
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

33

Año 17, número 33, Enero-Junio de 2020

El diálogo entre Tribunales

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos
Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez; Enrique Guillén López; 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
José María Porras Ramírez
Agustín Ruiz Robledo
Antonio de Cabo de la Vega
José Manuel Martínez Sierra

José A. Marín Gámez
Baldomero Oliver León
Concepción Pérez Villalobos
Ramón Orza Linares
María Dolores Martínez Cuevas

Adoración Galera Victoria
Francisco J. Durán Ruiz
Augusto Aguilar Calahorra
Susana Ruiz Tarrías
Juan Ignacio Signes de Mesa
Valentina Faggiani

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
Miguel Ángel Aparicio Pérez
Xavier Arbós Marín
Rainer Arnold
José Asensi Sabater
Javier Barnés Vazquez
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Paola Bilancia
Roberto Blanco Valdés
Carmen Calvo Poyato
Antonio Cantaro
A. Antonio Cervati
Manuel Contreras Casado
Javier Corcuera Atienza
Pedro Cruz Villalón
Lorenzo Chieffi
José Francisco Chofre Sirvent
Ricardo Chueca Rodríguez

Antonio D'Atena
Francisc De Carreras Serra
Francisco del Río Muñoz
Teresa Freixes Sanjuán
Miguel Ángel García Herrera
Manuel Gerpe Landín
José Joaquim Gomes Canotilho
Yolanda Gómez Sánchez
Tania Groppi
Christian Hillgruber
Javier Jiménez Campo
Jesús Jiménez López
Markus Kotzur
Fulco Lanchester
Diego J. Liñán Noguera
Juan Fernando López Aguilar
Alberto López Basaguren
Antonio López Castillo

Francisco López Menudo
Antonio López Pina
Jörg Luther
Gonzalo Maestro Buelga
Stelio Mangiameli
Miguel Martínez Cuadrado
Didier Maus
Gilmar Ferreira Mendes
Roberto Miccù
Lothar Michael
Lucía Millán Moro
Martin Morlok
Alessandro Pace
Miguel Pasquau Liaño
Vasco Pereira da Silva
Ingolf Pernice
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
José Antonio Portero Molina

José Carlos Remotti Carbonell
Paolo Ridola
Gil Carlos Rodríguez Iglesias
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente
(1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Férriz
Sixto Sánchez Lorenzo
Helmuth Schulze-Fielitz
Angelo Schillaci
Antonio Torres del Moral
Alejandro del Valle Gálvez
Fausto Vecchio
Jaume Vernet i Llobet
Eduardo Virgala Foruria
Gustavo Zagrebelsky



Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.
redce@ugr.es - 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 17, número 33, Enero-Junio de 2020

El diálogo entre Tribunales

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
 ESTUDIOS	
El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España.....	17
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS	
Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces	37
RAFAEL BUSTOS GISBERT	
El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso <i>Coman</i> : el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación	75
SILVIA ROMBOLI	
 ARTÍCULOS	
Interpretación constitucional y populismo	97
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
Democracia, desafección constitucional y seguridad.....	129
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO	
La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible?	155
GIACOMO PALOMBINO	

PERFILES/NOTICIAS

Despedida de Jörg Luther.....	187
GUSTAVO ZAGREBELSKY	
Economía de los sentimientos	193
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

TEXTOS CLÁSICOS

Discurso de Václav Havel en el Parlamento Europeo el 11 de noviembre de 2009 ...	199
VÁCLAV HAVEL	

JURISPRUDENCIA

¿Pueden brotar frutos sanos del árbol envenenado? La admisibilidad como prueba de la lista Falciani.....	211
REGINA HELENA FONSECA FORTES-FURTADO	

LEGISLACIÓN

Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2020	227
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

Contra el anhelo apocalíptico – en defensa de una esperanza práctica en tiempos de crisis.....	239
ANUSCHEH FARAHAT	

NOTICIAS DE LIBROS

Noticia de libro: <i>Setenta años de constitución italiana y cuarenta años de constitución española</i> , Directores: Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta y Maria Pia Iadicicco. Coordinadores: Silvia Romboli, Carmen Montesinos Padilla, Aday Jiménez Alemán y Fernando Pérez Domínguez. BOE/CEPC, Madrid, 2020, cinco volúmenes.....	247
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	
Noticia de libro: <i>La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)</i> , Natalia del Barrio, Aranzadi Thomson Reuters, 2018. ISBN 978-84-1308-325-4, 144 páginas. Con prólogo de José Pedro Pérez-Llorca.....	257
ANTONIO PÉREZ MIRAS	

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación



En la Presentación del número anterior de la *ReDCE* ya indicábamos que su publicación iba a coincidir en el tiempo con la salida definitiva del Reino Unido de la Unión Europea, prevista para el 31 de enero de 2020. Parecía ese el desafío más importante que teníamos, sin que nadie pudiera imaginar la pesadilla que comenzaría un mes después y que ha dejado al Brexit totalmente eclipsado como un problema menor en la deriva futura de la Unión Europea. Cuando escribo estas líneas, la epidemia ha costado ya medio millón de muertes y ha infectado a más de nueve millones de personas en todo el mundo. Por desgracia, no sabemos todavía cuál será su alcance futuro y cuánto tiempo se prolongará hasta que se descubra una vacuna o un tratamiento efectivo.

La crisis supone un duro golpe para el proceso de integración porque ha dejado al descubierto una buena parte de las deficiencias de la construcción europea. Comenzando por la ausencia de capacidad de coordinación y de gestión de crisis transnacionales, que debería ser una de sus funciones esenciales. La ausencia de coordinación generó inicialmente una competencia de los Estados europeos por acumular recursos sanitarios, provocando una imagen pésima de falta de solidaridad europea cuando alguno de ellos prohibió la exportación de material destinado a combatir la epidemia, negándole a los países más afectados, como Italia, medios que después le llegarían de manera “desinteresada” de China o de Rusia, por ejemplo.

Esa misma ausencia de coordinación y de liderazgo ha provocado que la gestión de la crisis se haya sometido a criterios muy heterogéneos por parte de cada uno de los Estados miembros: desde el número de test realizados y el tipo de pruebas hasta las medidas de distanciamiento social, pasando por la información sobre la letalidad, han seguido criterios diferentes en cada Estado, dificultando así el conocimiento preciso de la extensión de la epidemia y su control a nivel europeo. Como podemos ver ahora, cuando se están abriendo las fronteras en función de criterios homologables entre los

países europeos, si esos criterios hubieran existido antes quizás no habría habido que cerrar las fronteras internas y se habría luchado de manera más efectiva contra la pandemia al tiempo que se habría generado un menor daño a la economía.

Claro que una Unión Europea que hubiera asumido la gestión de la crisis sanitaria habría tenido que asumir también la responsabilidad del impacto de sus decisiones en el ámbito económico. Aquí es donde viene la parte más problemática para la Unión Europea, porque un remake de la crisis del euro no parece posible sin un daño irreversible al proceso de integración. Esto es algo que no parecen entenderlo bien algunos países del norte. Pero en el sur hemos tenido ya la experiencia del aumento del euroescepticismo y del acceso al poder de movimientos claramente contrarios a la integración europea. El riesgo de una nueva involución democrática y de una crisis social generada por una Europa que repita los errores de las políticas que se desarrollaron frente a la anterior crisis financiera es evidente. Las consecuencias para el proyecto europeo también.

Las instituciones europeas están haciendo todo lo posible por evitar que la nueva crisis económica afecte de manera irreversible al proyecto de integración. Las propias instituciones europeas fueron las primeras en entonar el “*mea culpa*” cuando terminó la crisis, poniendo en marcha el Pilar Social y otras iniciativas para intentar paliar en alguna medida el daño causado. Ahora tienen a su favor la buena conexión entre la Presidenta alemana de la Comisión Europea y la Canciller alemana, pero incluso eso puede no ser suficiente. Los países del sur harían bien en diseñar hojas de ruta que exploren todas las posibilidades, de manera que la única opción no sea convertirse de nuevo en “prisioneros” del euro, como indicara en su momento Paul Krugman, en relación con la anterior crisis financiera.

A la ineficiencia económica y al sinsentido que supone permanecer en el euro para verse sometido a cargas financieras adicionales sin ninguna ventaja, podría añadirse el riesgo de que la Unión Europea no hiciera frente a sus deberes de solidaridad. Subrayo la palabra “deberes” porque no es un principio opcional ni tiene nada que ver con la caridad u otras manifestaciones voluntaristas de quien hace un favor a otro, sino que es la contraprestación obligada que se deriva de estar en un proyecto común del que algunos (los países del norte) obtienen sustanciosas ventajas que deben implicar también cargas. Pensemos en los “paraísos fiscales” que no existirían sin el mercado europeo y que benefician sustancialmente al país que abandera las posiciones insolidarias, Holanda. Para entender lo que significan basta con mencionar el caso de Luxemburgo: con una población de 600.000 habitantes, sus fondos de inversión suman un valor equivalente a cuatro veces el PIB de España, algo que, evidentemente, no se corresponde con su actividad económica real.

Lo más sorprendente de estos países que lideran el discurso moral del “ahorro” frente a los “despilfarradores”, es que algunos de ellos han conseguido sus ahorros gracias a unas reglas absolutamente inaceptables, que no se han puesto en cuestión seriamente hasta ahora en la Unión Europea y que favorecen la evasión fiscal por parte de las grandes compañías multinacionales (especialmente las norteamericanas) en perjuicio del conjunto de la ciudadanía europea. No es el que el discurso moral sea muy operativo para debatir sobre cuestiones políticas. Como bien dice Miguel Azpitarte, el problema de este tipo de reproches morales es que transforma problemas políticos que se resuelven mediante transacciones en dilemas morales donde la política queda cortocircuitada, además de reducir el campo de los consensos previos que se produjeron precisamente otorgando valor fundamental a normas que cristalizaban previos criterios morales aceptados por todos.

El debate moral que se generó en su momento para reforzar la narrativa oficial de los defensores de la austeridad en la crisis del euro es, en efecto, extremadamente peligroso. No sólo por lo que se acaba de indicar sino porque traslada la discusión al ámbito menos racional de todos, el de los sentimientos nacionales. Unos sentimientos que ya no confluyen en la construcción de un proyecto común europeo, sino que se manifiestan en la arrogancia y el supremacismo de algunos países, que están en mejor condición económica, frente a otros países a los que desprecian públicamente con un conjunto de tópicos y estereotipos inaceptables. Al final, la única respuesta posible frente a tanta irracionalidad es la que dio el Primer Ministro Portugués al Ministro de Economía holandés respecto de su pretensión de investigar a los Estados que ahora no tienen margen presupuestario para hacer frente a las necesidades económicas derivadas de la crisis.

Este tipo de reprobaciones “morales”, que estamos comenzando a sufrir de nuevo en Europa, solo pueden conducir a una espiral de reproches que finalmente fortalezca el nacionalismo y el populismo en todos los Estados miembros. En los que se consideran a sí mismos “austeros” y buenos administradores de sus recursos porque fomenta las tendencias xenófobas y antieuropeas de los movimientos populistas propios. En los que sufren los insultos por “derrochadores”, en un contexto en el que han sido víctimas de una epidemia, porque alimenta algo todavía peor, la sensación de agravio y el orgullo herido. Algo que, como indicara I. Berlin, está en la base del desarrollo del nacionalismo y del populismo que dio lugar a grandes tragedias en otros momentos históricos. En nuestra época ese reforzamiento del populismo y del nacionalismo podría conducir al proyecto europeo a su fin. Razones objetivas existen, pues la zona euro corre el riesgo de convertirse en un espacio imposible, una zona minada para aquellos Estados miembros que tienen una situación económica más delicada.

Cuando en la anterior crisis económica me preguntaban en los seminarios que impartía en Italia qué pensaba de la propuesta de Grillo de salir del euro, yo contestaba: si quiere salirse él no veo ningún problema, pero Italia como país no debería hacerlo, porque fuera del euro hace mucho frío. Creo que hoy ya no sabría ya qué responder a esa pregunta, pero sí aconsejaría a los gobernantes del sur de Europa que diseñaran urgentemente planes estratégicos que consideren todos los escenarios. Incluso para negociar en Europa resultaría muy útil disponer de ellos. Ni que decir tiene que seguir negociando en el terreno “moral” en lugar de aportar antecedentes, hechos y proyecciones razonables sobre los daños que podrían derivarse para “todos” de una ruptura de la Unión Europea, condena al fracaso a los países del sur o, peor aún, a concesiones “generosas” que al final sean poco más que una simple autorización para contraer nuevas deudas.

Europa se está construyendo en los últimos años sobre un terreno muy inestable, el de los egoísmos nacionales. Los Estados miembros van a Europa a obtener todas las ventajas posibles para luego “vender” esa insolidaridad ante un electorado que está cada vez más orientado hacia posiciones radicales, irreflexivas y antidemocráticas, contribuyendo así a alimentar esas posiciones. El país clave en la construcción de Europa, Alemania, no quiere avanzar, porque se encuentra en la mejor situación de las posibles. Ha definido un espacio intocable de democracia interna y bienestar social (de garantizar eso se ocupa el Tribunal Constitucional Federal Alemán, como ha reiterado en su sentencia de 5 de mayo de 2020) que contrasta con la afectación de la democracia interna y el bienestar social de otros países europeos desde la crisis financiera. Pero todo esto tiene un precio. Sean cuales sean las ventajas que se han derivado para Alemania de la configuración de la UE en los últimos años, la primera factura, que debilita terriblemente a Europa, ha venido en forma de Brexit. La segunda en forma de desarrollo del euroescepticismo en países que habían sido profundamente europeístas. La tercera, si no se afronta de manera adecuada la crisis económica derivada de la pandemia, podría ser la de la ruptura de la Unión Europea.

La parte monográfica del número 33 de la *ReDCE* está relacionada con el diálogo entre tribunales y recoge tres textos que estaban destinados como ponencias al congreso sobre *cultura constitucional europea y diálogo judicial*, organizado por Antonio Pérez Miras y Augusto Aguilar Calahorra, y que debía de haberse celebrado en Granada en los días 12 y 13 de marzo, aunque tuvo que ser aplazado como consecuencia de la crisis sanitaria. Se trata de tres trabajos muy relevantes que abordan esta cuestión central desde perspectivas diferentes. Por un lado, el de Juan Antonio Xiol Ríos, “El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España”, que establece un muy valioso marco teórico

general para encuadrar su análisis de la relación entre el TJUE y el TC. Seguidamente, analizando una cuestión específica, el de Rafael Bustos Gisbert sobre “Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces”. Nos encontramos ante dos de los autores más reconocidos en esta temática, de manera que nos resulta especialmente grato acoger sus trabajos en la *ReDCE*. Completa esta sección un análisis particular de gran interés que realiza Silvia Romboli: “El conflicto entre identidad nacional y Derecho de la Unión europea en el caso *Coman*: el Tribunal de Justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación”.

La Sección de Artículos comienza con mi trabajo “Interpretación constitucional y populismo”, que tiene su origen en el texto “Constitutional Interpretation and Populism. The case of Spain” preparado para un libro colectivo coordinado por Szente Zoltán y Gárdos-Orosz Fruzsina en el marco del *IACL Research Group on Constitutional Interpretation*. En esta versión se ha suprimido la parte relativa a España y se ha desarrollado la parte teórica inicial. Sigue un artículo de Juan Francisco Sánchez Barrilao, dedicado a una temática delicada y problemática “Democracia, desafección constitucional y seguridad” que él aborda con el equilibrio y la solidez habitual en sus escritos. Como muy bien dice en ese artículo, la desafección constitucional y la posible regresión democrática es algo que nos implica a todos y, por otro lado, en esta cuestión tan delicada, tenemos que procurar que no se produzcan actuaciones públicas que, con el propósito de velar por la democracia, terminen por ponerla en riesgo. Por último, en esta sección se incluye el trabajo de Giacomo Palombino “La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible?” que es un texto fundamental sobre una temática clave. Sobre su actualidad e interés sirva un ejemplo que podemos poner y que va en la línea de las inquietudes que el autor expone acerca de la aplicación incondicional de este principio a la austeridad presupuestaria: la crisis sanitaria ha evidenciado que nuestra responsabilidad hacia las generaciones futuras no consiste en la destrucción de las estructuras sanitarias públicas para facilitar el equilibrio presupuestario, sino plantearse la cuestión previa de los ingresos y la distribución de los recursos, sino en garantizar que esas generaciones tengan una sanidad pública que permita hacer frente a situaciones como la que estamos viviendo en estos días.

La Sección de Perfiles contiene dos textos sobre Jörg Luther. El primero de ellos, de Gustavo Zagrebelsky, maestro italiano de Jörg, el segundo uno mío que está destinado a un Libro Homenaje que le estamos preparando y que nuestro común maestro alemán, Peter Häberle, me ha pedido que lo incorpore a este recordatorio de Jörg. No debe extrañar que ambos textos incidan más en la vertiente personal

que en la académica. Jörg era, por encima de cualquier otra consideración, un amigo entrañable. En mi caso escribí el texto el 23 de marzo (veinte días después de su desaparición) recordando que un mes antes Jörg había sido el destinatario de mi último abrazo, cuando me despedí de él en su casa de Torino el 20 de febrero, antes de que comenzaran las condiciones de aislamiento en Italia y en España.

La Sección de Textos Clásicos incorpora el “Discurso en el Parlamento Europeo, el 11 de noviembre de 2009”, de Václav Havel, con motivo de la conmemoración del veinte aniversario de la caída del Muro de Berlín. Sus palabras esperanzadas sobre una Europa que sea fuente de inspiración para el mundo tienen hoy un especial valor. Desgraciadamente, desde que Havel pronunciara este discurso Europa ha perdido esa capacidad y se ha convertido en algo distinto a un acuerdo pragmático, para pasar a ser de nuevo una especie de campo de batalla en lo económico, en el que los más poderosos quieren imponer sus condiciones a los más débiles. Ojalá que se retome en algún momento el espíritu del Discurso de Havel por el bien de Europa y del mundo.

Por su parte, la Sección de Jurisprudencia contiene una interesante reflexión de Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado sobre “¿Pueden brotar frutos sanos del árbol envenenado? La admisibilidad como prueba de la lista Falciani”. El Foro, incorpora el texto de Anuscheh Farahat “De nuevo el anhelo del apocalipsis: en defensa de la esperanza pragmática en tiempos de crisis” que aborda los diversos debates que se están planteando sobre la crisis sanitaria tanto desde la perspectiva del derecho constitucional nacional como desde el derecho europeo, así como la vertiente de la solidaridad trasnacional. Mi coincidencia con los planteamientos de Anuscheh es habitual y en este caso se manifiesta de manera bastante evidente en mis palabras de la parte inicial de esta Presentación.

La Sección de Legislación, a cargo de María Luisa Balaguer, refleja el espíritu de nuestro tiempo en estos seis meses tan penosos para la Unión Europea. Salvo una de las normas que se recogen, todas las demás tienen que ver con el Brexit, ya consumado el 31 de enero de 2020, o con la pandemia, incorporando diversas actuaciones y medidas que han sido necesarias para hacer frente a la situación de emergencia generada por el COVID-19. Es el testimonio de una época que está generando la peor crisis que la Unión Europea ha conocido hasta ahora, sin que todavía se hayan superado los efectos de las anteriores.

En las noticias de Libros tenemos, en primer lugar, el comentario que realiza Miguel Presno sobre el libro de Antonio Pérez Miras, German M. Teruel Lozano, Edoardo Raffiotta y Maria Pia Iadicicco (Dirs.) *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, BOE y CEPC, Madrid, 2020, una obra en

la que hemos participado un gran número de constitucionalistas de España y de Italia. En segundo lugar, el de Antonio Pérez Miras sobre el interesante libro de Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el “common law” (desde la perspectiva del jurista continental)*.

