitimacy" como del "input legitimacy". Es más, se advierte sobre la doble dimensión del principio democrático como "input democracy" (representación de los pueblos y representación de los ciudadanos). De este modo, Carrera Hernández sitúa las carencias democráticas de la Unión en la vertiente relativa a la representación directa, haciendo un llamamiento al incremento de esta última. La solución a corto plazo sería, según el autor, la mejora "de las estructuras existentes, sin que se produzcan realmente importantes profundizaciones" (p. 61). A largo plazo, se estima la necesidad de "idear un modelo de mayor integración política y económica", encontrando asimismo fórmulas para "acercar al ciudadano al proceso de integración europea" (p. 61). Pienso que el planteamiento de Francisco Jesús Carrera Hernández muestra con claridad los problemas actuales del sistema de gobernanza económica europea, y de forma específica los relacionados con la legitimidad democrática de la Unión. Sin embargo, las soluciones que en su texto se proponen pierden de vista un elemento clave, apto para integrar al ciudadano y a la clase política en esa construcción utópica de una Europa federal: la voluntad real de alcanzar "más Europa". Y es que, en la actualidad, se pone de manifiesto un profundo escepticismo nacional hacia la creación de una verdadera unión política.

La posición del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en la gobernanza económica europea se analiza también en el capítulo IV, en el que Ariadna Salazar Quiñonez presenta los mecanismos de participación existentes. Resalta de forma positiva la creación de la Conferencia interparlamentaria del artículo 13 del Pacto Fiscal y la actividad desarrollada por la Conferencia de órganos Especializados en los Asuntos Comunitarios y Europeos de los Parlamentos de la Unión Europea. Y finaliza con una valoración positiva de la participación parlamentaria en la gobernanza europea: "si bien no se trata de decisiones vinculantes, (...) al menos se conoce la opinión de las Asambleas" (p. 153). Asimismo, se advierte en el texto sobre la necesidad de que los Parlamentos "se impliquen" en las decisiones sobre el futuro de Europa (p. 154). Advertencia que quizá no tiene en cuenta la insuficiencia de los mecanismos de participación efectiva que podrían permitir a los parlamentos proceder a esa implicación activa que se demanda.

El destacado carácter intergubernamental de la gobernanza económica europea se analiza de forma específica por el profesor José María Porrás Ramírez, en el capítulo III. Subrayando los elementos consensuales y tecnocráticos que caracterizan el modelo de gobierno económico de la Unión, aconseja la urgente creación de mecanismos de control efectivos del Parlamento europeo, pues en caso contrario se produciría una "ruptura de la cadena de legitimación democrática que todo proceso político de toma de decisiones (...) ha de observar" (p. 117). El autor explica, de forma brillante, el estado de la cuestión de la Unión a través del "agotamiento y desfase de su arquitectura institucional" (p. 119). En definitiva, se habla de un sistema institucional "diseñado, en buena medida, para una Europa que pertenece ya al pasado" (p. 123) y que no responde a las verdaderas dimensiones de la Unión Europea alcanzadas tras las sucesivas ampliaciones (p. 123). Así pues, se llega a la conclusión de que el carácter tecnocrático de la Unión, existente desde sus orígenes y profundizado tras la crisis, "ahonda en el llamado déficit democrático de la Unión" (p. 134). Porrás Ramírez finaliza su aportación con un epígrafe dedicado a las "Propuestas de reforma en clave democrática", que me parece muy oportuno. Se recomienda una reforma profunda de la arquitectura institucional de la Unión y el reemplazo de la "troika" por el llamado "método comunitario". Asimismo, se requiere la inclusión de los mecanismos de la unión económica en el Derecho originario de la Unión, recomendación con la que me encuentro especialmente de acuerdo, ya que este hecho permitiría la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión en los procedimientos judiciales y, con ello, la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos europeos.

Al análisis del nivel de protección de los derechos fundamentales en tiempos de crisis se dedica Tamara Cápeta, a través de una excelente investigación sobre el papel de las Tribunales en la gobernanza económica europea (capítulo V). Distinguiendo entre tres tipologías de casos "económicos", Cápeta destaca por su claro enfoque constitucional de la materia tratada y por la precisión con la que aborda el análisis. Diferencia, pues, entre los casos relativos al principio de democracia nacional, los casos que proyectan conflictos entre las decisiones de política económica y la protección de los derechos fundamentales, y, por último, los casos que atienden a la división de poderes entre la Unión y los Estados Miembros. Se llega a la pertinente conclusión de que de los Tribunales son actores institucionales inevitables en la gobernanza económica de la Unión tras la crisis (p. 189). Conclusión que, hasta que la competencia relativa a la política económica no se traslade de forma total a nivel de la Unión, se presenta como característica fundamental y natural en la gobernanza económica actual (p. 189).