Antes de pasar al obligado apartado de agradecimientos y, en nombre del equipo editorial de la Revista, quisiera comunicar que a partir del número 34 incorporaremos una nueva versión en pdf que se unirá a la versión html y a la versión e-book preparada por Thomson Reuters. La versión impresa se sustituye así por un nuevo formato digital más acorde con los procesos que se están desarrollando en las comunidades académicas de todo el mundo. Debemos recordar que esta Revista comenzó ya desde su número 1, hace ahora 16 años, en versión íntegramente digital en html junto con la edición impresa, en ese momento a cargo del Instituto Andaluz de Administración Pública. Esa edición digital en html la hemos cuidado siempre el equipo editorial de Granada y así seguirá siendo en el futuro. La versión en pdf que sustituye a la impresa y la versión en e-book seguirán siendo editadas por Thomson Reuters.

Por último, en la parte de agradecimientos tenemos que referirnos en primer lugar a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle, que contribuyen decisivamente a la publicación de la *ReDCE* en sus distintas versiones. En el ámbito nacional hay que mencionar el 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, al Proyecto Jean Monnet “The constitutional bases of Europe: building a *common European constitutional culture*” y a la Cátedra Jean Monnet “Integration of asylum-seekers and refugees in the European Unión”.

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



Estudios



EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

The Dialogue between Courts: The Court of Justice of the European Union and the Constitutional Court of Spain

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS
Magistrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO:

- I. El diálogo entre tribunales: notas sobre el concepto.
- II. El diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España.

I. EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES: NOTAS SOBRE EL CONCEPTO

Existe una opinión bastante generalizada acerca de la existencia de un diálogo entre los tribunales, y particularmente entre el TJUE y los tribunales constitucionales de los Estados miembros.

El concepto de diálogo se ha venido utilizando de manera difusa atribuyéndole un contenido que normalmente no va más allá de una descripción fenomenológica. Entiendo, sin embargo, que con un método analítico pueden extraerse conclusiones relevantes sobre la relación entre los tribunales internacionales y los nacionales partiendo del concepto de diálogo.

El concepto de diálogo tiene el significado de un intercambio de ideas entre dos partes que éstas llevan a cabo con la finalidad de influir recíprocamente en sus conductas. Al afirmar su existencia entre tribunales se hace referencia a un proceso de intercambio de argumentos entre ellos que puede ser relevante en la formación de la decisión que respectivamente les corresponde.

La base del diálogo es el lenguaje y la nota esencial que lo caracteriza es la bilateralidad, la cual es consustancial al intercambio antes referido. Sin embargo, esta nota no puede considerarse como un requisito de carácter absoluto: uno de los mayores teóricos sobre el diálogo, Douglas Walton, admite la existencia

de procedimientos dialécticos de carácter monológico, en los que interviene solo el hablante o el escritor, como en el caso de una disertación, de un discurso o de una lección magistral¹. Como modalidades de diálogo se admiten, por ejemplo, el diálogo educativo o la incitación a la acción. Por otra parte, el desenvolvimiento del diálogo puede tener episodios incidentales o patológicos de carácter monológico e incluso de rechazo². Una de las modalidades de diálogo admitidas por Walton es la riña o diálogo erístico. El carácter monológico del discurso no impide que pueda ser considerado como parte de un diálogo cuando se desenvuelve en un procedimiento más amplio en el que existe un punto de partida común, objetivos concurrentes y una posibilidad de influencia recíproca para hallar la mejor solución práctica. En el ámbito de las relaciones entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales se ha hablado de la práctica de un “diálogo silencioso” basado en el conocimiento profundo por aquel de la jurisprudencia de éstos³.

El concepto de diálogo implica una superación de los principios de la retórica y la dialéctica clásicas en aras de una concepción pragmática. En la retórica se persigue la empatía con la audiencia; en la dialéctica, el acuerdo sobre una conclusión lógica. El diálogo persigue allanar el camino para una acción práctica.

El diálogo entre tribunales es posible *a priori*, pues sus decisiones se motivan por medio del lenguaje y unos con otros se relacionan procesal e institucionalmente. De las distintas modalidades de diálogo estudiadas por Walton la que resulta aplicable a los procesos jurisdiccionales es el diálogo deliberativo. Según la tipología de Walton los tipos de diálogo se caracterizan por una situación inicial, por los objetivos concretos de cada participante y por la finalidad general del diálogo. Dando por supuesto que, según puso de manifiesto Von Wright en el marco de la lógica deóntica, de todo razonamiento práctico se sigue una acción, puede aceptarse la existencia de procesos de diálogo deliberativo entre tribunales: la situación inicial es el planteamiento de un dilema sobre un conflicto jurídico o sobre una cuestión jurídica a cuya solución concurren varios

1 Cit. por M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 265 y ss.

2 Véase G. DE VERGOTTINI, “El diálogo entre tribunales”, trad. Fernando Reviriego Pición, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 335-352.

3 J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 17, 2013, p. 36.

tribunales o que se plantea de forma similar ante ellos; los objetivos respectivos de cada parte, salvar sus competencias y posibilidades de acción; reivindicar la importancia institucional de su función y optimizar su decisión; y la finalidad general del diálogo, decidir la solución más adecuada del conflicto o conflictos planteados para dar curso a la actuación jurisdiccional en un marco de autorrestricción y deferencia recíproca.

En las situaciones de sobreposición de ordenamientos, que aquí especialmente nos interesan, el diálogo tiene una especial significación⁴, pues la situación impone especiales exigencias de colaboración, autorrestricción y deferencia entre los tribunales. Los tribunales pertenecientes al ordenamiento superior o más extenso deben tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos del ordenamiento inferior, reconociéndoles un margen de apreciación, mientras que estos se ven obligados a asimilar la fuerza expansiva del ordenamiento superior y a admitir su primacía.

En su génesis este tipo de diálogo, según una constante histórica, suele desenvolverse en una esfera próxima a la política sobrevolando el ámbito formal de lo estrictamente jurídico. Puede observarse este fenómeno en el nacimiento del *common law* frente a las costumbres locales, producto del predominio de los tribunales reales en Inglaterra ante la debilidad de la nobleza tras la invasión normanda. La técnica dialéctica usada es el *stare decisis*. Se observa también en el predominio del derecho romano-canónico en la Europa medieval como derecho del Imperio o de las monarquías poderosas frente a los derechos locales o personales. La técnica dialéctica usada en este caso es la interpretación de las fuentes clásicas iniciada por los glosadores.

Con el tiempo el diálogo tiende a encauzarse mediante procedimientos formales de devolución de la competencia, de recursos o de consulta a los tribunales superiores. La cuestión prejudicial en el ámbito del derecho europeo es un ejemplo paradigmático de esta última.

El concepto de diálogo entre tribunales presenta obstáculos significativos de carácter teórico. Se arguye que la jurisdicción atribuye el poder de decir la última palabra y está sujeta a lo que Luhman ha llamado el método normativo, el cual supone que la norma, como premisa perentoria y excluyente a la que debe atenderse el tribunal, no permite mejorar o superar las experiencias anteriores o

4 Según G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 345: “Fundamentalmente suele hablarse de diálogo cuando en el curso de una resolución podemos encontrar una reseña proveniente de un ordenamiento diferente; externo por tanto de aquel en el que la resolución despliega su eficacia”.

corregir las experiencias fallidas e impide, en consecuencia, las posibilidades constructivas que el diálogo lleva consigo. Estas son propias únicamente del método cognitivo, que se aplica en el ejercicio de las actividades científicas y políticas. Por ello se ha dicho que la sede más adecuada para el diálogo es la de los parlamentos y los gobiernos⁵.

Las visiones formalistas del derecho, en consecuencia, tienden a negar la existencia de diálogo entre los tribunales al margen de los cauces formalmente establecidos⁶. Estas posiciones terminan concluyendo que el diálogo, para ser “real” o “auténtico” desde el punto de vista jurídico, debe respetar las recíprocas competencias. Sin embargo, les es difícil sustraerse a la consideración de que, cuando la competencia se considera como un imperativo categórico, no puede hablarse de diálogo real, salvo si se hace en términos figurados o fenomenológicos.

Con la superación del positivismo formalista mediante las teorías argumentativas y pragmáticas la noción de diálogo entre los tribunales ofrece nuevas perspectivas. La teoría de la argumentación jurídica considera la decisión judicial como producto de un razonamiento, que, al menos en los casos difíciles, va más allá del silogismo subsuntivo y aplica una racionalidad discursiva basada en la aplicación de criterios de consistencia, coherencia, universalidad y adecuación. Hoy día se admite la relevancia, junto a la *ratio decidendi*, de las razones auxiliares, en la terminología de un positivista inclusivo como Raz. La solidez de la decisión arranca de la fuerza del conjunto de las premisas y no de una linealidad lógica (Wisdom, Perelman). Los académicos realistas aconsejan tener en cuenta no solamente el contexto de justificación o razonamiento formalmente ofrecido por el tribunal, sino, en una perspectiva conductista, también el llamado contexto de descubrimiento, es decir, las razones sociológicas o psicológicas que han llevado al juez a una determinada decisión (Frank). Finalmente, el pragmatismo –que, según Toulmin, no es una teoría, sino una actitud ante el derecho– impone la necesidad de dar entrada en el razonamiento jurídico a la

5 N. DE BOER, “Addressing rights divergences under the Charter: Melloni -- Case C-399/11, Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013”, *Common Market Law Review*, núm. 50, p. 1101.

6 Según E. ROCA TRÍAS y 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. 541: “si bien el diálogo ‘formal’ entre tribunales existe, como no podía ser de otra manera, el diálogo ‘real’ termina donde termina la competencia, y, en la práctica, con el ejercicio del derecho a la última palabra”.

discusión y al consenso como criterios epistemológicos (Carlos Nino). Hay que tener en cuenta no solamente el aspecto formal de los argumentos, sino también los elementos principales y teleológicos del ordenamiento y las consecuencias de la decisión. El pragmatismo impone, finalmente, aceptar, siguiendo criterios de experiencia (Holmes, Posner), las teorías o doctrinas jurídicas en función de sus posibilidades reales de aplicación y solución de los problemas planteados sin sobrepasar un grado de abstracción razonable.

En este caldo de cultivo teórico parece adecuado reconocer un nuevo sentido y una nueva vitalidad al concepto de diálogo entre los tribunales y aceptarlo como algo más que un “eufemístico rótulo”, como ha sido calificado⁷. El diálogo entre los tribunales parece, en efecto, llamado a ser uno de los elementos que pueden contribuir al desarrollo de la argumentación necesaria para la resolución de las cuestiones planteadas dentro, por supuesto, en los márgenes jurisdiccionales y competenciales que corresponden a cada tribunal. Las fórmulas ofrecidas por otros tribunales pueden constituir un elemento valioso para compulsar la consistencia, coherencia, universalidad y adecuación de la conclusión obtenida por el tribunal en su ámbito de competencia y en su nivel de decisión. El diálogo como forma de cooperación ha sido especialmente reclamado como un medio idóneo para resolver los problemas planteados en el ámbito de las relaciones entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales, dada la diversidad de estándares jurídicos existentes en materia de derechos fundamentales entre los ordenamientos sobrepuestos⁸.

II. EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

1. Etapa de autarquía

La posición del Tribunal Constitucional de España (en adelante, TC) se caracterizó en una primera etapa por el mantenimiento de un criterio que ha sido calificado por algún autor como de autarquía jurídica⁹ o de

7 Véase A. OLLERO TASSARA, “Diálogo de tribunales en el marco europeo”, en AA.VV., *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 913.

8 N. DE BOER, *op. cit.*, p. 1100.

9 G. FOURNIER, “¿Fin de la ‘autarquía jurídica’ o preludio de un conflicto anunciado? El primer reenvío prejudicial del Tribunal Constitucional”, *La Ley*, núm. 23, 2011, p. 7.

soberanía iusfundamental¹⁰. Esta etapa de autarquía se manifestó en tres aspectos:

(i) El TC declaró durante largo tiempo que las cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho europeo son cuestiones de legalidad ordinaria ajenas a la jurisdicción que corresponde al TC como supremo intérprete de la CE. En consecuencia, el TC consideraba que no le afectaba la obligación impuesta por el derecho de la Unión de plantear cuestiones prejudiciales en caso de duda sobre la interpretación de este derecho¹¹.

(ii) El TC considera en esta primera etapa que, en materia de derechos fundamentales, el derecho europeo establece un contenido mínimo, referible únicamente a aquellas materias en las cuales es aplicable, pero no impide que, de acuerdo con el principio que se ha llamado de tutela multinivel de los derechos fundamentales, el TC pueda aplicar niveles de protección superior cuando estos estén consagrados por la Constitución. En la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, FJ 3, se declara que

“[p]or lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta ‘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’, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno”.

10 J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA y S. RIPOL CARULLA, “La Euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 151 y ss.

11 A. OLLERO TASSARA, “La aplicación del derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 76, 2009, pp. 117-133.

(iii) Asimismo, el TC construye su posición autárquica inicial apoyándose en el principio de equivalencia, en cierto modo inspirado en la doctrina *Solange* del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. En efecto, se admite que, dada la tradición común en materia de derechos fundamentales en el ámbito europeo, resulta inimaginable que pueda existir una contradicción entre el derecho europeo y la Constitución española. No obstante, el TC se vería constreñido a actuar por los medios de revisión de la constitucionalidad que la Constitución le reconoce en el caso de que el derecho europeo resultara imposible de conciliar con el Derecho interno:

“En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros” (DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, FJ 4).

Sin embargo, esta posición inicialmente autárquica del TC debe ser interpretada con varias matizaciones:

(i) Puede ser considerada como una respuesta a la comprensión inicial del TJUE, que se limitaba a rechazar que los derechos fundamentales pudieran ser esgrimidos por las autoridades nacionales para alegar la primacía del derecho comunitario.

(ii) En la DTC 1/2004, que acabamos de citar, el TC considera que no existe contradicción entre los artículos I-6, II-111 y II-112 del frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, y la Constitución. Solo en uno de los votos particulares

formulados¹² se acentúa la intensidad del principio autárquico entendiendo que era necesaria una modificación constitucional para hacer posible la aceptación por España de la regulación en el marco del derecho secundario europeo de los derechos fundamentales.

(iii) La inicial posición autárquica del TC, al menos tal como aparece formalmente expuesta en la DTC 1/2004, no excluye el concepto de diálogo, sino que acepta su existencia. Por una parte, el diálogo parece considerarse como una realidad de un pasado superado cuando se afirma que la falta de garantía “de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles” justificó “en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. (FJ 3). Sin embargo, más adelante se considera como un instrumento que sigue siendo útil y necesario cuando se afirma que

“[c]omo sucede con los [problemas] que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”. (FJ 6).

Aunque no parece ser, hoy por hoy, una opinión unánime de los magistrados del TC¹³, sin embargo, en el texto de la DTC 1/2004, la última referencia al diálogo que acaba de recogerse no es puramente fenomenológica, sino que es compatible con la construcción conceptual expuesta al principio de este trabajo:

12 El correspondiente al magistrado Andrés Ollero.

13 Según el voto particular concurrente de la magistrada Encarnación Roca Trías a la STC 26/2014, de 13 de febrero, caso *Melloni*, “[r]econocer la función de cada Tribunal, cuando se respeta el ámbito competencial de cada uno, coadyuva también a la efectividad real del llamado ‘diálogo entre Tribunales’”.

hay una referencia implícita a la situación inicial (el dilema planteado por la existencia en convenios internacionales de “enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”); a la existencia de objetivos respectivos (mantener la vigencia de los procedimientos constitucionales internos y respetar las “instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales”); y a la finalidad general del diálogo (solucionar los problemas que plantea la integración del Convenio de Roma “ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes”).

2. Etapa de aproximación

La posición inicial del TJUE proclive a rechazar que los derechos fundamentales pudieran ser esgrimidos por las autoridades nacionales para alegar la primacía del derecho comunitario, fue pronto rebasada por el acogimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales como principios generales del derecho europeo, por la aceptación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos como parámetro de referencia y, de manera definitiva, por la integración de los derechos fundamentales en el derecho originario de la Unión Europea.

En consonancia con ello, el TJUE mantiene una relación con los tribunales nacionales que puede ser considerada como generadora de una actitud de diálogo recíproco. La sentencia *Melki y Abdeli* (22 de junio de 2010, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10) declara que resulta contrario a los tratados un procedimiento de control incidental de la constitucionalidad de las leyes que pueda conducir a la anulación de la ley que se limita a trasponer las disposiciones imperativas de una directiva, pues en tal caso “el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales del fondo del Estado miembro considerado, el control de la validez de dicha directiva en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario, y en especial de los derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE confiere el mismo valor jurídico que se reconoce a los Tratados” (apartado 55). Implícitamente, pues, admite que pueden confluir las decisiones de los tribunales nacionales y del TJUE en relación con la aplicación de derechos fundamentales desde la perspectiva de la constitución interna y del derecho europeo, respectivamente, siempre que se respete la primacía de este y, en consecuencia,

el carácter preferente de la jurisdicción europea. Este es un punto de partida o situación inicial (en la terminología de Walton) que necesariamente conduce al diálogo de tribunales en su más amplia acepción según la construcción conceptual que venimos manteniendo.

Roca y García Couso opinan que, aun cuando el TJUE en la sentencia Melki y Abdeli parece favorecer el llamado diálogo entre tribunales, sin embargo, tras el reconocimiento de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial en cualquier momento y por cualquier órgano judicial, el TJUE se asegura el derecho a ejercer la última palabra equiparando a todo juez o tribunal que se considere como tal a los efectos del artículo 267 TFUE¹⁴. Ya hemos visto, sin embargo, cómo el elemento capital del diálogo es la posible influencia recíproca entre dos partes en un proceso de intercambio de argumentos que, a partir de una situación inicial, persigue compatibilizar el mantenimiento de objetivos respectivos de aquellas con el logro de la mejor solución práctica al problema jurídico respectivamente planteado. La existencia de un derecho a la última palabra no impide, por sí mismo, la posibilidad del diálogo. En alguna de las modalidades de diálogo admitidas en la clasificación de Walton una de las partes o un tercero tiene el derecho a decir la última palabra, muy señaladamente en el diálogo educativo, en el diálogo de investigación y en el diálogo jurisdiccional.

Observando la evolución del derecho europeo y de la jurisdicción del TJUE, podía afirmarse que la posición inicial de autarquía del tribunal español estaba llamada, como así ocurrió, a sufrir un proceso de ruptura que acentuara, en general, la deferencia hacia la jurisprudencia sentada por el TJUE en materia de derechos fundamentales y, específicamente, aportara una mayor sensibilidad en cuanto a la relevancia de las declaraciones del TJUE para interpretar en el ámbito interno el alcance de los derechos fundamentales. Pero también era previsible que estos fenómenos se desarrollaran en el marco de un diálogo entre ambos tribunales.

Como fases de esta etapa podemos señalar las siguientes:

(i) El control por el TC de la falta de planteamiento de cuestiones prejudiciales. La ruptura de la etapa de autarquía, que abre lo que podemos considerar una etapa de aproximación al TJUE por parte del TC español, se manifestó, en primer término, en la aceptación por parte del TC de que las resoluciones judiciales por las que se inaplican leyes internas sin plantear previamente una cuestión prejudicial ante el TJUE cuando sea procedente a la luz de las normas

14 ROCA TRÍAS y GARCÍA COUSO, *op. cit.*

del derecho de la Unión, es decir, en el caso de tratarse de un tribunal de última instancia y de existir una duda fundada acerca de la compatibilidad del derecho europeo con una norma de derecho interno, pueden suponer una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE apreciable mediante el recurso de amparo.

La STC (Sala Segunda) 58/2004, de 19 de abril, recogiendo abundante jurisprudencia anterior, declara que

“la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE– no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento”.

Sin embargo, a continuación, se modifica dicha jurisprudencia, aun sin confesarlo, afirmando lo siguiente: “Ahora bien, la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental, como así ha ocurrido en el presente caso y ahora razonaremos” (FJ 10). Y, efectivamente, se sienta “ahora” la doctrina de que

“a este Tribunal no le corresponde resolver en el presente asunto si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquélla en beneficio de ésta sino, única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE; en sentido idéntico, pero con relación al principio de igualdad, STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.a), o, por el contrario, estaba obligado previamente a plantear la cuestión prejudicial interpretativa prevista en el art. 234 TCE en orden a dejar inaplicado el Derecho español” (FJ 11).

El TC remata su razonamiento firmando que

“[d]ebe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda –a los efectos ahora considerados– no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como

inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quién podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Cabe afirmar, en el mismo sentido, que la existencia de una previa Sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales” (FJ 13)¹⁵.

De forma paralela, pero igualmente significativa, en la STC 145/2012, de 2 de junio, el TC reconoce que el juez nacional vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) y a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) al desconocer los efectos *ex tunc* de una sentencia del TJUE en la que se condenaba a España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de las libertades de libre circulación.

(ii) Planteamiento de una cuestión prejudicial por el TC. La ruptura de la posición autárquica continúa, en un segundo momento, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del TC en el llamado caso *Melloni*, hecho que implica la aceptación por el TC español de que el derecho de la Unión Europea puede ser relevante desde el punto de vista de la aplicación de la Constitución. Debe notarse que, a efectos de la presentación de una cuestión prejudicial, el artículo 267 TFUE no requiere que la norma del derecho de la Unión sea directamente aplicable al caso, sino solo que se estime necesaria una decisión al respecto para emitir el fallo. En el planteamiento de la cuestión prejudicial (ATC 86/2011, de 9 de junio) el TC da por hecho que la Decisión Marco 2002/584/JAI es una de las referencias normativas que el TC debe tener en cuenta por mandato del artículo 10.2 CE para la interpretación del artículo 24.2 CE.

15 Esta jurisprudencia se ha mantenido invariable en sentencias posteriores; por ejemplo, SSTC 124/2006, de 19 de junio; 78/2010, de 20 de octubre; 27/2013, de 11 de febrero.

En uno de los votos particulares de la sentencia *Melloni* dictada por el TC¹⁶, tras recibir la respuesta a la cuestión prejudicial planteada, se dice que el planteamiento de la cuestión

“constituyó un hito en la historia de este Tribunal, al que le han seguido posteriormente el de otros tribunales constitucionales europeos. No puede sino celebrarse el diálogo directo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales nacionales, pues a través de ese diálogo se dará cuerpo progresivamente a un constitucionalismo europeo compartido” (apartado 1).

Se advierte, pues, la importancia dada por al menos algunos de los miembros del TC al diálogo con el TJUE, en relación con el cual el planteamiento de la cuestión inicial se considera un hito muy relevante. No obstante, si lo que quiere decirse es que no se habían planteado cuestiones prejudiciales por otros tribunales nacionales con anterioridad, en realidad no era exactamente así, pues ya existían cuestiones prejudiciales que habían presentado otros tribunales constitucionales, aunque fueran poco numerosas¹⁷.

El auto de planteamiento por parte del TC demuestra un alto grado de voluntad de diálogo¹⁸. Se consulta al TJUE sobre si es posible imponer condiciones a la orden europea de detención en el sentido de obligar al Estado solicitante a una revisión del juicio celebrado en ausencia. El TC plantea tres soluciones como posibles: la de entender que la Decisión Marco, al permitir la entrega de los condenados en juicios en ausencia con ciertas condiciones, no impide a las autoridades judiciales nacionales someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado; la de entender

16 VP concurrente de la magistrada Adela Asúa Batarrita a la STC 26/2014, de 13 de febrero.

17 Habían interpuesto cuestiones prejudiciales con anterioridad el Tribunal Constitucional (antes, Tribunal de Arbitraje) belga: STJCE de 16 de julio de 1998, *Fédération de chambres syndicales de médecins*, as. C-93/97; STJUE de 1 de marzo de 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, as. C-236/09); el Tribunal Constitucional de Austria: STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, as. C-143/99; STJCE de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk*, as. ac. C-465/00, C-130/01 y C-139/01); el Tribunal Constitucional de Lituania: STJCE de 9 de octubre de 2008, *Sabatauskas*, as. C-239/07); y, finalmente, la Corte Constitucional de Italia: STJCE de 17 de noviembre de 2009, *Presidenti dei Consiglio dei Ministri*, C-169/08.

18 Según N. DE BOER, *op. cit.*, p. 1100, la referencia del TC español en *Melloni* se ha percibido como un buen ejemplo de un tribunal constitucional nacional abierto al diálogo.

que la normativa de la Decisión Marco es incompatible con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y, como tercera opción, la de entender que la protección de los derechos fundamentales establecida por la Decisión Marco tiene carácter de estándar mínimo que puede dar lugar a exigencias de mayor protección por parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros, bien con carácter absoluto, bien en función de ciertas circunstancias.

A su vez, de manera casi contemporánea, el TC español adopta importantes decisiones incorporando la jurisprudencia del TJUE en materia de igualdad en relación con derechos sociales y trabajadores a tiempo parcial. A esto se hace referencia específica en uno de los votos particulares a la sentencia *Melloni*, citando especialmente las SSTC 41/2013, de 14 de febrero y 61/2013, de 14 de marzo¹⁹.

(iii) La respuesta del TJUE. En este momento puede decirse que se produce un episodio que podemos considerar accidental o patológico en el ámbito del diálogo entre ambos tribunales. El TJUE es sumamente parco en la respuesta dada al Tribunal español. En la parte argumentativa de su decisión prácticamente no hace referencia a las soluciones que este ha ofrecido, aunque en definitiva puede decirse que acepta una de ellas. La argumentación del TJUE es escueta y ha sido calificada por la doctrina de “adusta”²⁰ o “escasamente argumentada”²¹ y se ha dicho que “probablemente no se adecua a lo que cabría esperar de un diálogo leal”²² y que “dista mucho de ser un buen exponente de diálogo con los Tribunales Constitucionales dada su parquedad y escasa motivación”²³.

19 VP concurrente de la magistrada Encarnación Roca Trías a la STC 26/2014, de 13 de febrero (apartado 4).

20 J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA y S. RIPOL CARULLA, *op. cit.*

21 C. IZQUIERDO SANS, “Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión”, *La Ley Unión Europea*, núm. 4, 2013, pp. 3-10.

22 A. M.^a BUENO ARMIJO, “La protección de los derechos fundamentales por el juez nacional y el cumplimiento del derecho de la unión: la inquietante jurisprudencia Melloni”, en E. TREMOLADA ÁLVAREZ (ed.), *Repensando la integración y las integraciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 261-300.

23 J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *op. cit.* p. 28.

El TJUE llega a la conclusión de que cuando los tribunales nacionales actúen en el ámbito de aplicación de la Decisión Marco, es decir, cuando sean órganos del sistema judicial de la Unión Europea, deben atender a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parámetro de protección de los derechos fundamentales. En los casos en los que la Decisión Marco concede al Estado margen de apreciación en el momento de aplicar sus normas, el juez nacional podrá tomar en consideración los estándares nacionales de protección de derechos fundamentales, incluyendo la consideración del derecho internacional de los derechos humanos vigente para España como criterio de interpretación. Pero este recurso al artículo 10.2 CE presenta un doble límite: en primer lugar, no puede condicionar la primacía, unidad o uniformidad del derecho de la Unión. Y, en segundo lugar, no ha de ser utilizado para contrariar el nivel de protección previsto por la Carta según es entendido por el TJUE, pues este nivel es siempre de obligado respeto por los tribunales estatales.

El tono de la respuesta del TJUE sin duda se explica como expresión de la firmeza del Tribunal en la voluntad de perfeccionar la configuración de un sistema de derechos fundamentales propio de la Unión Europea y de superar con ello la teoría del estándar mínimo propio del llamado constitucionalismo multinivel. El TJUE se inclina por un sistema constitucional compuesto en que las competencias de los tribunales constitucionales nacionales en buena medida le han sido transferidas. Sin embargo, el silencio del TJUE no impide reconocer que esto hace más necesario el diálogo propio de las situaciones de superposición de ordenamientos. También se ha criticado en la doctrina española al TJUE por mantener una posición excesivamente favorable a los gobiernos de los Estados miembros, como demuestra el hecho de que aún no se ha encontrado tacha alguna en materia de derechos fundamentales en las normas sobre cooperación policial y judicial penal y solo mínimamente en las demás partes del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²⁴.

Las características especiales del diálogo entablado en esta ocasión se ven resaltadas por el hecho de que la mejor comprensión de la sentencia *Melloni* aconseja relacionarla con otra de la misma fecha (26 de febrero de 2013), dictada en el caso a *Akerberg*, en la cual, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal sueco, se sienta el criterio, idéntico a *Melloni*, pero

24 P. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Crónica de una muerte anunciada: comentario la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, p. 39.

formulado con mayor precisión en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación interno de la CDFUE, en el sentido de que “cuando un órgano jurisdiccional de un estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado uno de la Carta, en una situación en la que la acción de los estados miembros no esté totalmente determinada por el derecho de la Unión, 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, y a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, Rec. P. I-0000, apartado 60)”. En suma, cuando no existe ninguna disposición comunitaria que imponga un estándar uniforme de protección de los derechos fundamentales resultará de aplicación el estándar nacional siempre que sea conforme con el exigido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y no se oponga a primacía, unidad y efectividad del derecho de la Unión²⁵.

(iv) La decisión del Tribunal Constitucional español. La solución dada por el TC al recurso de amparo planteado, en la que aparece la reacción del TC español a la solución del TJUE a la cuestión prejudicial presentada, se mueve prácticamente en la misma línea reacia al diálogo, como ponen de manifiesto los votos particulares concurrentes formulados por tres magistrados. El TC, en efecto, tampoco hace referencia explícita en su argumentación a la decisión tomada por el TJUE, sino que opta, con carácter previo, por modificar su doctrina y renunciar con carácter general a la exigencia de que el juicio se celebre con la presencia del acusado siempre que concurren los requisitos de conocimiento por parte de este y de defensa por sus abogados que establece la Decisión Marco. Se trata, por lo tanto, de una decisión que materialmente se atiene a lo establecido por el TJUE, pero que, por una parte, reproduce formalmente las afirmaciones autárquicas contenidas en la Declaración 1/2004 y, por otra, rebaja el nivel de protección del derecho fundamental en cuestión, el derecho a un proceso con todas las garantías, a un nivel compatible con lo que resulta de la sentencia del TJUE, pero presentándolo como una reflexión sobre su propia jurisprudencia. No puede obviarse que esta decisión se toma en el marco de lo que se ha llamado la “soledad del TC”, pues su posición no era compartida por los jueces y

25 J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *op. cit.* p. 30.

tribunales ordinarios ni por el Gobierno ni siquiera por todos los miembros de su colegio²⁶.

3. Etapa de integración

A pesar del carácter accidental o patológico de este episodio creo que debe afirmarse que el diálogo sigue estando presente entre ambos tribunales. El TJUE, en la sentencia *Melloni*, aunque no hace ninguna manifestación expresa en la materia, puede decirse, en la medida en que implícitamente se apoya en el dictamen del abogado general²⁷, que tiene en cuenta las posiciones del TC²⁸ e incluso toma en consideración que la opción planteada por este de aplicar una protección superior en el marco de los juicios en ausencia no forma parte de la identidad nacional en materia de protección de los derechos humanos, atendida la posición del Gobierno español en la negociación de la Decisión Marco, así como la existencia de opiniones disidentes dentro del propio TC español en el momento de la formulación de la doctrina controvertida. Debe notarse, por lo demás, que en la adopción de la Decisión Marco resulta evidente que el Gobierno español no sintió la necesidad de apoyar la doctrina sentada por el TC sobre vulneración indirecta del derecho a un proceso con todas las garantías en los juicios en ausencia, que no podía desconocer. Contribuye a reforzar esta opinión el hecho de que la ley de transposición de la Decisión Marco, cuando se refiere a la condena en rebeldía, guarda un silencio poco comprensible²⁹.

26 P. MARTÍN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 14.

27 Según N. DE BOER, *op. cit.*, p. 1093, el TJUE esencialmente sigue la opinión del abogado general y su decisión es mucho más breve, sustancialmente la misma, pero quizá también más coherente.

28 Según J. Díez-Hochleitner, *op. cit.*, p. 32, la sentencia en el asunto *Melloni* parece decantarse sin decirlo por la tercera de las interpretaciones del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sugeridas por el TC en su auto de remisión cuando señala que el precepto “operaría bien como una cláusula de estándar mínimo de protección –capaz por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental– o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio –aun a costa de posibilitar en su caso una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales–, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate”.

29 P. MARTÍN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 13.

Frente a quienes pudieran entender que la existencia del diálogo entre ambos tribunales resultó interrumpida o muy perjudicada por el asunto *Melloni*, la posterior evolución de la jurisprudencia del TC en mi opinión contradice esta afirmación. Podemos citar algunas muestras:

(i) Por una parte, el TC elabora una doctrina según la cual la cuestión prejudicial europea tiene siempre carácter preferente sobre la cuestión constitucional nacional amparándose en su propia jurisprudencia, que subordina la admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad a que esta tenga relevancia para la decisión del proceso celebrado por el tribunal que plantea la cuestión. En efecto, si existen dudas que deba resolver el TJUE acerca de la compatibilidad de una disposición interna con el derecho europeo, no puede afirmarse la aplicabilidad de esta norma en tanto no sea depurada de las dudas existentes, pues así lo exige la primacía del derecho europeo. En consecuencia, el TC español entiende que tanto la pendencia de una cuestión prejudicial ante el TJUE como su falta de planteamiento cuando sea procedente hacen imposible la admisión de una cuestión de constitucionalidad sobre la misma materia. Con ello se respeta de manera inequívoca la jurisprudencia sentada por el TJUE sin admitir margen alguno de desviación (ATC 168/2016, de 4 de octubre).

(ii) El TC recientemente ha establecido que no solamente es procedente considerar que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el tribunal ordinario aplica una norma a pesar de la existencia de dudas sobre su compatibilidad con el derecho de la Unión, sino también cuando considera inválida una norma interna por la aplicación del principio de acto aclarado sin que concurren los requisitos que el TJUE exige para que pueda darse el supuesto (STC 37/2019, de 26 de marzo).

(iii) La STC 21/2018, de 5 de marzo, sobre vulneración del derecho a la libertad personal por ausencia de información suficiente sobre las razones de la detención y denegación del acceso a los elementos esenciales de las actuaciones policiales para evaluar su legalidad, acepta la eficacia del Derecho Penal Europeo para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ya que se estima un recurso de amparo por vulneración del artículo 17.1 y 3 CE (derecho a la libertad) fundándose en la interpretación de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, que dispone que “los Estados Miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad será informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa”.

Resumen

Este trabajo aborda el tema del diálogo entre tribunales en el espacio europeo. En particular, se realiza un recorrido por la relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional español. Se estudia la principal jurisprudencia en las tres etapas identificadas.

Palabras clave

Diálogo entre tribunales, TJUE, Tribunal Constitucional.

Abstract

This work addresses the issue of dialogue between courts in the European area. In particular, a tour of the relationship between the Court of Justice of the European Union and the Spanish Constitutional Court is made. The main jurisprudence is studied in the three identified stages.

Keywords

Dialogue between Courts; Court of Justice of the European Union; Constitutional Court.

Recibido: 10 de marzo de 2020
Aceptado: 26 de marzo de 2020



COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL EN EUROPA EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Transjudicial Communication in Europe in Defence of the Independence of the Judges

RAFAEL BUSTOS GISBERT

*Catedrático de Derecho Constitucional. Escuela Judicial
Universidad de Salamanca*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Jueces hablando, informalmente, con jueces: las redes judiciales europeas.
- III. Jueces hablando, formalmente, con jueces.
- IV. La defensa judicial de la independencia en Europa por demandas de terceros.
- V. Un futuro lleno de posibilidades y de incertidumbres: los casos pendientes.
- VI. Conclusión: objeciones a la comunicación transjudicial en Europa a propósito de la independencia judicial.

I. INTRODUCCIÓN

La primera obligación para con un lector es sin duda no inducir a error respecto del contenido del texto que tiene ante él. Por eso conviene destacar desde el principio que el presente trabajo no se va a centrar en los diálogos judiciales. Tampoco en la independencia judicial.

No se va a centrar en el examen de los diálogos judiciales porque estos, si queremos usar el término de manera técnicamente correcta¹, hacen referencia a formas concretas de deliberación entre tribunales en contextos que requieren la búsqueda de soluciones jurisprudenciales compatibles en los espacios de intersección juris-

1 Obviamente tenemos en mente la crítica del concepto realizada por G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bolonia, 2010. Igualmente son muy interesantes y bien fundadas las críticas en España formuladas por J. C. BAYÓN, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de filosofía del Derecho*, XXIX, 2013.

diccional entre ordenamientos². Este no va a ser el objeto de este trabajo porque en las páginas siguientes vamos a tratar de describir diferentes formas de interacción entre jueces de naturaleza mucho más diversa. Hablaremos pues de “comunicación transjudicial” en el sentido amplísimo original del término formulado en el seminal trabajo de SLAUGHTER hace más de 25 años. Un término que englobaba infinidad de formas de conexión entre jueces que no encajarían en una noción estricta de diálogo pero que denotan el nacimiento de una comunidad global de jueces³.

Tampoco vamos a examinar el concepto de independencia judicial en Europa. En las siguientes páginas no se pretende examinar los estándares derivados de tal comunicación judicial, sino, simplemente, el modo en que los jueces están interactuando entre sí en Europa para defender la independencia judicial. No es, pues, el resultado lo que nos interesa, sino el modo en que los jueces europeos se han conectado entre sí para intentar alcanzarlo. Por ello, tampoco encontrará el lector en el texto referencias explícitas al contexto jurídico político en el que este diálogo se desarrolla y que no es otro que la crisis del Estado de Derecho en Europa. Es indudable que las regresiones en algunos Estados de Derecho (*rule of Law backsliding*) han sido el detonante fundamental del desarrollo exponencial de la comunicación entre jueces en defensa de la independencia judicial. Las crisis relativas a la defensa de la independencia judicial en Hungría y Polonia, en el seno de la UE, unidas a la de Turquía o a la más antigua de Ucrania en el Consejo de Europa, explican el nacimiento y desarrollo de estos mecanismos de comunicación judicial. Posiblemente, también habría que tener en cuenta otras crisis del Estado de Derecho no vinculadas a la vigencia del principio de independencia judicial pero que han provocado un contexto político y jurídico de cuestionamiento de los valores compartidos en la Unión Europea y proclamados en el art. 2 TUE. En tal sentido se encuentran las situaciones vividas y aún existentes en Rumanía y Bulgaria, pero también, para algunos, en viejas democracias europeas como Grecia o Italia⁴. Intentar abordar este

2 Hemos tratado este tema y asumido un concepto estricto en “XV proposiciones generales para una Teoría de los diálogos judiciales”, *REDC*, núm. 95, 2012, pp. 13 y ss. y, más recientemente, en “La noción del diálogo judicial en el espacio jurídico europeo”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES (dir.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 45 y ss.

3 A. M. SLAUGHTER, “A Tipology of Transjudicial Communication”, *Richmond Law Review*, núm. 29, 1994.

4 Así VON BOGDANDY y sus colaboradores (voces autorizadas en el marco de la crisis de *Rule of Law* en la UE a la vista de sus numerosos trabajos sobre el tema) incluyen a estos seis Estados como ejemplos de la crisis del *Rule of Law* en los Estados de la UE. Véase A. VON BOGDANDY,

contexto sería imposible en un trabajo como el presente⁵. Sin embargo, convenía apuntar en la introducción del mismo su existencia puesto que sin ese marco de referencia no se entenderá bien la comunicación transjudicial producida.

II. JUECES HABLANDO INFORMALMENTE CON JUECES: LAS REDES JUDICIALES EUROPEAS

La primera de las formas de comunicación judicial es la articulada a través de lo que CLAES y DE VISSER⁶ describen como las comunidades judiciales transnacionales que reúnen a jueces de sistemas jurídicos distintos, pero que comparten creencias, valores y una misma autopercepción y comprensión de su papel en la sociedad y en el ordenamiento jurídico. Estas comunidades adoptan las formas de redes enormemente heterogéneas respecto a sus fines, formas de trabajo, materias debatidas, finalidades y grados de institucionalización.