La segunda parte del libro aborda temas económicos conexos con la Unión Económica y Monetaria, aunque trasciende de esta última. Peter Van Elsuwege y Jolien Timmermans analizan la problemática de la representación internacional de la Unión en el Fondo Monetario Internacional (capítulo VII), demandando una representación unitaria de los Estados miembros ante el FMI. Merece la pena destacar aquí la propuesta de crear un Ministro Europeo de Economía y Finanzas, que podría llevar a cabo dicha función de representación unitaria. Aunque no carece de obstáculos, creo la implementación institucional de esta propuesta significaría un paso importante para la profundización en el proceso de integración europea, y ofrecería a la Unión un mayor peso en el escenario internacional. Este peso de la voz europea en el escenario internacional se analiza también en el capítulo VIII, en el que Isabel Cabrita plantea importantes cuestiones relativas a la política de inversión internacional de la Unión. Me parece un tema especialmente interesante en tanto que, tal y como advierte la autora, la política de inversión supone una clave para el crecimiento y la innovación en el ámbito europeo, así como para la proyección de los valores de la Unión hacia el exterior (p. 275).

Especial interés presentan también los capítulos relativos a la gobernanza del comercio exterior de la Unión (capítulo VI, correspondiente al profesor Luís Pedro Cunha) y a la política de desarrollo rural en la Unión (capítulo IX, correspondiente al profesor Ángel Sánchez Hernández), aunque su vinculación directa con el tema central del libro queda atenuada. No obstante, la oportunidad y la necesidad de las intervenciones se sustancian en la posibilidad que se ofrece al lector de obtener un conocimiento global sobre la dimensión económica de la Unión en sentido amplio.

En su conjunto, el libro aquí tratado supone profundización en el proceso de integración europea, empezando por su sistema de gobierno económico. Es un llamamiento –generalizado en la academia– para impulsar reformas globales en la arquitectura normativa e institucional de la Unión Económica y Monetaria. El tema elegido es en sí mismo un gran acierto, y destaca por su oportunidad, teniendo en cuenta la situación actual en la que se encuentra la Unión Europea. Libros como el ahora recensionado permiten conocer el estado de la cuestión y los avances producidos en la gobernanza económica europea, pero también reflexionar sobre sus carencias y sobre el futuro del proceso europeo de integración en su conjunto. De ahí que su lectura sea altamente recomendable. Una vez realizado el recorrido teórico de esta obra, solo cabe preguntarnos: "¿Estamos a la altura de las circunstancias?" (p. 61).

**Resumen**

*La reforma del sistema de gobierno económico de la Unión Europea ha sido una tarea pendiente en el ámbito europeo, desde su misma creación. La obra analiza, de manera magistral, el estado de la cuestión de la gobernanza económica europea tras la crisis. Asimismo, desarrolla propuestas inéditas de reforma, demandando una mayor profundización en el proceso de integración en su conjunto.*

**Palabras clave**

*Gobernanza económica. Unión Europea. Crisis económica.*

**Abstract**

*The reform of the economic governance system of the European Union has been a pending task at the European level, since its very creation. The work analyzes, in a masterly manner, the state of the issue of European economic governance after the crisis. Likewise, it develops unprecedented proposals for reform, demanding a greater deepening in the integration process as a whole.*