Entre las redes con participación de los jueces que más se han ocupado de cuestiones relacionadas con la independencia judicial conviene destacar cuatro⁷. Dos de ellas se vinculan al Consejo de Europa (en adelante, CoE) y otras dos, aun siendo formalmente redes privadas, se vinculan mucho más claramente a la UE.

C. ANTPÖHLER y M. IOANNIDIS, “Protecting EU Values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 4, 2016.

5 Para un análisis de la bibliografía que se ha ocupado del tema véase T. G. DALY, “Between Fear and Hope: Poland’s Democratic Lessons for Europe (and Beyond)”, *European Constitutional Law*, núm. 15, 2019, pp. 752 y ss., comentando el libro de W. SADURSKI, *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, 2019 y su muy conocido artículo “How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding”, *Sidney Law School. Legal Studies Research Paper*, núm. 1, 2018. En castellano puede consultarse J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con crisis de la Democracia y del Estado de Derecho”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 121 y ss. y V. FAGGIANI “La ‘rule of law backsliding’ como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, 2019, pp. 57 y ss.

6 En uno de los pocos trabajos específicamente dedicados a esta materia: M. CLAES y M. DE VISSER, “Are you Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks”, *Utrecht Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 100 y ss.

7 Tal y como apuntan M. CLAES y M. DE VISSER, *op. cit.*, p. 119, la cuestión de la independencia judicial es recurrente en estas redes y todas la han discutido en un momento u otro por lo que podrían incluirse alguna más de las mencionadas en el texto. Pero la importancia relativa de sus trabajos es, a nuestro juicio, mucho menor. Para una visión general de las distintas redes véase su trabajo (pp. 105 y ss.).

1. Redes institucionalizadas en el Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa encontramos un primer resultado de los diálogos informales entre jueces en la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces. Este documento comenzó a gestarse en una reunión multilateral celebrada en julio de 1997 en la que participaron representantes de 13 Estados miembros del CoE y diversas organizaciones y entidades vinculadas al mundo judicial europeo. El texto fue aprobado un año después en una segunda conferencia multilateral celebrada los días 8 a 10 de julio de 1998⁸. Ambas conferencias fueron impulsadas por el Directorado de Asuntos Judiciales del CoE. El texto final carece de valor formal pues constituye básicamente una guía acerca de cómo debe elaborarse en los Estados miembros un Estatuto para los jueces y magistrados.

Desde entonces dos redes institucionalizadas en el Consejo de Europa y de naturaleza consultiva han canalizado la comunicación entre los jueces europeos.

Por una parte, debe destacarse el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE). El CCJE es un órgano consultivo creado por el Comité de Ministros del CoE en el año 2000. Su objeto se centra en asesorar en materias relativas a la independencia, imparcialidad y competencias de los jueces. Está compuesto exclusivamente por jueces en representación de todos los Estados miembros del CoE. Igualmente tienen presencia sin derecho a voto otros órganos del Consejo de Europa (el TEDH, pero también el Consejo Consultivo de los Fiscales Europeos y otros órganos y comités), otras organizaciones internacionales (la UE y otros Estados observadores del CoE como Canadá, Japón, EE. UU. o México) así como otros observadores (entre ellos asociaciones internacionales y europeas de jueces, la red de formación judicial europea, la red europea de Consejos del Poder Judicial o el Consejo Europeo de la Abogacía).

Desde su origen sus funciones más relevantes⁹ son preparar opiniones sobre: 1) el Estado de Derecho, separación de poderes, independencia del poder judicial, aplicación práctica de los principios del Estado de Derecho, imparcialidad de los jueces; 2) Gestión y administración de tribunales; 3) Competencias de los jueces: formación judicial, derechos y obligaciones de los jueces, conducta y ética profesional; 4) Dimensión internacional de los jueces; 5) Justicia y sociedad; 6) Cooperación con las instituciones judiciales nacionales. Estos informes se realiza-

⁸ La referencia del texto es DAJ DOC (98) 23.

⁹ Véase Apéndice A: *Main Actions Areas for the Purpose of Establishing Priorities within the Global Action Programme*, en *Consultative Council of European Judges: Framework Global Action Plan for Judges in Europe*. Informe CCJE núm. 24, de 12 de febrero de 2001.

rán sobre la base de peticiones de sus miembros o bien a petición de órganos del Consejo de Europa.

En el marco de la independencia judicial cuatro opiniones han tenido una indudable influencia. La opinión número 1, de 23 de noviembre 2001, sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces¹⁰ es, sin duda, el punto de partida de toda la actividad posterior. Una segunda opinión relevante fue la Número 10 sobre los “Consejos de Justicia al Servicio de la Sociedad” de 23 de noviembre de 2007. Igualmente conviene destacar la opinión núm. 18 (2015) “sobre la posición del poder judicial y su relación con los demás poderes del Estado en una democracia moderna”¹¹ y la opinión número 19 de 2016¹² abordó, por su parte, un aspecto esencial de la independencia judicial interna como es el papel de los presidentes de los tribunales.

Pero, sin duda, el texto más destacable emitido por el CCJE es la Carta Magna de los Jueces. Este texto es aprobado exactamente el mismo día y en el mismo lugar que la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2010)¹², sobre Jueces, Independencia, eficiencia y responsabilidades, el 17 de noviembre de 2010. La aprobación del texto se realiza en el marco de la reunión conmemorativa de los 10 años de funcionamiento del CCJE. El texto sintetiza y codifica las conclusiones de los informes adoptados durante ese tiempo. No deja de ser significativo que la inmensa mayoría de este texto, subtítulo “principios fundamentales”, se dedique precisamente a la independencia judicial.

La segunda sede de comunicación entre jueces institucionalizada en el seno del CoE es la mucho más conocida Comisión de Venecia¹³. Ciertamente este órgano no es una sede de encuentro entre jueces, pero constituye un marco en el que la comunicación entre jueces se produce. La Comisión es un órgano consultivo e independiente, y centrado en asuntos constitucionales. Su labor básica consiste en la emisión

10 CCJE (2001) Opinión núm. 1.

11 Informe CCJE núm. 18, 2015. La posición del Poder Judicial y su relación con los demás poderes del Estado en una democracia moderna, 16 de octubre de 2015, CCJE (2015)4.

12 Informe CCJE núm. 19, 2016. El papel de los Presidentes de los Tribunales, adoptado el 10 de noviembre de 2016, CCJE (2016)2.

13 Sobre la Comisión, véase el trabajo clásico de J. JOWELL, “The Venice Commission: Disseminating Democracy through Law”, *Public Law*, núm. 24, 2001, pp. 675 y ss., y el más moderno de W. HOFFMANN-RIEM, “The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact”, *International Journal of European Law*, núm. 25, 2014, pp. 579 y ss. En castellano, véase P. CRAIG, “Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 79 y ss.

de opiniones jurídicas e informes sobre un amplio elenco de materias, aunque en ocasiones puede actuar como *amicus curiae* ante ciertos tribunales. Dichos informes se realizan siempre a instancia de parte. El trabajo de la Comisión, en lo que a estas páginas interesa, es de naturaleza consultiva tanto respecto a reformas constitucionales y legales en marcha en los Estados miembros, como respecto a la emisión de opiniones mucho más generales sobre materias que hayan sido objeto de la petición específica. Fruto de esta labor se elaboran compendios de estándares que acaban siendo utilizados para la elaboración de recomendaciones y sobre todo por el TEDH para identificar los elementos claves de conceptos incorporados a su jurisprudencia y, con ello, convertidos en verdadero Derecho vinculante.

El método de trabajo de la Comisión es muy relevante para entender su importancia para la comunicación transjudicial. Por un lado, actúa a instancia de otros órganos (estatales o del CoE) siendo muy habitual que los informes relacionados con la independencia judicial sean solicitados por los más altos tribunales de los Estados o por los Consejos judiciales. Por otro lado, en su mecanismo de trabajo se produce un diálogo entre la propia Comisión y las autoridades estatales, así como otros órganos con los que se entrevistan en sus visitas a los Estados respecto a los que se ha solicitado el informe. De este modo, cuando la comisión de Venecia evalúa reformas constitucionales o legales relativas a la independencia judicial entre los ponentes del informe se encuentran miembros de la misma que son jueces de carrera quienes, a su vez, se entrevistan con los jueces nacionales. En fin, buena parte de los informes de la Comisión en materia judicial son solicitados por jueces y emitidos a propuesta de otros jueces después de haberse entrevistado y debatido con los jueces nacionales.

Los informes de la Comisión de Venecia en asuntos relacionados con la independencia judicial han resultado enormemente relevantes. El primer documento destacable es el informe general sobre los nombramientos judiciales emitido el 22 de junio de 2007¹⁴ a petición del CCJE durante la elaboración de su opinión número 10 sobre los Consejo Judiciales (vid. *supra*). A pesar de su nombre, el informe versa sobre los consejos judiciales, más que sobre los nombramientos judiciales.

En Julio de 2008 la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del CoE solicitó a la Comisión Venecia la elaboración de un informe sobre estándares europeos relativos a la independencia del sistema judicial. Fruto de esta petición fue el Informe sobre independencia Ju-

14 Comisión de Venecia (European Commission for Democracy through Law). *Judicial Appointments*, CDL-AD (2007)028, de 22 de junio de 2007.

dicial, Parte 1, aprobado en la reunión de marzo de 2010¹⁵ que tuvo una evidente influencia en la Recomendación (2010)12.

Desde 2010 ha realizado una labor extremadamente poco conocida y casuística en la materia mediante el desarrollo de sus funciones consultivas, a instancias de diferentes sujetos¹⁶, ante reformas legislativas o constitucionales que afectaran al poder judicial de los Estados miembros. Resulta muy difícil evaluar su impacto en las reformas legales y constitucionales de los Estados miembros, aunque ciertamente los grandes problemas de independencia judicial en Europa han recibido una constante respuesta en informes específicos de la Comisión. Los casos de Ucrania, Hungría o Polonia son, sin duda, los más conocidos en nuestro entorno; pero basta con examinar someramente los informes emitidos y sus temáticas en la página web de la Comisión para comprobar su enorme actividad. De dicha actividad es buena prueba el documento publicado en marzo de 2015 en el que se compilan de manera ordenada las Opiniones e Informes de la Comisión de Venecia relativos a Tribunales y Jueces. Se trata de una mera compilación, por tanto, de naturaleza meramente casuística y enormemente condicionada por las circunstancias concretas de tiempo y lugar en las que fueron emitidas. Por último, conviene destacar el importante Informe sobre Estado de Derecho, adoptado el 4 de abril de 2011 y que ha dado lugar a la muy conocida *Checklist* sobre Estado de Derecho cuyos 6 principios básicos tienen una conexión directa con la independencia judicial evidente¹⁷.

2. Redes judiciales privadas vinculadas a la Unión Europea

Dos redes judiciales fuertemente conectadas con la UE son también dignas de ser destacadas en estas líneas por su vínculo con la independencia judicial. Se trata de redes privadas cuya supervivencia, sin embargo, depende de la permanente finan-

15 CDL-AD (2010)004.

16 Los entes que pueden pedir opiniones jurídicas a la Comisión son órganos de los Estados miembros (parlamentos, gobiernos y jefes de Estado); del CoE (Secretario General, Comité de Ministros, Asamblea Parlamentaria y Congreso de Autoridades Regionales y locales) y otras organizaciones internacionales (UE y OSCE, así como otras organizaciones internacionales involucradas en el trabajo de la Comisión).

17 Sobre la importancia de este texto véase A. DRZEMCBZEWSKI, “Le Conseil d l’Europe el l’État de droit: A propos de la liste des critères de l’État de droit élaborée par la Commission de Venise”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 2017, pp. 14 y ss. La *Checklist* va a ejercer una influencia difícil de exagerar en la configuración de los mecanismos de control de la vigencia del *Rule of Law* no ya en el Consejo de Europa sino en la propia UE.

ciación de las instituciones de la UE y, en particular, de la Comisión Europea. Nos referimos a la Red Europea de Consejos Judiciales y a la Red Europea de Formación Judicial. La primera, por su importancia política y la segunda, por constituir un ejemplo paradigmático de cómo funcionan estos mecanismos informales de relación entre jueces.

La Red Europea de Consejos Judiciales (RECJ) fue creada por iniciativa de los Consejos Judiciales en 2004¹⁸. Es una asociación sin ánimo de lucro internacional conforme al derecho belga y cofinanciada por la UE desde 2008. Compuesta a día de hoy por representantes de los Consejos del Poder Judicial (o instituciones similares) de 24 Estados (Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia¹⁹, Portugal, Reino Unido y Rumanía) y 15 observadores que incluyen los Ministerios de Justicia o Consejos de Justicia de Estados de la UE o candidatos a la adhesión (Albania, Alemania, Austria, Chipre, Chequia, Estonia, Finlandia, Luxemburgo, Macedonia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suecia, Turquía²⁰ y el Tribunal de Justicia de la UE). La red participa en otras redes europeas (por ejemplo, la de Presidentes de Tribunales Supremos) y en órganos del CoE como observadora (así en el ya estudiado CCJE o en la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia –CEPEJ–).

La red pretende generar la cooperación entre sus miembros sobre todo para intercambiar información y buenas prácticas sobre el funcionamiento y las estructuras judiciales, cooperar en la defensa de la independencia judicial en Europa, aportar conocimientos técnicos y experiencias, así como realizar propuestas a las instituciones de la UE y otras organizaciones internacionales y nacionales.

18 Sobre la red puede consultarse la guía aprobada por la red en 2017 en <https://www.enj.eu/enj-guide> (visitada por última vez el 10 de marzo de 2020). Igualmente, véase N. DÍAZ ABAD, “Judges’, Presidents’ of Courts and members of Judicial Councils perspective”, en P. CRAIG *et al.*, *Rule of Law in Europe: Perspective from practitioners and academics*, European Judicial Training Network, Bruselas, 2019, pp. 43 y ss.

19 El Consejo judicial de Polonia fue suspendido en sus derechos por decisión de la asamblea de la red el 18 de septiembre de 2018. Actualmente se encuentra en proceso de expulsión de la red a la vista de los acontecimientos producidos en dicho país entre diciembre de 2019 y febrero de 2020. Véase la posición del comité ejecutivo de la red en favor de tal expulsión en <https://www.enj.eu/index.php/node/554>

20 En diciembre de 2016 se suspendió la condición de observador al Consejo Superior de Jueces y Fiscales de Turquía por incumplimiento de los estándares europeos y los Estatutos de la red.

La red elabora informes en sus grupos de trabajo para analizar materias de especial relevancia que puedan servir de referente para las instituciones nacionales y europeas. Informes que han de aprobarse en la Asamblea General. Igualmente realiza declaraciones oficiales anualmente.

En el primer sentido, la Red desarrolla proyectos específicos vinculados a la independencia judicial (independencia y responsabilidad; confianza de los ciudadanos; justicia sociedad y medios de comunicación; reparto de asuntos; y financiación del poder judicial); independencia individual de los jueces (selección, nombramiento y promoción, evaluación e inamovilidad; régimen disciplinario y responsabilidad; ética). De entre estos proyectos dos son particularmente destacables. En primer lugar, desde 2013 desarrolla un proyecto sobre independencia y responsabilidad del poder judicial. Este proyecto elabora mecanismos de evaluación y valoración de la independencia y responsabilidad del poder judicial con vistas a su mejora. Para ello se crea un ciclo de evaluación que se desarrolla en cinco fases durante tres años (Encuesta, Análisis y discusión, Planificación de la mejora, Implementación, Monitorización)²¹. En segundo lugar, deben destacarse los sucesivos informes del Grupo de trabajo sobre Estándares que han abarcado los siguientes temas: reclutamiento, selección, nombramiento y promoción de los jueces y sobre el órgano encargado de realizar tales funciones (2010-2011 y 2011-2012) evaluación del desempeño e inamovilidad (2012/2013); asignación de casos (2013-2014) en el que se formulan 11 instrucciones claras sobre la materia; procedimientos disciplinarios y responsabilidad de jueces (2014/2015), Miembros no judiciales en la gobernanza judicial (2015/16). Debe subrayarse que todos estos proyectos y programas son enteramente financiados por la Comisión Europea.

Estos informes son los que van a nutrir las posteriores declaraciones realizadas en las reuniones anuales de la Asamblea General. Algunas de estas declaraciones²² son de indudable interés para estas páginas.

La primera es la Declaración de Budapest aprobada en 2008 y no puede ser sorprendente que verse precisamente sobre el autogobierno del poder judicial. La Declaración de Dublín de 2012 sobre estándares de reclutamiento y selección de los miembros del poder judicial va a ser sin duda particularmente significativa de

21 Para un completo desarrollo de la cuestión puede consultarse *The ENCJ Independence & Accountability of the Judiciary Project*, accesible en <https://www.encj.eu/node/250> (visitado por última vez 10 de marzo de 2020).

22 Pueden consultarse todas ellas, desde 2008 hasta 2019, en <https://www.encj.eu/articles/97> (visitado por última vez el 11 de marzo de 2020).

la labor de la red. Dichos estándares fueron desarrollados por la red en el periodo 2010-2012 a partir de la elaboración de indicadores. La Declaración de Sofía de 2013 sobre independencia y responsabilidad judicial recuerda la importancia de un poder judicial independiente y responsable como un componente esencial del Estado de derecho en las sociedades democráticas. La declaración exige la creación de un mecanismo europeo que garantice el Estado de derecho y que impulse la protección de la independencia del poder judicial. La Declaración de Varsovia de 2016 sobre el futuro de la justicia en Europa destacó su preocupación por la situación en Turquía y en Polonia. Ello se va a reiterar en la Declaración de Lisboa de 2018. Finalmente, la Declaración de París en 2017 sobre Justicia resiliente articula un discurso fuerte de defensa de la independencia judicial. Discurso estructurado en torno a dos ejes diferenciados. El primero respecto a crisis sistémicas localizadas y el segundo sobre problemas generales detectados.

Finalmente, el Manifiesto de Bratislava, de 7 de junio de 2019, dirigido a la Comisión Europea y al Parlamento Europeo recién nombrado en 2019 va a solicitar una mayor implicación y formalización del compromiso de ambas instituciones con la red. En concreto se va a insistir en la importancia de la Red para incrementar, preservar y restaurar el *Rule of Law*. Se parte de la necesidad de la protección efectiva frente a otros poderes del Estado mediante el reconocimiento del respeto de aquellos a la independencia judicial tanto a nivel estatal como europeo. En este contexto se considera que Comisión y Parlamento pueden jugar un papel muy importante en el desarrollo de un diálogo que garantice esa protección. Pero para ello es necesario un status consultivo formalizado en el seno de la UE para los poderes judiciales nacionales y otras redes judiciales de nivel europeo. Las discusiones sobre la garantía del *Rule of Law* en la UE han de integrar adecuadamente, en un papel central, a los poderes judiciales y a las redes judiciales en cualquier futuro mecanismo de evaluación de su vigencia²³.

Frente a la red de Consejos judiciales, que es una red de gran significación política, conviene destacar otra de naturaleza técnica que, aparentemente, no tendría que desarrollar ninguna labor en la materia objeto de estas reflexiones: red europea de formación judicial (EJTN). Sin embargo, parte de su actividad durante los años 2018 y 2019 merece traerse a colación porque quizás muestra con elocuencia el modo en el que desde las instancias de la UE se está actuando para incentivar la comunicación entre jueces en materia de garantía de la independencia judicial en

23 Petición aparentemente desoída en la estrategia finalmente adoptada por la Comisión Europea (véase *infra*).

Europa tanto de manera directa (actuando sobre los jueces y magistrados europeos) como indirecta (creando materiales para el desarrollo de una cultura de la defensa de la independencia judicial en Europa capaz de ser después utilizada por los órganos políticos y jurisdiccionales de la UE). La red Europea de formación judicial es igualmente una red voluntaria de centros de formación de jueces y/o fiscales con más de 40 miembros u observadores que funciona desde el año 2000. Sus objetivos tienen que ver con la formación de los jueces europeos a través de diversos programas en su inmensa mayoría financiados por la Comisión europea. Obviamente la EJTN no se integra en la UE, pero coopera estrechamente con ella.

En el marco de su labor se puso en marcha el proyecto de la UE relativo a la formación europea en materia de Estado de Derecho (RoL en su acrónimo en inglés). Se trata de un programa financiado por la dirección General de la Comisión Europea de Justicia y Consumo cuya ejecución fue encargada a la EJTN.

El programa consistió en la realización, a lo largo 2018 y 2019, de 7 seminarios, un *webinar* y a partir de ahí un Manual práctico de RoL y una Guía de formación en la materia.

Los seminarios versaron sobre los siguientes temas: sostenimiento del Estado de Derecho: una función esencial de Jueces y Fiscales (1) ; Jueces independientes; clave de bóveda del Estado de Derecho; Los fiscales y su papel esencial en el Estado de Derecho; sostenimiento del Estado de Derecho: una función esencial de Jueces y Fiscales (2); dos seminarios sobre Estado de Derecho: independencia y responsabilidad del poder judicial; el primero dirigido a Presidentes de tribunales y fiscales jefes y el segundo a miembros de los Consejos Judiciales y Consejos Fiscales; y la conferencia final en la sede del Tribunal de Justicia.

En estas actividades de formación participaron más de 700 jueces de todos los Estados miembros de la UE. El *webinar* fue impartido por Laurent Pech y Paul Craig con más de 70 participantes. Finalmente, el proyecto terminó con la publicación de un manual práctico sobre la aplicación del *Rule of Law*²⁴ pero centrado, como no puede ser de otro modo, en la independencia judicial, y de una guía para la preparación de los programas de formación de jueces y fiscales europeos en materia de Estado de Derecho y de garantía de la independencia judicial²⁵.

De este modo, de una manera muy eficaz, la UE fomentó no solo la creación de una cultura común en materia de independencia judicial en Europa, sino unas

24 P. CRAIG *et al.*, *op. cit.*

25 O. PACURARI, R. BUSTOS GISBERT, H. DUMBRAVA, *Training Guide on the Rule of Law for Judges and Prosecutors*, European Judicial Training Network, 2019, Bruselas.

herramientas básicas de consulta y de formación para garantizar la independencia judicial europea.

No deja de ser significativo que en el marco del último seminario del programa los participantes (miembros de tribunales supremos, consejos judiciales y fiscales, directores de centros de formación) asistieran a la vista pública del caso *A.K.*²⁶. Tampoco es casual que en el seminario se escucharan las alocuciones sobre independencia judicial del Presidente del TJ y de la Vicepresidenta del TEDH. No puede reputarse, en fin, baladí que en dicha conferencia se presentara el documento clave de la Comisión europea en materia de defensa del Estado de Derecho y que se encuentra fuertemente influido por todos los textos que, de forma muy sucinta, hemos expuesto en los párrafos precedentes²⁷.

III. JUECES HABLANDO FORMALMENTE CON JUECES

Los resultados de la comunicación transjudicial expuestos en el apartado anterior, expresados fundamentalmente en formas de *soft law*, han tenido una indudable (aunque no cuantificable) influencia en el diseño del principio de la independencia judicial en Europa. Esta influencia se muestra sobre todo en los resultados de otros mecanismos a través de los cuales se han relacionado los jueces con otros jueces no ya de manera informal (*networking*) sino aprovechando de un modo u otro los instrumentos propios del ejercicio de la función jurisdiccional. Tales mecanismos pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar, los que suponen una relación directa entre jueces. En segundo lugar, los que permiten la intervención de los jueces a partir de las demandas de terceros. Nos ocuparemos a continuación de los primeros y examinaremos los segundos en el siguiente apartado.

26 STJ, Gran Sala, C-585/18 (624/18 y 625/18), *A.K.* (*Independencia de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema*), de 19 de noviembre de 2019, EU:C:2019:98.

27 Se trata de la Comunicación de la Comisión Europea “Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión”, COM (2019)343 final, 17 de julio de 2019. El contenido de la presentación del mismo en la antecitada conferencia (realizada por E. CRABIT como representante de la Comisión) puede consultarse como anexo en el Manual *Rule of Law in Europe*, *cit.*, Este mecanismo sustituye al marco establecido con anterioridad en 2014: “Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho”, COM (2014)158 final, 11 de marzo de 2014. Sobre el contenido y funcionamiento de este marco en relación con Polonia pueden consultarse: A. VON BOGDANDY, C. ANTPÖHLER y M. IOANNIDIS, *op. cit.*; y en castellano J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.* y J. F. LÓPEZ AGUILAR, “De nuevo (y todavía) Polonia: *Rule of Law* y art. 7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 137 y ss.

1. Jueces (nacionales) reclamando ante jueces (internacionales): demandas ante el TEDH

Sin duda el mecanismo de comunicación entre jueces que mayor número de casos ha generado en materia de independencia judicial han sido las demandas interpuestas por jueces de los Estados miembros del CoE ante el TEDH por violación de sus derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) conectados con la independencia judicial. Aunque existen antecedentes, el uso de este mecanismo se va a acentuar a partir del reconocimiento de la aplicación de las garantías del art. 6 en su vertiente civil a las disputas laborales de los funcionarios en general y de los jueces en particular. En concreto, por tanto, a partir de la sentencia *Vilho Eskelinen* en 2007. Los *leading cases* son los casos *Oleksandr Volkov c. Ucrania*; *Baka c. Hungría*, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* y *Baş c. Turquía*²⁸.

Las demandas presentadas van a centrarse bien en la violación de los derechos procesales del art. 6 (en lo que aquí interesa vinculados a la independencia judicial) o bien en derechos sustantivos conectados a la independencia.

En el primer sentido, el TEDH ha tenido oportunidad de evaluar si la actuación de las autoridades nacionales ha tenido en cuenta el factor de la independencia judicial a la hora de valorar los casos planteados y su revisión judicial en temas muy variados. Sin duda los temas estrella han sido los procedimientos disciplinarios²⁹ y los ceses de magistrados, especialmente de las más altas instancias jurisdiccionales³⁰. Pero también ha abordado cuestiones relativas a la promoción en la carrera judicial³¹, al nombramiento como presidentes de órganos colegiados³² y e incluso a incapacitaciones por motivos de salud³³.

28 Sentencias: *Oleksander Volkov c. Ucrania*, app. núm. 21722/11, de 9 de enero de 2013; *Baka c. Hungría*, app. núm. 20261/12, de 23 de junio de 2016 (Gran Sala); *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, app. núm. 55391/13 y otras, de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala); *Baş c. Turquía*, app. núm. 66448/17, de 3 de marzo de 2020.

29 *Olujic c. Croacia*, app. núm. 22330/05, de 5 de febrero de 2009; *Harabin c. Eslovaquia*, app. núm. 58688/11, 20 de noviembre de 2012; *Mitrinovski c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, app. núm. 6899/12, de 30 de abril de 2015; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, *cit.*

30 *Oleksander Volkov c. Ucrania*, *cit.*; *Baka c. Hungría*, *cit.*; *Denisov c. Ucrania*, app. núm. 76639/11, de 2 de septiembre de 2018 (Gran Sala); *Çatal c. Turquía*, app. 2873/17, de 10 de marzo de 2017.

31 *Jurjic c. Croacia*, app. 58222/09, de 26 de julio de 2011; *Dzhidzheva-Trendafilova c. Bulgaria*, app. núm. 12628/09, de 9 de octubre de 2012.

32 *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*, app. núm. 43800/12, de 15 de septiembre de 2015.

33 *G. c. Finlandia*, app. núm. 33173/05, de 27 de enero de 2009.

Respecto a los derechos sustantivos, el TEDH ha tenido oportunidad de conectar independencia judicial sobre todo con el ejercicio de la libertad de expresión de jueces y magistrados. De este modo, la protección de este derecho ha sido habitualmente muy cualificada en virtud de la necesidad de asegurar la independencia de jueces y magistrados³⁴. Obviamente eso no supone una protección absoluta frente a cualquier opinión expresada por los jueces³⁵.

Igualmente, ha sido relevante el uso de la afectación del derecho a la vida privada como consecuencia de los ceses como jueces³⁶ o como presidentes de tribunales colegiados³⁷. Pero también por causas disciplinarias vinculadas a los actos de la vida privada³⁸. No ha considerado, sin embargo, como afectación de la vida privada las jubilaciones anticipadas³⁹.

Por último, el Tribunal ha abordado la afectación de la independencia judicial en relación a la violación del derecho de propiedad por la reducción de las pensiones judiciales⁴⁰, a la libertad de asociación por la imposición de sanciones disciplinarias por pertenencia a organizaciones masónicas⁴¹ y a la libertad individual como consecuencia de las masivas detenciones de jueces en violación de sus aforamientos tras un intento de golpe de Estado⁴².

2. Jueces (internacionales) dialogando, stricto sensu, entre ellos

Una segunda forma de comunicación en materia de independencia judicial se ha articulado a través de un típico mecanismo de diálogo judicial en sentido estricto

34 *Wille c. Liechtenstein*, app. núm. 28396/85, de 28 de octubre de 1999 (Gran Sala); *Harabin c. Eslovaquia*, app. núm. 62584/00, de 29 de junio de 2000; *Pitkevich c. Rusia*, app. núm. 47936/99, de 8 de febrero de 2001; *Albayrak c. Turquía*, app. núm. 3840/97, de 31 de enero de 2008; *Kudeshkina c. Rusia*, app. núm. 29492/05, de 26 de enero de 2009; *Baka c. Hungría*, cit.

35 *Tosti c. Italia*, app. núm. 27791/06, de 12 de marzo de 2009.

36 *Oleksander Volkov c. Ucrania*, cit.

37 *Erményi c. Hungría*, app. núm. 22254/14, de 22 de noviembre de 2016 y *Denisov c. Ucrania*, app. núm. 76639/11, de 2 de septiembre de 2018 (Gran Sala). En el segundo supuesto no aceptó violación del art. 8, pero sí del artículo 6.

38 *Özpinar c. Turquía*, app. núm. 20999/04, 19 de octubre de 2010.

39 *J.B. y otros c. Hungría*, app. núm. 4534/14, 27 de noviembre de 2018.

40 *Zubko y otros c. Ucrania*, app. núm. 3955/04, de 26 de abril de 2004.

41 *N.F. c. Italia*, app. núm. 37119/97, de 2 de agosto de 2001 y *Maestri c. Italia*, app. núm. 39748/98, 17 de febrero de 2004 (Gran Sala).

42 Obviamente nos referimos a las detenciones masivas de jueces y fiscales en Turquía tras el intento de golpe de Estado en junio de 2016. Incluyó la detención en violación del convenio de un juez constitucional en *Alparslan Altan c. Turquía*, app. núm. 12778/17, de 16 de abril de 2019. También se declaró violación por la detención de jueces ordinarios en *Baş c. Turquía*, cit.

en virtud del cual un Tribunal adapta su jurisprudencia a la establecida por otro, que también tiene competencias en el tema, de modo que no se generen obligaciones contradictorias para quienes estén sometidos a su jurisdicción.

En el caso objeto de examen este diálogo es bien conocido pues consiste en la incorporación de la jurisprudencia del TEDH sobre un derecho fundamental al *case law* del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJ). Se trata de incluir la jurisprudencia dictada por el TEDH sobre el derecho a un tribunal independiente (mucho más amplia que la reflejada en el anterior apartado referido solo a los casos en los que los jueces eran demandantes en asuntos relacionados con la independencia) cuando el TJ aborda cuestiones relacionadas con el principio de independencia judicial.

El TJ abordó desde el comienzo de su andadura el problema de la independencia judicial como criterio para determinar cuándo un órgano podía ser considerado jurisdiccional a la hora de plantear cuestiones prejudiciales⁴³ según el actual art. 267 TFUE. En esta jurisprudencia las referencias al *case law* de Estrasburgo son inexistentes incluso en las conclusiones de los Abogados Generales⁴⁴. El hecho de que estos casos se susciten en términos no referidos a derechos explicaría esta actitud. Pese a ello quizás pueda apreciarse un cierto diálogo oculto en la medida en que algunos de los criterios elegidos por el TJ para definir el concepto de independencia estaban ya presentes en la jurisprudencia de Estrasburgo⁴⁵. Sin embargo, la desconexión entre la definición de independencia judicial del art. 267 y el derecho a un tribunal independiente ha sido objeto permanente de crítica⁴⁶.

43 En concreto desde la STJ, C-61/65, *Vaasen-Goebbels*, de 30 de junio de 1966, EU:C:1966:39, en que se fijan los criterios para determinar las características básicas de un órgano jurisdiccional.

44 En ninguna de las sentencias importantes en la materia se cita nunca jurisprudencia del TEDH. Pueden verse entre muchas: STJ, C-43/71, *Politi*, de 14 de febrero de 1971, EU:C:1971:122; STJ, C-14/86, *Pretore di Salò*, de 11 de junio de 1987, EU:C:1987:275; STJ, C-24/92, *Corbiau*, de 30 de marzo de 1993, EU:C:1993:118; STJ, C-110/98, *Gabalfrisa y otros*, de 21 de marzo de 2000, EU:C:2000:145; STJ, C-407/98, *Abrahamsson y Anderson*, de 6 de julio de 2000, EU:C:2000:367; STJ, C-17/00, *De Coster*, de 29 de noviembre de 2001, EU:C:2001:651.

45 Sin mencionar la jurisprudencia de Estrasburgo, aparecían criterios usados por el TEDH como: la forma de nombramiento y cese de los miembros del órgano (STJ, C-54/96, *Dorsch Consult*, de 17 de septiembre de 1997, EU:C:1997:413 o STJ, C-516/99, *Schmid*, de 30 de mayo de 2002, EU:C:2002:313); la importancia de la existencia de normas específicas de abstención y recusación (en las ya citadas *Dorsch Consult* y *De Coster*) y la importancia de la interdicción de cualquier forma de presión por ejemplo, STJ, C-103/97, *Köllenspreger y Atzwanger*, de 4 de febrero de 1999, EU:C:1999:52).

46 Por todas, la muy conocida crítica del Abogado General Ruiz Jarabo en el asunto *De Coster*, de 28 de junio de 2001.

Esta desconexión va a desaparecer una vez el TJ hubo de enfrentarse a otra situación diferente: las posibles violaciones de los derechos a un juicio justo de los particulares en el marco de procesos judiciales en los que se está aplicando el Derecho de la UE. En los primeros casos las referencias al CEDH son básicamente retóricas⁴⁷. Pero en la sentencia *Wilson*⁴⁸ se incorpora la definición del derecho a la independencia judicial realizada por Estrasburgo. Al respecto resulta sorprendente lo tardía que es esta recepción (2006), pero su consolidación es muy evidente en toda la jurisprudencia posterior ya vinculada al art. 47.2 CDFUE⁴⁹ e, indirectamente y con algunos problemas, en la vinculada al art. 267 TFUE⁵⁰. Precisamente los problemas derivados de la aplicación de criterios procedentes del TEDH para la configuración del derecho al juez independiente a la caracterización de los órganos jurisdiccionales susceptibles de plantear cuestiones prejudiciales serán destacadas por los Abogados generales⁵¹.

Posteriormente el TJ ha tenido que abordar la noción de independencia judicial a otro tipo de situaciones a partir de la *Sentencia Associação Dos Juizes Portugueses*

47 Así se hace referencia genérica al art. 6 y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, pero sin concretar más la cuestión en STJ, C-222/84, *Johnston*, de 15 de mayo de 1986, EU:C:1986:206 o en STJ, C-222/86, *Heylens y otros*, de 15 de octubre de 1987, EU:C:1987:42.

48 STJ, C-506/04, *Wilson*, de 19 de septiembre de 2006, EU:C:2006:587.

49 La aplicación de criterios procedentes del TEDH es en estos supuestos muy clara. Véanse: STJ, C-175/11, *D y A*, de 31 de enero de 2013, EU:C:2013:45 y sobre todo STJ, C-403/16, *El Hassani*, de 13 de diciembre de 2017, EU:C:2017:960.

50 Los criterios establecidos en *Wilson* se aplicarán ahora también para la definición de la independencia del órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial por lo que, por esta vía, entrará la jurisprudencia del TEDH en esa definición (al menos nominalmente). Pueden consultarse: Auto TJ, C-109/07, *Pilato*, de 14 de mayo de 2008, EU:C:2008:274; STJ, C-517/09, *RTL Bélgica*, de 22 de diciembre de 2010, EU:C:2010:821; STJ, C-196/09, Gran Sala, *Miles y otros*, 14 de junio de 2011, EU:C:2011:388; STJ, C-58/13, *Torresi*, de 17 de julio de 2014, EU:C:2014:208; STJ, 203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, de 6 de octubre de 2015, EU:C:2015:664 o STJ, C-396/14, *MT Hojgaard y Züblin*, de 24 de mayo de 2016, EU:C:2016:347. Tras los cambios jurisprudenciales producidos a partir de 2018 será mucho más clara la aplicación de estándares procedentes de Estrasburgo a la independencia judicial en los órganos que elevan cuestiones prejudiciales. Pueden consultarse en tal sentido: STJ, Gran Sala, C-508/18, *OG (Parque de Lübeck)*, de 17 de mayo de 2019, EU:C:2019:456; C-82/19, *PPU PI (Fiscalía de Zwickau)*, de 27 de mayo de 2019, EU:C:2019:337; STJ, Gran Sala, C-509/18, *Procureur général de Lituanie*, de 27 de mayo de 2019, EU:C:2019:457 y STJ, Gran Sala, C-274/14, *Banco de Santander*, de 21 de enero de 2020, EU:C:2020:17.

51 Así las Conclusiones del Abogado General Wahl, de 10 de abril de 2014, en el asunto *Torresi*, o las de Bobeck, de 7 de septiembre de 2017, en el asunto *El Hassani*.

(*ASJP*)⁵² en 2018 y se refiere a los supuestos en los que el Tribunal ha de garantizar la vigencia del art. 19.1, segundo párrafo del TUE. Curiosamente en esta revolucionaria aproximación a la independencia judicial en Europa, sobre la que volveremos enseguida, el TJ no dialoga tampoco con el TEDH y no recibe expresamente la jurisprudencia de Estrasburgo, si bien la influencia, a través de los parámetros establecidos en *Wilson* y en ocasiones en las conclusiones de los Abogados generales, es evidente. Esta situación se va a plantear también en la jurisprudencia posterior del TJ sobre el artículo 19.1 TUE en el que se desarrollarán los contenidos del concepto de independencia judicial⁵³. No deja de ser curioso comprobar que en esta jurisprudencia posterior, solo en el asunto *A.K.*⁵⁴ (que veremos más adelante) el TJ vuelva a buscar directamente soluciones en Estrasburgo para enfrentarse al nuevo régimen disciplinario de los jueces en Polonia.

Por tanto, en esta forma habitual de conexión entre TEDH y TJ el único cauce de diálogo expreso es el realizado en relación con la garantía del derecho a un juicio justo reconocido en los arts. 6 CEDH y 47.2 CDFUE. Cauce que, además, comenzó a utilizarse muy tardíamente.

3. Jueces (nacionales) buscando respaldo en jueces (internacionales): la cuestión prejudicial

Una tercera forma de comunicación entre jueces ha sido el uso de la cuestión prejudicial en cuanto mecanismo estrella del diálogo judicial europeo entendido en sentido amplio⁵⁵. En este marco tres casos de enorme importancia han de subrayarse.