**Keywords**

*Economic governance. European Union. Economic crisis.*

Recibido: 8 de noviembre de 2018

Aceptado: 22 de noviembre de 2018











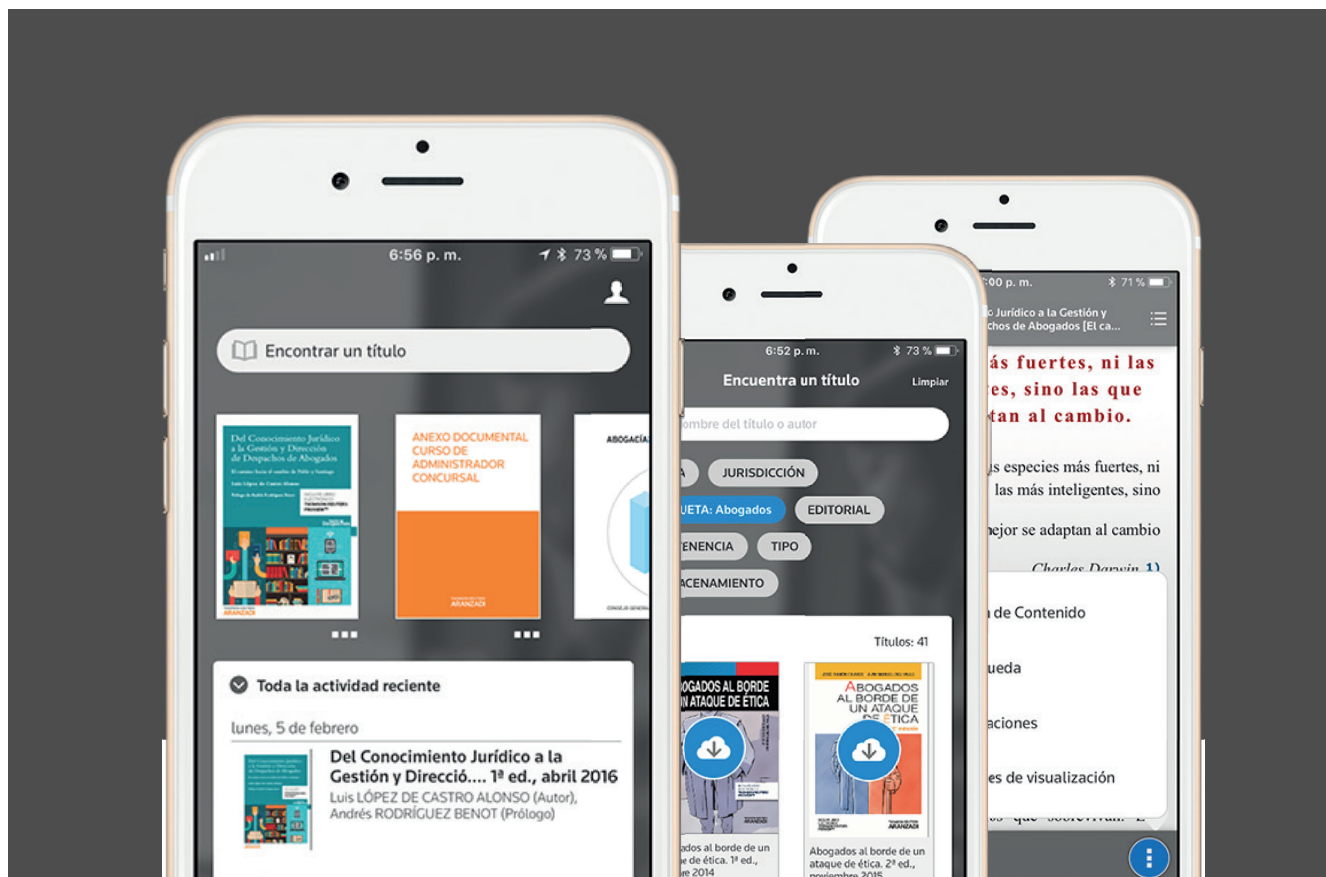
# Thomson Reuters Proview

## Guía de uso

¡ENHORABUENA!

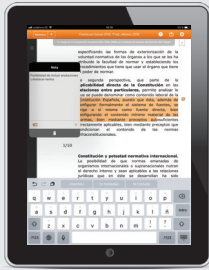
ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

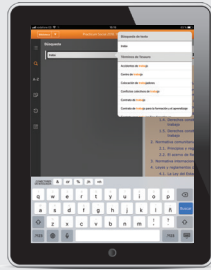


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS  
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y  
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

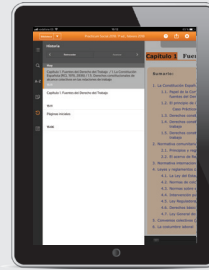
# FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



**SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS**  
Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



**USAS EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN**  
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



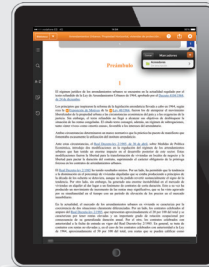
**HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN**  
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



**ORDENAR**  
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios.



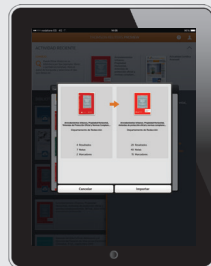
**CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS**  
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



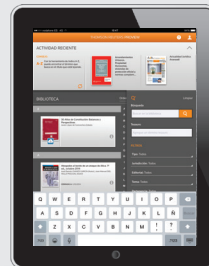
**MARCADORES DE PÁGINA**  
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



**BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA**  
Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



**IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN**  
Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



**SUMARIO NAVEGABLE**  
Sumario con accesos directos al contenido

**INFORMACIÓN IMPORTANTE:** Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (\*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass”** (\*\*), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (\*\*), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a [www.proview.thomsonreuters.com](http://www.proview.thomsonreuters.com)

### Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección [www.thomsonreuters.es](http://www.thomsonreuters.es) y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso a Soporte para no Suscriptores** (compra de Publicaciones).

(\*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(\*\*) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