En primer lugar, el seminal caso *Associação Sindical Dos Juizes Portugueses (ASJP)*. El caso se plantea como consecuencia de la reducción del salario a los ma-

52 STJ, Gran Sala, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, de 27 de febrero de 2018. EU:C:2018:117.

53 Nos referimos tanto a resoluciones que afrontan el problema en relación a tribunales arbitrales (STJ, Gran Sala, C-284/16, *Achmea*, de 6 de marzo de 2018, EU:C:2018:158) o a paneles de resolución de conflictos en el marco de acuerdos internacionales de cooperación [Dictamen 1/17 del TJ (Pleno) de 30 de abril de 2019, sobre Acuerdo Económico y Comercial con Canadá, EU:C:2019:34]). Igual planteamiento aparecerá en muchas de las sentencias posteriores relativas a Polonia y cuyos elementos principales se expondrán a continuación en el texto.

54 STJ, Gran Sala, C-585/18 (624/18 y 625/18), *A.K.*, *cit.*

55 Sobre las particularidades y especificidades de la cuestión prejudicial como verdadero instrumento de diálogo judicial en sentido estricto (pues no siempre lo es) nos hemos pronunciado en “La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo”, *cit.*, en concreto pp. 56 y ss.

gistrados del Tribunal de Cuentas portugués tras el rescate del país por la UE y en el marco de las medidas de austeridad adoptadas para hacer frente a las obligaciones derivadas del rescate financiero a Portugal durante la recesión económica posterior a 2009⁵⁶. La Asociación impugna tales reducciones del salario y el Tribunal Supremo administrativo de Portugal plantea una cuestión prejudicial preguntando si una reducción generalizada del sueldo de los jueces afectaría a su independencia. En la reformulación de la pregunta planteada (par. 27) el TJ deja claro que la cuestión se refiere a la compatibilidad entre la reducción salarial y el principio de independencia judicial derivable del artículo 19 TUE. El uso del art. 19 TUE en cuestiones de independencia constituye una novedad radical en el *case Law* de Luxemburgo y se va a convertir en el punto de apoyo que va a permitir la revolución iniciada con esta sentencia. Efectivamente, por esta vía el TJ procede a formular una posición que ha sido considerada radical en la evolución de la propia Unión Europea pues afirma que la garantía de la independencia judicial en los Estados miembros es una obligación derivada directamente de los tratados y, por tanto, exigible a través de los mecanismos previstos en el Derecho de la UE, sin que esté limitado su ámbito aplicación a los supuestos previstos por el juego conjunto de los artículos 47.2 y 51 de la CDFUE. Por esta vía se ha abierto, como ha sido destacado unánimemente, la posibilidad de que el TJ actuara frente a los ataques directos a la independencia judicial en Polonia⁵⁷.

El segundo caso igualmente relevante es el ya citado *A.K. (Independencia de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema)*⁵⁸. Esta decisión es el punto culminante,

56 Parecido planteamiento hizo un tribunal español en la STJ, C-49/18, *Escribano Vindel*, de 7 de febrero de 2019, EU:C:2019:106.

57 No puede abordarse aquí la importancia de la sentencia y su conexión con la jurisprudencia posterior. La bibliografía es inabarcable sobre esta resolución, destacaríamos los primeros comentarios de L. PECH y S. PLANTON, “Judicial Independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case”, *Common Market Law Review*, núm. 55, 2018, pp. 1827 y ss. y los realizados por M. BONELLI y M. CLAES, “Judicial serendpity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish Judiciary”, *European Constitutional Law*, núm. 14, 2018, pp. 622 y ss.) así como por A. TORRES PÉREZ conectando la sentencia con las posteriores relativas a Polonia, “From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 6, 2020, pp. 105 y ss. En castellano puede consultarse M.^a J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, “El Tribunal de Justicia: Centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 72, 2019.

58 STJ, Gran Sala, C-585/18 (624/18 y 625/18), *A.K.*, *cit.*

hasta el momento de escribir estas páginas en mayo de 2020, de la defensa del TJ de la independencia judicial en Europa, aunque, no sea, sin duda, su punto final.

Se trata de tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo polaco en pleitos que afectan las condiciones de jubilación de los magistrados de este órgano. Con ello se pone de relieve algo esencial para la comprensión del sistema europeo de protección de la independencia judicial como es que compete a los jueces defender su propia independencia a través de la protección de su estatuto jurídico. El camino había sido abierto, como tuvimos ocasión de exponer, en la jurisprudencia del TEDH y en esa tríada de sentencias fundamental para entender la independencia en Europa: *Volkov, Baka y Ramos Nunes de Carvalho*. Sin embargo, el diseño constitucional del poder judicial en la UE va a provocar que la defensa de la propia independencia del juez en la UE sea mucho más complicada.

Entrando ya en el contenido de las cuestiones prejudiciales. En una de ellas el litigio principal procede de la emisión de un dictamen negativo por el Consejo de la Judicatura a la petición de prórroga tras la jubilación anticipada de un magistrado del Tribunal Supremo. Las otras dos cuestiones son planteadas como consecuencia de pleitos entablados por jueces contra la notificación de su jubilación anticipada tras los cambios legales. Las cuestiones las plantea la sala de lo social del TS polaco justo antes de la constitución de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema. Esta cámara será la que en el futuro será encargada de resolver estos casos. La sala remitente precisamente duda de la independencia de esa, entonces aún no constituida, sala para ocuparse de los mismos.

Las cuestiones planteadas versan esencialmente sobre si los arts. 2 y 19 TUE, 47.2 CDFUE y 267 TFUE permiten entender que una sala, como la disciplinaria en el Tribunal Supremo polaco, satisface las exigencias de independencia e imparcialidad debido al modo en que se ha creado y ha sido nombrada. Y si la respuesta es negativa, inquietan si la primacía del Derecho de la UE obliga a hacer caso omiso de las normas nacionales que reservan la competencia para conocer de tales asuntos en dicha sala.

En esta sentencia por primera y única vez se hace un tratamiento profuso y profundo de la jurisprudencia del TEDH. Ciertamente el Abogado General Tanchev en sus conclusiones había destacado la importancia de esta jurisprudencia y de los documentos del Consejo de Europa para la solución de la controversia. Pero, también lo había hecho en supuestos anteriores sin que el TJ hubiera accedido a incorporar tales elementos interpretativos en sus sentencias. En el caso objeto de examen sí lo hace. Y sin duda incorpora la jurisprudencia más relevante en la materia de Estrasburgo y en concreto la sentencia emblemática: *Ramos Nunes de Carvalho e Sa*.

Como se ha apuntado la sentencia *A.K.* procede de cuestiones prejudiciales planteadas por magistrados del Tribunal Supremo afectados por las reformas legales introducidas por el Parlamento polaco. Ello es relevante porque permite que los propios tribunales de los Estados miembros puedan utilizar mecanismos derivados del Derecho de la UE para defender la independencia judicial. Pero presenta algunos límites porque el planteamiento de una cuestión prejudicial depende de que la duda de conformidad de la normativa nacional con el Derecho de la UE sea esencial para resolver el caso planteado en sede nacional.

Ello ha provocado que diversas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJ hayan corrido diversa suerte y algunas tengan un futuro incierto.

Así, mediante Auto del TJ de 29 de enero de 2020⁵⁹ el Tribunal acordó el sobreseimiento de la cuestión prejudicial en el caso *DS*. El caso era interesante porque se trataba de una cuestión planteada por el órgano judicial en el que algunos de sus miembros se veían afectados por el adelanto de la edad de jubilación. Se trataba, pues, de valorar si la normativa era compatible con el art. 19.1 TUE, el art. 47 CDFUE y el principio de no discriminación por razón de edad. A juicio del TJ al derogarse la ley relativa a la jubilación anticipada de los jueces del Tribunal Supremo y la reintegración en su puesto de los jubilados anticipadamente, el problema planteado en el litigio original había dejado de existir y, por tanto, la cuestión había devenido inútil por lo que se acuerda el sobreseimiento.

Sin embargo ha sido el caso *Miasto Lowicz*, de 26 de marzo de 2020⁶⁰, el que ha aportado bastante luz a los límites internos de la cuestión prejudicial como mecanismo de defensa de la independencia judicial.

Se trata de cuestiones prejudiciales planteadas por dos tribunales regionales polacos (de Lodz y de Varsovia respectivamente). En el caso de *Miasto Lowicz* el pleito de origen es relativo a la reclamación de ciertas cantidades por parte de la ciudad de Lowicz al tesoro público nacional. Según el órgano judicial remitente, el caso será, muy probablemente, favorable a la ciudad de Lowicz. En el segundo de los supuestos se plantea la cuestión en el marco de un proceso penal en el que el juez cree que va a dar la razón a los afectados y en contra de los poderes públicos. En ambos casos la cuestión prejudicial se plantea ante el miedo de que se puedan incoar procedimientos disciplinarios contra el juez único que estaba encargado de los res-

59 ATJ, C-522/18, *DS*, de 29 de enero de 2020, EU:C:2020:42. Con anterioridad, en un caso muy similar, se había retirado la cuestión por el tribunal remitente: ATJ, C-668/18, *BP/Uniparts*, de 3 de diciembre de 2019, EU:C:2019:1093.

60 STJ, Gran Sala, C558/18 y 563/18, *Miasto Lowicz*, de 26 de marzo de 2020, EU:C:2020:234.

pectivos asuntos. Y ello porque las sucesivas reformas producidas en materia de procedimientos disciplinarios en Polonia llevarían aparejadas como consecuencia que la independencia de los órganos judiciales remitentes estaría afectada y los tribunales afectados temen que al fallar en contra de los intereses del Estado puedan producirse consecuencias disciplinarias negativas en su contra⁶¹.

Respecto a la admisibilidad del recurso, el TJ dio la razón a Polonia y a la Comisión. La cuestión prejudicial ha de ser necesaria para decidir el asunto nacional del que trae causa. No caben cuestiones prejudiciales genéricas o hipotéticas, ni tampoco elevar cuestiones consultivas. La cuestión prejudicial no decide la conformidad del derecho nacional con el derecho de la UE aunque tal cosa pueda deducirse con claridad de la respuesta dada por el TJ a la consulta del juez nacional. La cuestión prejudicial sirve para interpretar el Derecho de la UE y, en su caso, decidir la validez del Derecho derivado de la UE por infringir el derecho originario. Por ello en la cuestión prejudicial ha de existir un vínculo de conexión entre el litigio planteado al juez nacional y las normas del Derecho de la UE cuya interpretación se solicita.

Sin embargo, en los asuntos planteados no hay ningún vínculo de conexión con el art. 19.1 TUE cuya interpretación se pide. Dicho precepto no es aplicable el caso. En esto se distinguen de *ASJP* y de *A.K.* En el primero, el proceso de origen se refería a una reducción salarial que podía afectar a la independencia del juez. En el supuesto de *A.K.* la interpretación solicitada condicionaba la determinación del órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el fondo de los litigios (a quién correspondería resolver los casos de impugnación de la jubilación anticipada o la negativa a la concesión de la prórroga). Por todo ello, la improcedencia de la cuestión era por tanto muy clara.

Sin embargo, el TJ no evita pronunciarse sobre las alegaciones concretas de persecución realizadas por los jueces remitentes de las cuestiones prejudiciales. Reseña que tales reclamaciones no se conectaban con el caso y que el Gobierno polaco había

61 Es de reseñar que la sentencia recoge la información suministrada por ambos jueces respecto a la recepción de sendos escritos para comparecer en calidad de testigos en una vista sobre los motivos para plantear la cuestión prejudicial. Comparecencia ordenada por el agente disciplinario nombrado por el ministro de justicia para la incoación de procesos informativos previos a los disciplinarios (párs. 20 y 21). Dichos escritos son posteriores a las Conclusiones del Abogado General en las que se solicitaba la inadmisión por falta de elementos de hecho y de derecho para pronunciarse. Igualmente, sorprendente e inhabitual es la irrupción del Defensor del Pueblo polaco en el curso del procedimiento solicitando la reapertura del juicio oral a partir de esa nueva información (las peticiones sucesivas se realizan el 24 de diciembre de 2019, el 13 de febrero y el 2 de marzo de 2020). Sin embargo, el TJ rechazó reabrir la fase oral del procedimiento y entró en el asunto.

aportado prueba de que los procedimientos contra ambos jueces no habían dado origen a ninguna sanción disciplinaria. Ahora bien, eso no obsta a que el TJ afirme en los términos más rotundos la fundamental importancia de que los jueces nacionales sean independientes para plantear cuestiones prejudiciales por lo que (par. 58) el TJ deja abierta la puerta para admitir cuestiones similares si se aportara al proceso prueba de la iniciación de expedientes disciplinarios que en concreto amenazaran la posición de los jueces remitentes de cuestiones prejudiciales. El tribunal parece apuntar, en lo que en otro lugar hemos llamado un diálogo amenazante, su absoluto compromiso, en tales supuestos, para utilizar todos los mecanismos a su alcance en la defensa de los jueces nacionales actuando como jueces europeos.

4. Jueces (nacionales) defendiendo la independencia de jueces (nacionales) de otros Estados con la ayuda de jueces (internacionales): la defensa horizontal

Una última forma de vínculo directo entre jueces en la configuración de la independencia judicial en Europa lo constituye la posibilidad de que un juez nacional de un Estado miembro contribuya a la garantía de la independencia en otro Estado miembro cuando se producen violaciones sistémicas de la misma usando los mecanismos propios del Derecho de la UE y más en concreto de la confianza mutua en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia.

Esta nueva herramienta de comunicación judicial en defensa de la independencia se elabora a partir de la Sentencia *Minister for Justice and Equality (deficiencias del sistema judicial)* resuelto por Gran Sala el 25 de julio de 2018⁶². El litigio principal versa sobre la oposición de un detenido en virtud de una Orden de Detención Europea (ODE) a ser entregado a Polonia por no tener asegurado allí el derecho a recibir un juicio justo por un tribunal independiente. En el fondo, la cuestión plantea si un tribunal de un Estado miembro (en este caso la High Court de Irlanda) se puede negar a una entrega cuando dispone de datos de que existe un riesgo real

62 STJ, Gran Sala, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, de 25 de julio de 2018, EU:C:2018:856. Usamos esta denominación por ser la presentada como oficial en la base de datos del Tribunal. Es frecuente que la doctrina se refiera a este caso con las iniciales *L.M.* o con el nombre *Celmer*. La bibliografía sobre esta sentencia es también muy numerosa. Véanse M. KRAJEWSKI, “Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice’s Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges. ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU, The Minister for Justice and Equality v. LM”, *European Constitutional Law Review*, núm. 14, pp. 792 y ss. y D. SARMIENTO, “A comment on the CJEU’s judgment in LM”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, núm. 4, 2018, pp. 385 y ss.

de violación del derecho fundamental del art. 47.2 CDFUE debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor.

El asunto, obviamente, se enmarca en el más amplio contexto de la oponibilidad de obstáculos de derecho interno vinculados a la defectuosa protección de los derechos fundamentales en el Estado reclamante para no ejecutar una detención o entrega. No podemos adentrarnos en esta cuestión extraordinariamente compleja. Baste apuntar que en la primera jurisprudencia era muy clara la negativa tajante a que los Estados opongan la violación de derechos en el Estado de referencia de acuerdo con los estándares nacionales (así el muy conocido en España asunto *Melloni*⁶³). Tal planteamiento se sustentaba por una parte en la primacía del Derecho de la UE y, por la otra, en el principio de confianza mutua entre Estados del que se deriva el de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en virtud de la aceptación de un principio de protección equivalente de los derechos en todos los Estados miembros. La posición del Tribunal de Justicia se modera con posterioridad cuando en el Estado reclamante se producen problemas de protección sistémica de derechos fundamentales suficientemente documentados como las condenas por el TEDH por las condiciones generales de vida de los presos en las cárceles rumanas y húngaras en los casos *Aranyosi* y *Caldararu*⁶⁴.

En su resolución el TJ va a sostener que cuando una persona objeto de una ODE alegue la existencia de deficiencias sistémicas o, cuando menos, generalizadas que pueden afectar la independencia del poder judicial y menoscabar el contenido esencial de su derecho fundamental, la autoridad judicial de ejecución deberá pro-

63 STJ, Gran Sala, C-399/11, *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, EU:C:2012:107. Sobre esta importante sentencia la bibliografía es numerosísima. Véanse por todos A. TORRES PÉREZ, “Melloni in three acts from Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law*, vol. 10, núm. 2, 2014, pp. 308 y ss. o en castellano I. TORRES MURO, “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2001, 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, pp. 343 y ss.

64 STJ, Gran Sala, C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi* y *Caldararu*, de 5 de abril de 2016, EU:C:2016:198. De nuevo la bibliografía es muy numerosa, véanse nuestras reflexiones en “¿Un insuficiente paso en la dirección correcta? Comentario a la Sentencia del TJUE (gran sala), de 5 de abril de 2016 en los casos acumulados Pol Aranyosi (c-404/15) y Robert Caldararu (C-659/15 PPU)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 2016, pp. 138 y ss. y en “El control del respeto a los derechos en el marco de la Orden de Detención Europea. Reflexiones al hilo del asunto Aranyosi”, en J.I. UGARTEMENDÍA y H. LABAYLE (dirs.), *El Espacio de Libertad y Seguridad y Justicia y el Derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, IVAP, Vitoria, 2018, pp. 115 y ss.

nunciarse sobre la existencia o no de un riesgo real de que la persona de que se trate vaya a sufrir una violación de tal derecho.

Para ello deberá realizar un doble test. En primer lugar, constatar la existencia de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos al funcionamiento del sistema judicial. Una vez constatada tal situación deberá, además, comprobar si concreta y precisamente en el caso de que se trate en el litigio existen razones serias y fundadas para creer que tal lesión puede producirse⁶⁵.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que, en el caso examinado, finalmente la High Court consideró que no existía un riesgo concreto para el sr. L.M. y la entrega se produjo finalmente⁶⁶.

Aunque se ha considerado que el test exigido es poco operativo en la práctica, la potencialidad de esta jurisprudencia es indudable pues pone en manos de los jueces nacionales de un Estado miembro el poder de suspender la aplicación de uno de los instrumentos estrella de la cooperación penal en la UE. Además de abrir el camino para oponerse a todos los instrumentos del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia que se fundamentan en la confianza mutua entre Estados. Confianza que podrá verse superada si se aprecian violaciones sistémicas de la independencia judicial en un Estado de la UE.

Esta no es una hipótesis meramente académica pues ya ha servido para que las autoridades judiciales de Estados miembros de la UE denieguen la entrega a Polonia de personas reclamadas por la justicia⁶⁷.

En primer término, el tribunal de los Países Bajos encargado de la tramitación de las ODEs (la sala de asistencia jurídica internacional del *Rechtsbank* de Ámsterdam) había planteado su propia cuestión prejudicial dos semanas después que la High Court irlandesa. Tras la sentencia aplicó el test establecido por el TJ a su caso

65 De este modo debe aplicarse el test Aranyosi que exige no solo la constatación de la existencia de un problema sistémico de derechos, sino también un riesgo concreto para la persona reclamada de ser objeto de una violación de sus derechos en el caso de ser entregado.

66 *High Court of Ireland, Minister for Justice v. Celmer*, núm. 5, IEHC 639, 19 de noviembre de 2018.

67 Tomamos la información de P. BARD y J. MORIJN, “Luxembourg’s Unworkable Test to Protect the Rule of Law in the EU: Decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts’ post LM rulings (part I)”, en <https://verfassungsblog.de/luxembourgs-unworkable-test-to-protect-the-rule-of-law-in-the-eu/> y “Domestic Courts Pushing for a Workable Test to Protect the Rule of Law in the EU: Decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts’ post LM rulings (part II)”, en <https://verfassungsblog.de/domestic-courts-pushing-for-a-workable-test-to-protect-the-rule-of-law-in-the-eu/> (visitados por última vez 23 de mayo de 2020).

y procedió a formular 13 cuestiones a las autoridades judiciales polacas (a través de la fiscalía) relativas a las garantías en concreto del futuro respeto a los derechos del reclamado. Aunque recibió algunas respuestas, no fueron suficientes para poder aplicar el citado test. Procedió pues a plantear ulteriores preguntas. Asumió entonces que la primera parte del test (existencia de un problema sistémico de independencia en el país solicitante de la entrega) se cumplía en todos los casos de entrega procedentes de Polonia. Respecto al riesgo individual, el tribunal neerlandés ha establecido las preguntas que han de formularse a los tribunales polacos antes de entregar a una persona reclamada⁶⁸. Sin embargo, en la aplicación de esta jurisprudencia a los casos planteados finalmente no se denegó la entrega.

La forma de desarrollarse este diálogo horizontal parece haber cambiado a partir de la decisión del *Oberlandesgericht* de Karlsruhe, de 17 de febrero de 2020 (Ausl 301 AR 15/19). Esta decisión ha de situarse en el nuevo contexto creado por las condenas a Polonia por violación de la independencia judicial. El tribunal ni siquiera se plantea la existencia de un problema sistémico en Polonia pues lo da por demostrado. Se centra solo en la segunda parte del test. El tribunal alemán formuló ocho preguntas al tribunal remitente de la Orden y tres al Ministerio de Justicia polaco. Pero, y esto es sorprendente, no esperó las respuestas, sino que suspendió el procedimiento. Apparently lo hizo porque asumió que las respuestas no cambiarían su posición ya que, tras las condenas a Polonia confirmando la existencia de violaciones sistémicas de la independencia, entiende refutada la presunción de confianza mutua y consecuentemente suspende la entrega sin esperar la opinión de los jueces polacos. Parece que el *Rechtsbank* de Ámsterdam seguirá esta línea, en tres autos dictados el 24 y 26 de marzo de 2020 ha suspendido los procedimientos y tras citar las sentencias del TJUE y la del tribunal regional de Karlsruhe ha abierto una audiencia pública a las partes, aunque todavía no ha adoptado una decisión definitiva.

IV. JUECES HABLANDO SOBRE INDEPENDENCIA A PETICIÓN DE TERCEROS

Hasta ahora, como se ha visto, los mecanismos para expresar la opinión de los tribunales sobre la independencia judicial han requerido la intervención de jueces

68 En concreto las preguntas son: 1) ¿cuáles son las autoridades judiciales competentes para decidir el caso tanto en primera como en segunda instancia?; 2) ¿se han producido procedimientos disciplinarios contra los jueces encargados del caso?; 3) ¿se han producido cambios en sus salarios?; en tal caso, ¿por qué? y 4) ¿se han tomado otras medidas, como instrucciones procedentes del Ministro de justicia?, si es así ¿cuáles?

en cuanto demandantes (o remitentes/receptores de una cuestión prejudicial) y en cuanto órganos de decisión del asunto.

En este apartado examinaremos aquellos supuestos en que los demandantes de la defensa de la independencia judicial no son los jueces, sino otros sujetos que de manera indirecta provocan la intervención de tribunales internacionales en defensa de la independencia judicial en los Estados miembros.

1. Jueces (internacionales) tratando de resolver los problemas de jueces (nacionales): acciones por incumplimiento ante el TJUE

Las regresiones producidas en materia de Estado de Derecho en algunos de los miembros de la UE han provocado que la Comisión Europea haya utilizado la acción por incumplimiento⁶⁹ como un mecanismo de defensa de los valores del art. 2 TUE cuando se ha visto afectada la independencia judicial. De esta forma la Comisión ha provocado la intervención del TJ en la defensa de la independencia judicial.

Un primer antecedente de este instrumento se encuentra en las medidas del gobierno húngaro que adelantaba la edad de jubilación de los jueces de 70 a 62 años. Con ello el indisimulado objetivo era provocar una renovación radical del poder judicial en general y del Tribunal Supremo en particular. Frente a esta medida, la Comisión europea reaccionó interponiendo una acción de incumplimiento del Derecho de la UE. Sin embargo, el caso no se orientó desde la óptica de la independencia judicial, sino desde la perspectiva de la no discriminación por razón de edad. Fue desde este punto de vista que se consideró que la legislación húngara incumplía el Derecho de la UE y en concreto la Directiva 2000/78/CE de igualdad de trato en el trabajo⁷⁰. Aunque no se valorara la cuestión de la independencia judicial, en sus conclusiones la Abogada General Kokkot⁷¹ ya apuntaría algunos de los argumentos que con posterioridad siguió el TJ.

Las sentencias en las acciones por incumplimiento van a partir de la nueva doctrina iniciada en *ASJP* (indirectamente ya fue aplicado en la sentencia *Minister of Justice and Equality*, ya examinada) para aplicar la tutela de la independencia ju-

69 Sobre el uso de la acción de incumplimiento para la protección de derechos y principios constitucionales en este y en otros casos véase M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, “Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados Miembros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 61, 2018, pp. 933 y ss.

70 STJ, C-286/12, *Comisión c. Hungría*, de 6 de noviembre de 2012, EU:C:2012:687.

71 Presentadas el 2 de octubre de 2012.

dicial en los Estados a la situación en Polonia. La serie de sentencias condenatorias para Polonia se inicia con la sentencia *Comisión c. Polonia (Independencia de la Corte Suprema)*, de 24 de junio de 2019, dictada por Gran Sala⁷².

Lo primero relevante en este caso fue la solicitud de medidas provisionales para suspender la aplicación de la normativa cuestionada por la acción por incumplimiento. Medidas de suspensión acordadas mediante Auto del TJ (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2018. En concreto se ordenó la suspensión de las normas, se adoptaron las medidas relativas a garantizar que los jueces afectados pudieran seguir ejerciendo sus funciones y, por último, se ordenó a las autoridades que se abstuvieran de nombrar nuevos jueces y en particular al nuevo presidente. Se aprendía así de la experiencia húngara en la que la sentencia del TJ llegó cuando muchos de los jueces afectados ya se habían jubilado y declinaron la opción de reincorporarse a sus puestos.

Pese a que la legislación impugnada había sido derogada, el Tribunal considera que la pervivencia de los problemas planteados provocaba que la derogación de las normas no elimina el objeto del proceso.

Una segunda sentencia será *Comisión c. Polonia (Independencia de las jurisdicciones de derecho común)*⁷³, dictada unos meses después como consecuencia de una nueva acción por incumplimiento ejercida por la Comisión en la que se va a apuntalar la construcción realizada en la anterior sentencia extendiendo parte de su contenido a la independencia de la jurisdicción ordinaria. La acción por incumplimiento se refiere ahora a la discriminación derivada del establecimiento de edades de jubilación distintas para hombres y mujeres en los tribunales ordinarios, en el Tribunal Supremo y en la fiscalía. Además, se impugna la regulación de las prórrogas aplicables a los jueces ordinarios jubilados que, en este nivel, eran acordadas por el ministro de Justicia. La primera de las cuestiones planteadas no interesa en estas páginas pues no suscita un problema de independencia, sino de discriminación.

Un tercer caso, todavía no resuelto, es la acción por incumplimiento planteada por la Comisión el 25 de octubre de 2019 en que solicitaba que se declarara el incumplimiento por la ley polaca del art. 19.1 TUE (en concreto Ley del Tribunal Supremo que entró en vigor el 3 de abril de 2018 así como de algunos artículos relativos a la Ley de la Organización de las Jurisdicciones de Derecho Común y la Ley del KRS –consejo judicial–).

72 STJ, Gran Sala, C-619/18, *Comisión c. Polonia (independencia de la Corte Suprema)*, de 24 de junio de 2019, EU:C:2019:531.

73 STJ, Gran Sala, C-192/18, *Comisión c. Polonia (Independencia de las jurisdicciones de derecho común)*, de 5 de noviembre de 2019, EU:C:2019:924.

Igualmente, a juicio de la Comisión se produce una violación del art. 267 TFUE al limitar el derecho de los jueces nacionales para presentar cuestiones prejudiciales por la posibilidad de provocar acciones disciplinarias en su contra.

A diferencia de lo ocurrido con la acción relativa a la jubilación forzosa de los magistrados del Tribunal Supremo, la Comisión no solicitó medidas cautelares. Posiblemente la inminencia de la sentencia *A.K.* desaconsejó tal cosa. Sin embargo, la deriva en Polonia tras esta sentencia provocó que la Comisión solicitara medidas provisionales⁷⁴.

El TJ, mediante Auto de Gran Sala de 8 de abril de 2020 en el asunto *Comisión c. Polonia (independencia sala disciplinaria -2-)*⁷⁵ acepta la suspensión cautelar de la legislación polaca. Es la tercera vez que el TJ adopta esta medida cautelar en una acción por incumplimiento. Y las tres han sido contra Polonia en su regresión en materia de Estado de Derecho.

Las medidas que se solicitan son básicamente dos: 1) suspensión de la norma legal que fundamenta la competencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo para adoptar en primera instancia y en apelación las cuestiones disciplinarias relativas a los jueces; 2) prohibición de transmitir los casos pendientes ante la sala disciplinaria a otros órganos que no satisfagan las exigencias de independencia definidas en la sentencia *A.K.*

El TJ recuerda la ejecución de su sentencia *A.K.* en Polonia por las sentencias del Tribunal Supremo polaco de 5 de diciembre de 2019 y de 15 de enero de 2020. Igualmente se hace eco de la actividad de la Sala Disciplinaria después de dichas sentencias del Tribunal Supremo donde se mostraba claramente que sus miembros no estaban dispuestos a considerar que la sentencia *A.K.* impedía que pudiera desarrollar sus funciones disciplinarias. Por todo ello, procede a suspender la ley polaca.

74 Resulta imposible referir todos los acontecimientos que jalonan el interminable conflicto respecto a la independencia judicial en Polonia y la reacción de las autoridades polacas a las sentencias del TJ mediante la aprobación en enero de 2020 de una ley aún más restrictiva de la independencia judicial (la llamada “ley bozal”). Para seguir todos los cambios es sin duda conveniente consultar la sección sobre Polonia en el Verfassungsblog: <https://verfassungsblog.de/category/regionen/poland/> (visitado por última vez 24 de mayo de 2020).

75 ATJ, C791/19, Gran Sala, *Comisión c. Polonia (Independencia Sala Disciplinaria -2-)*, de 8 de abril de 2020, EU:C:2020:277.

2. ¿Particulares defendiendo indirectamente la independencia de los jueces (nacionales) ante jueces (internacionales)?: la (no firme) vía islandesa

Una última forma en la que los tribunales han intervenido para garantizar la independencia de los jueces se ha planteado como consecuencia de una demanda individual ante el TEDH no presentada por un juez. Se trata de la sentencia *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia*⁷⁶. El asunto ha sido admitido para su discusión en Gran Sala por lo que no está del todo claro si finalmente la jurisprudencia se asentará o resultará rechazada, pero si así fuera puede suponer abrir una nueva vía de defensa de la independencia judicial en Europa.

El caso tiene que ver con la creación en Islandia de la Corte de apelación el 1 de enero de 2018. De acuerdo con la (nueva) ley del Poder Judicial, un comité de evaluación de expertos (nombrados por el Tribunal Supremo, el Consejo Judicial, el Colegio de abogados y el Parlamento) estaba encargado de evaluar los candidatos para ocupar los 15 primeros puestos de magistrado de dicho tribunal. En total 37 personas concursaron. En mayo de 2017 el presidente del comité envió a la ministra de justicia su informe con una lista con los 15 candidatos considerados más cualificados. A.E. ocupaba el puesto 18 y, por tanto, no estaba incluido entre los 15 primeros candidatos. La ministra hizo una propuesta que contenía solo a 11 de los 15 primeros candidatos seleccionados por el comité. Incluía por tanto cuatro candidatos que estaban situados en la lista en los puestos 17, 18, 23 y 30 (entre ellos el juez A.E.). La ministra no motivó las razones para apartarse de la propuesta del comité de expertos. El Parlamento aprobó en bloque la lista propuesta y el Presidente procedió a nombrarlos.

En junio de 2017 dos de los candidatos que se encontraban en la lista de los 15 propuestos por el Comité de expertos y que fueron excluidos recurrieron la legalidad del procedimiento de nombramiento. El Tribunal Supremo acabó rechazando la reclamación, pero aceptó que se les había infringido un daño personal (valorado en 5.700 €). Entendió que se había violado la ley administrativa al no haber motivado su propuesta justificando los méritos de los candidatos incluidos *ex novo*. También se consideró defectuoso el procedimiento parlamentario por no haber votado cada candidato separadamente, tal y como prescribía la ley, y haberlo hecho de manera global.

En el caso origen de la sentencia que comentamos, el recurrente fue condenado por un delito común. Recurrió ante la recién creada corte de apelación. En la sección encargada de resolver la apelación participaba el juez A.E. junto a otros dos

76 *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia*, app. núm. 26374/18, de 12 de marzo de 2019.

jueces. El recurrente recusó la presencia del juez A.E. debido a las irregularidades en su nombramiento. Sin embargo, la Corte de Apelación no aceptó la recusación y finalmente confirmó la condena al recurrente. Este apeló la decisión ante la Corte Suprema alegando que no había sido juzgado por un tribunal independiente. La Corte rechazó su recurso considerando que el nombramiento de A.E. era válido y que no había razones suficientes para justificar que no hubiera recibido un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial a pesar de los defectos del procedimiento.

La sala del TEDH ha apreciado una flagrante violación de las normas aplicables en el nombramiento de A.E. como juez del tribunal de apelación. El conjunto del proceso de nombramiento había contravenido la propia esencia del principio de que un tribunal ha de ser establecido por la ley. Y este es uno de los principios esenciales del *Rule of Law*. Por tanto, a su juicio, una sentencia que no declare la violación del artículo 6.1 supondrá vaciar a este de toda protección⁷⁷.

V. UN FUTURO LLENO DE POSIBILIDADES Y DE INCERTIDUMBRES: LOS CASOS PENDIENTES

La defensa a través de mecanismos judiciales de la independencia de los jueces en Europa dista mucho de haber acabado en el contexto de crisis del Estado de Derecho actual. Si repasamos los casos pendientes ante el TEDH y el TJUE podemos reconstruir perfectamente las crisis de Estado de Derecho en Europa, y en particular de independencia judicial, en los últimos años. Los nombres de los Estados afectados son claramente indicativos: Hungría, Turquía, Polonia y Rumanía. Sin embargo, encontramos algunas sorpresas porque además de los problemas ya conocidos de asalto a la independencia judicial del que los jueces europeos tratan de defenderse se han abierto otros caminos cuyo alcance todavía no somos capaces de adivinar.

En el primer sentido, los casos planteados siguen en su mayoría la estela de los supuestos ya generados intentando utilizar los cauces de comunicación entre jueces expuestos en los dos apartados anteriores.

Así, respecto a Hungría encontramos la cuestión prejudicial⁷⁸ a propósito de los defectos estructurales en el cumplimiento en Hungría de los deberes de traducción de los documentos procesales derivados del Derecho de la UE. Tales defectos de

⁷⁷ La sentencia no es unánime. En un voto particular del presidente de la Sala, junto a otro magistrado, se sostiene que la mayoría ha ejercido un control excesivo sobre el margen de apreciación de los Estados y permite que en cualquier momento se pueda impugnar la composición de un tribunal por defectos en el nombramiento lo que resulta excesivamente lesivo para la seguridad jurídica.

⁷⁸ Asunto C-564/19, *IS*. Presentada el 24 de julio de 2019.

traducción permiten preguntar sobre las formas de nombramiento de los presidentes de los tribunales colegiados húngaros y sobre las reducciones salariales. Resulta muy posible que finalmente el TJ no conteste a estas preguntas ya que resulta complicado justificar por qué pronunciarse sobre estos aspectos es necesario para decidir el fondo del asunto principal tal y como se exige en las cuestiones prejudiciales.

En el caso de Turquía, el TEDH ha de resolver una demanda masiva (546 recurrentes)⁷⁹ por la detención arbitraria de jueces y fiscales turcos en violación de sus reglas de aforamiento. Lo que, según los antecedentes expuestos en la jurisprudencia⁸⁰, posiblemente conducirá a declarar la violación del derecho a no ser detenido arbitrariamente (art. 5.1 CEDH) pero no el derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH).

Como era de esperar, Polonia acumula un alto número de casos. A la acción por incumplimiento iniciada por la regulación de su régimen disciplinario ya mencionada (y aún no resuelta excepto en lo referido a las medidas cautelares) se le unen varias cuestiones prejudiciales y hasta cinco demandas en el TEDH. Las cuestiones prejudiciales suscitan dudas sobre la intervención del nuevo consejo judicial en las prórrogas ante las jubilaciones anticipadas de magistrados del TS⁸¹ y sobre la nueva regulación de los procesos de promoción⁸² a magistrado del TS. Los casos pendientes ante el TEDH abundan en parecidas cuestiones: el cese anticipado de los vocales del Consejo judicial por la imposición de su nombramiento parlamentario⁸³, ceses anticipados de dos vicepresidentes de tribunales colegiados como consecuencia de la reforma legal de la jurisdicción ordinaria⁸⁴ y cese anticipado como miembro y portavoz del consejo, portavoz de tribunal colegiado así como apertura de investigaciones tributarias al recurrente y su familia⁸⁵. A estas demandas interpuestas por magistrados polacos se ha de sumar un caso que sigue la estela apuntada en el asunto *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia*. En el caso, una empresa polaca alega la violación de su derecho a un tribunal independiente por el nombramiento inconstitucional de uno de los jueces de la sección del Tribunal Constitucional que

79 *Selçuk Altun c. Turquía y 545 recurrentes más*, app. núm. 60065/16, comunicada el 17 de mayo de 2019.

80 Véase *supra*, nota 42.

81 Asunto C-537/18, *Krajowa Rada Sadownictwa*. Presentado el 17 de agosto de 2018.

82 Asunto C824/18, *A.B y otros* (nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo, Recursos), de 16 de enero de 2019.

83 *Grzeda c. Polonia*, app. núm. 43572/19, comunicada el 17 de julio de 2019.

84 *Broda c. Polonia*, app. núm. 26691/18 y *Bojara c. Polonia*, app. núm. 27367/18 comunicados el 2 de septiembre de 2019.

85 *Zürek c. Polonia*, app. núm. 39650/18, comunicada el 14 de mayo de 2020.

inadmitió su recurso. Para ello se apoya directamente en el voto particular de uno de los magistrados de la sección que procedió a la inadmisión.

En el marco de los recursos pendientes merece una atención especial la situación en Rumanía por la proliferación de cuestiones prejudiciales en defensa de la independencia judicial. La situación rumana es muy particular porque, al igual que Bulgaria, su adhesión a la UE vino acompañada de la creación de un mecanismo específico de cooperación y verificación en virtud del cual la Comisión europea vigila la mejora en el cumplimiento de los estándares relativos al Estado de Derecho. En su informe de 13 de noviembre de 2018, la Comisión recomendó la suspensión de la nueva legislación rumana en materia judicial (tres leyes aprobadas en 2017 y 2018). A partir de ese informe se han suscitado numerosas cuestiones prejudiciales vinculadas sobre todo a la regulación de la nueva fiscalía ante el TS específicamente encargada de la investigación de los delitos cometidos en el ámbito de la administración de justicia⁸⁶, por una parte; y a la regulación de la inspección judicial controlada ahora por el ministerio de Justicia y no por el Consejo Judicial⁸⁷. Cuestiones prejudiciales a menudo suscitadas a partir de recursos interpuestos por asociaciones de jueces y fiscales.

Junto a estos casos, situados en los mecanismos y temas apuntados en la jurisprudencia expuesta más arriba encontramos, sin embargo, otros que suscitan cuestiones de enorme calado constitucional en los Estados. En este sentido los mecanismos para canalizar la comunicación entre jueces en sede jurisdiccional sobre independencia judicial han abierto la espita a que tribunales nacionales insatisfechos con el modo en que está regulada la independencia judicial en su ordenamiento jurídico busquen cambiar la situación apelando a la aplicación del Derecho europeo, muy singularmente el de la UE.

Varios recursos pendientes merecen ser subrayados brevemente.

En primer lugar, respecto a Rumanía se ha producido un fuerte enfrentamiento entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional respecto, sobre todo, a la organización interna del trabajo en el primero de los tribunales. La guerra entre am-

86 Se trata de los asuntos C-127/19, *Asociación Foro de Jueces de Rumania y Asociación para la Defensa del Estatuto de los Fiscales*, presentada por la Corte de Apelación de Pitești, de 18 de febrero de 2019; C-195/19, *PJ/QK*, presentada por la Corte de Apelación de Bucarest el 28 de febrero de 2019; C-291/19, *SO/TP*, cuestión planteada por la Corte de Apelación de Braşov el 9 de abril de 2019; C-359/19 *DNA*, presentado el 14 de mayo de 2019; C-355/19, *Asociación Foro de Jueces de Rumania y Asociación para la Defensa del Estatuto de los Fiscales*, planteada por la Corte de Apelación de Pitești, 6 de mayo de 2019; C-379/19, *AX*, Corte de Bucarest, de 22 de mayo de 2019.

87 Asunto C-83/19, *Asociación Foro de Jueces de Rumania/Inspección Judicial*, planteada por el Tribunal de Distrito de Olt, el 5 de febrero de 2019.

bas cortes ha llegado ante el TJ mediante varias cuestiones prejudiciales en las que se cuestiona la lesión a la independencia del Tribunal Supremo como consecuencia de un exceso en el ejercicio de las propias competencias por parte del Tribunal constitucional al dictar resoluciones que, a juicio del Tribunal Supremo, son de pura legalidad ordinaria y que pretenden condicionar su independencia para interpretar el ordenamiento jurídico infraconstitucional rumano⁸⁸.

En segundo lugar, el tribunal civil de primera instancia encargado de los asuntos constitucionales en Malta directamente pregunta al TJ si la constitución maltesa ha de respetar el principio de independencia judicial y si, en ese caso, es aceptable que aquella establezca el nombramiento de los jueces por parte del Primer ministro⁸⁹.

Finalmente, el caso sin duda más relevante es la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Wiesbaden (Land de Hessen). En ella cuestiona su propia independencia debido a las relaciones existentes entre el Ministerio de Justicia del Land y el nombramiento y promoción de los jueces, así como en materia de organización de los tribunales. Lo que el Tribunal plantea, en definitiva, es la conformidad entre la independencia judicial en los términos definidos a nivel europeo y la organización constitucional alemana en la que no existen mecanismos específicos de autogobierno judicial y éste, así como la administración de tribunales, depende de los Ministerios de justicia. En tal sentido el espléndido auto de planteamiento de la cuestión suscita si el propio Tribunal Contencioso-administrativo cumple o no el requisito de independencia exigible por el art. 267 TFUE.

VI. CONCLUSIÓN: OBJECIONES A LA COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL EN EUROPA A PROPÓSITO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Del análisis realizado en las páginas precedentes puede colegirse claramente que la comunicación entre jueces sobre independencia judicial ha adoptado multitud de formas e intensidades. De esta comunicación ha derivado un *acquis* europeo en

88 Asuntos 195/19, *Pf/QK*, presentada por la Corte de Apelación de Bucarest el 28 de febrero de 2019 respecto a la creación de la fiscalía específica contra delitos cometidos en el marco de la administración de justicia pero que además pregunta sobre la sujeción de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia de una “institución político-judicial” como la Corte Constitucional. Son relevantes sobre todo los asuntos planteados por el Tribunal Supremo de Rumanía: C-357/19, *Euro Box Promotion SRL*, el 6 de mayo de 2019 y C-547/19, *CY & Asociación Foro de Jueces de Rumanía*, presentada el 15 de julio de 2019.

89 Asunto C-896/19, *Republika*, planteado por el Tribunal Civil de Primera instancia – Jurisdicción constitucional, el 5 de diciembre de 2019.

materia de independencia judicial en el que los estándares exigibles a los Estados se han ido perfilando lentamente. Este acervo ha sido, sobre todo, una creación de los jueces europeos. No existen textos derivados de las organizaciones internacionales, ni tratados internacionales reguladores de la independencia judicial (más allá de la regulación de sus dos tribunales estrella, el TJ y el TEDH). De hecho, la preocupación por el concepto realmente no comienza a sentirse en Europa hasta que se negocia la adhesión de los antiguos Estados del bloque soviético a la UE y en ausencia de textos europeos compartidos la negociación se fundó en los documentos aprobados por la Comisión de Venecia y por el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos⁹⁰. La bondad de este origen judicial, en el sentido examinado en este artículo, del concepto de independencia no ha sido cuestionado hasta hace muy poco.

Sin embargo, en los últimos años podemos encontrar en la literatura académica críticas a esta forma de construir el concepto. En particular en lo referente a la imposición de un determinado modelo de autogobierno judicial vinculado a la creación de consejos de la judicatura que se ha demostrado ineficaz, cuando no contraproducente, en muchos Estados europeos⁹¹. Junto a las críticas académicas, los poderes judiciales surgidos de la aplicación de dichos estándares a los Estados, sobre todo en el Este y Centro de Europa, han sido objeto de durísimas críticas por parte de partidos políticos y opinión pública.

Estas críticas son básicamente de dos tipos: de legitimidad y de identidad.

Respecto a la legitimidad el problema principal radica en que el proceso de deliberación entre jueces, cuyos mecanismos hemos intentado describir, no es en este punto comparable a la deliberación democrática⁹². Es, sin duda, conveniente que los jueces deliberen a lo largo y ancho de Europa sobre el contenido del rasgo probablemente más característico de su profesión. Su opinión es importante y debe ser tomada en cuenta de manera determinante. Pero no es la única opinión relevante y son muy altos los sesgos y riesgos derivables de su papel preponderante en la definición del

90 Véase el muy interesante trabajo de A. SEIBERT-FOHR, “Judicial Independence in European Union Accessions: The Emergence of a European Basic Principle”, *German Yearbook of International Law*, núm. 52, 2009, pp. 405 y ss.

91 Describen el proceso y se muestran particularmente críticos con los efectos de esta forma de producirse la definición de buena parte de la independencia judicial en Europa M. BOBECK y D. KOSAŘ, “Global Solution, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe”, *Department of European Legal Studies, Research Paper in Law*, núm. 7, 2013.

92 Véase, por todos, A. VON BOGDANDY *et al.*, “Guest editorial: A potential constitutional momentum for the European Rule of Law – the importance of red Lines”, *Common Market Law Review*, núm. 55, 2018, p. 5.

concepto de independencia judicial. Dicho, en otros términos, la independencia judicial no puede ser solo construida por los jueces. Su opinión no está exenta de la defensa de sus propios intereses y prioridades. A esa definición (importante sin duda) debe sumársele la deliberación de órganos político-democráticos cuyo punto de vista resulta esencial para definir la división constitucional de poderes que en ningún caso puede quedar solo en manos de una determinada profesión. La independencia judicial no es un privilegio de los jueces. Es un derecho de los justiciables que, por tanto, habrán de tener, en cuanto ciudadanos, la última palabra respecto a cuál sea el contenido de la independencia judicial.

Ello nos conduce a la segunda objeción. Basta con recordar el viejo artículo 16 de la Declaración francesa de derechos para afirmar que la definición de la división de poderes es uno de los elementos esenciales que configura la definición de la constitución de un Estado. La independencia judicial es un elemento clave de esa división de poderes. Es bien cierto, el TEDH no se cansa de recordarlo en su jurisprudencia, que las instituciones supranacionales no adoptan una determinada fórmula de división de poderes, ni se identifican con una determinada teoría constitucional. Pero es indudable que la progresiva definición de los estándares compartidos sobre independencia judicial a través de los mecanismos descritos en este trabajo acaba diseñando un determinado modelo de poder judicial. Existe, sostiene KOSAŘ⁹³, una agenda de poder judicial en las Cortes internacionales. Una determinada forma de entender el poder judicial derivada de un concepto de independencia construido a partir de la comunicación entre jueces. Pero esta idea de división de poderes es extremadamente difícil de imponer porque afecta a los elementos estructurales básicos que componen, usando el término popularizado desde hace unos años, la identidad constitucional de un Estado. Y afectar a la identidad constitucional de un Estado como consecuencia de la imposición de parámetros supraestatales es, sin duda, una tarea problemática. Esto será particularmente relevante si, como apuntan algunos de los casos pendientes ante el TJ, los jueces europeos utilizan los mecanismos a su disposición para tratar de conseguir cambios constitucionales en materia de autogobierno judicial.

La situación puede ser considerada tan problemática que podemos formular una tercera objeción a los mecanismos de comunicación transjudicial expuestos para

93 D. KOSAŘ y L. LIXINSKI, “Domestic Judicial Design by International Human Rights Courts”, *The American Journal of International Law*, 109, núm. 4, 2015, pp. 713 y ss., refiriéndose tanto al TEDH como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ideas reiteradas, ya en exclusiva en el contexto europeo, por el primero de los autores en D. KOSAŘ, “Nudging Domestic Judicial Reforms from Strasbourg: How the European Court of Human Rights shapes domestic judicial design”, *Utrecht Law Review*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 111 y ss.

la garantía de la independencia de los jueces y tribunales: su falta de eficacia. Si buscamos los éxitos de la comunicación entre jueces para garantizar la independencia judicial nos podemos encontrar con críticas muy generalizadas a la imposición de, como se acaba de reseñar, el modelo de consejos judiciales en Europa o a la no depuración de los poderes judiciales procedentes de los regímenes comunistas. Igualmente, negativa es la conclusión si evaluamos cuánto ha mejorado, gracias a estos mecanismos europeos, la independencia judicial en los Estados inmersos en procesos de regresión del Estado de Derecho⁹⁴. En Hungría (desde 2010), Polonia (desde 2015) o Turquía (desde 2016) no parece haberse conseguido ningún avance real en lo que se refiere a convencer a las mayorías parlamentarias para que reduzcan su presión sobre la independencia de jueces y magistrados. Podría aducirse que los aportes jurisdiccionales principales en materia de independencia judicial son muy recientes (recuérdese que tanto la STEDH *Ramos Nunes de Carvalho e Sa c. Portugal* como la STJ *ASJP* son de 2018) y por tanto no es posible evaluar su impacto y su capacidad para provocar una recuperación del *Rule of Law* en los Estados en regresión. Sin embargo, la situación rumana desautoriza esta conclusión.

En Rumanía las deficiencias en cuanto a garantía del Estado de Derecho condujeron a que su adhesión a la UE se condicionara a la creación de un mecanismo específico de supervisión y verificación del Estado de Derecho. El mecanismo se crea mediante Decisión 2006/928/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 2006. Se trata del mecanismo más estricto (idéntico para el caso de Bulgaria) para incentivar el respeto al Estado de Derecho. Sin embargo, este mecanismo no ha podido impedir que las mayorías parlamentarias rumanas hayan iniciado (14 años después de creado el mecanismo de supervisión) el camino de reducción de la independencia judicial ya transitado por Polonia y Hungría.

Uno de los problemas ante estas objeciones es la inexistencia de alternativas no judiciales para la defensa de la independencia de los jueces y magistrados europeos. Los mecanismos creados por la Comisión para reforzar el Estado de Derecho en los Estados miembros no parecen haber sido eficaces. El uso de los mecanismos del art. 7 TUE contra los Estados incumplidores (Polonia por la Comisión y Hungría por el Parlamento) de momento no ha generado ninguna respuesta del Consejo y, dadas las mayorías exigibles, no se puede ser muy optimista al respecto. Igualmente,

94 Falta de eficacia que, para algunos, sería consecuencia de la inadecuación de un método dialogado de solución de conflictos en supuestos de regresión del Estado de Derecho, véase el interesante trabajo de R. UITZ, "Guest Editorial: The Perils of Defending the Rule of Law through Dialogue", *European Constitutional Law Review*, núm. 15, 2019, pp. 1 y ss.

la iniciativa legislativa para condicionar la financiación europea al cumplimiento de parámetros de garantía del Estado de Derecho está paralizada.

Compartimos pues la opinión de parte de la doctrina⁹⁵ respecto a que la garantía de la independencia judicial en Europa requiere una reflexión política y democrática sobre su contenido y sobre los mecanismos para su defensa. Los jueces europeos han hecho esa reflexión por múltiples vías. Corresponde a los órganos político-democráticos europeos (lo que incluye obviamente a los propios Estados) realizarla también y ofrecer las herramientas para adaptarla a los nuevos contextos constitucionales del siglo XXI que permitan su protección eficaz frente a regresiones significativas.

Resumen

Este ensayo pretende exponer los mecanismos a través de los cuales los jueces europeos han deliberado formal e informalmente, en marcos jurisdiccionales o no, sobre independencia judicial. Estos instrumentos incluyen redes judiciales, diálogos judiciales en stricto sensu, demandas de los jueces ante los tribunales o simplemente sentencias de tribunales europeos dictadas en defensa de la independencia judicial. Esta comunicación no ha terminado y algunos de los casos aún pendientes ante los tribunales europeos generarán evoluciones difíciles de prever. Algunas objeciones pueden hacerse a esta evolución: los déficits de democracia, de respeto a la identidad y de limitada eficacia.

Palabras clave

Independencia judicial; Comunicación transjudicial; Redes de jueces; Jurisprudencia europea; Regresión en el Estado de Derecho.

Abstract

This essay seeks to set out the mechanisms used by European judges to deliberate about judicial Independence both in formal and informal ways, in jurisdictional and non-jurisdictional settings. These instruments include judicial networks, judicial dialogues stricto sensu, complaints by judges to the courts or judgments of European courts in defence of judicial independence. Further developments are expected from important pending cases before the European courts. The results of this transjudicial communication have been challenged on grounds of their democratic deficits; the failure to respect constitutional identities and their limited effectiveness.

Keywords

Judicial Independence; Transjudicial Communication, Judges' Networks, European Case Law, Rule of Law Backsliding.

Recibido: 28 de mayo de 2020

Aceptado: 5 de junio de 2020

95 Así, entre muchos otros, M. BOBECK y D. KOSAR, *op. cit.*, p. 29; o A. VON BOGDANDY, C. ANTPÖHLER y M. IOANNIDIS, *op. cit.*, pp. 8 y ss.



**EL CONFLICTO ENTRE IDENTIDAD NACIONAL
Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL
CASO *COMAN*: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA
AÑADE OTRA PIEZA FUNDAMENTAL PARA LA
PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES
FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN***

**The Conflict between National Identity and the
European Union Law in the Coman Case: The Court
of Justice Adds Another Key Piece for the Protection of
Homosexual Couples Against Discrimination**

SILVIA ROMBOLI

*Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Ramon Llull
- ESADE*

SUMARIO:

- I. Consideraciones introductorias.
- II. La noción de identidad nacional o constitucional.
- III. El caso *Coman* resuelto por el Tribunal de Justicia.
- IV. Algunas observaciones críticas.

* El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto “The constitutional bases of Europe: building a ‘common European constitutional culture’”, Erasmus+ Programme – Jean Monnet Activities, 599490-EPP-1-2018-1-ES-EPPJMO-PROJECT.

Asimismo, este trabajo se publica en colaboración con el Proyecto Jean Monnet ucons, financiado por el Programa Erasmus + de la Comisión Europea. El apoyo de la Comisión Europea a esta publicación no supone que comparta el contenido y la visión de sus autores, y la Comisión no puede ser responsable de la información que se contenga.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La protección multinivel de los derechos fundamentales en el entorno europeo experimenta constantes cambios, frutos de las modificaciones en las relaciones entre los diferentes ordenamientos, nacionales y supranacionales, y de las novedades que aparecen tanto en las fuentes legislativas como en la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales¹.

El diálogo entre Tribunales y, especialmente, entre Cortes constitucionales nacionales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ha sido uno de los escenarios más fértiles en los que han proliferado numerosas y trascendentes aportaciones relativas a la problemática aludida. La correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea (DUE, en adelante) ha sido solicitada más de una vez por las jurisdicciones constitucionales nacionales; estas, en ocasiones, han pedido, implícitamente o incluso directamente, una derogación de la obligación de la uniforme aplicación del DUE en sus ordenamientos para tutelar su identidad constitucional o nacional.

Junto con este rol de máximo intérprete del Derecho de la Unión y garante de su correcta y uniforme aplicación en los Estados miembros de la UE, no puede negarse que el Tribunal de Luxemburgo ha desempeñado un rol fundamental en la protección de los derechos fundamentales, en particular de aquellos cuya titularidad fuera de los ciudadanos de la Unión y tuvieran conexión directa con las finalidades económicas propias del sistema comunitario.

El trabajo realizado en estas páginas tiene el propósito de analizar un caso específico de diálogo entre un Tribunal constitucional nacional, el rumano, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al presentar elementos útiles sobre los que reflexionar respecto de dos diferentes puntos de vista. En primer lugar, se trata de un asunto que añade nuevas claves de lectura del criterio de la identidad nacional reconocido en el art. 4.2 TUE; la interpretación de esta noción, como se verá a continuación, es esencial para dirimir muchas de las controversias que tienen como objeto la re-

1 Baste con pensar, entre los primeros, en la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o del Protocolo XVI al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH). Sobre este último, véanse, entre otros: L. M. LÓPEZ GUERRA, “Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 11-29; S. ROMBOLI, “El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el diálogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme”, en A. PÉREZ MIRAS, *et al.* (dirs.), C. MONTESINOS PADILLA (coord.), *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. II, CEPC-BOE, Madrid, pp. 41-61.

sistencia de los Estados miembros de la Unión al principio de primacía del DUE respecto del Derecho nacional, en particular el de rango constitucional. En segundo lugar, a través de la defensa de algunas de las libertades clásicas de la Unión, la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familiares, a través de las cuales el TJUE ha añadido una pieza fundamental para la creación y consolidación del estatus jurídico de las parejas homosexuales en Europa, esto es, para su plena identificación y equiparación con el estatus jurídico de las parejas heterosexuales, con la finalidad de obtener el respeto del principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual.

II. LA NOCIÓN DE IDENTIDAD NACIONAL O CONSTITUCIONAL

El concepto de identidad constitucional y su vínculo (y, muchas veces, confusión) con el de la identidad nacional en el ámbito de las relaciones entre el DUE y el Derecho de los Estados miembros de la Unión, es un tema bastante reciente². Como es sabido, la primera aparición de los términos identidad nacional en los Tratados de la UE tiene que registrarse a partir del Tratado de Maastricht, en vigor desde 1993³, mientras que de la concreción de sus contenidos se ha encargado, como es natural, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su jurisprudencia de las últimas décadas. Se trataría, sin embargo, de una categoría en formación, dado que la interpretación de esta noción “todavía no ha cerrado una doctrina jurisprudencial y sigue tanteando las posibilidades de este criterio normativo”⁴.

La identidad constitucional empezó a delinearse esencialmente a partir del frustrado proyecto de 2004 para la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa como evolución o derivación de la identidad nacional. Finalmente, en el Tratado de Lisboa de 2009 quedó reflejada en el segundo apartado del art. 4.2 TUE que reconoce que “La Unión respetará la igualdad de los

2 Aún más recientemente se ha empezado a estudiar si esta categoría puede encontrarse también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; sobre el particular, véase P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, “Identidad nacional y sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos: una dudosa analogía”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2020, en prensa.

3 P. CRUZ VILLALÓN, “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, *AFDUAM*, núm. 17, 2013, p. 503. El autor afirma que la aparición de este nuevo concepto se debió a la “evidente voluntad de contrapesar” las nociones de “Unión Europea” y “ciudadanía europea”, en particular de esta segunda.

4 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, 2017, p. 418.

Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional [...]”. La entrada en vigor de esta norma demostró la obligación asumida por la Unión de respetar los elementos fundamentales que caracterizan la identidad constitucional específica de cada Estados miembros⁵.

Aunque desborde los propósitos de este trabajo el intentar concretar el significado del concepto de identidad constitucional, será útil para una mejor comprensión del caso, al que se dedicarán las próximas páginas, dejar constancia de algunas de las características de esta categoría. Los elementos, probablemente, más significativos y que merece la pena evidenciar tienen que ver con la finalidad de la inclusión del art. 4.2 TUE, a saber, con las justificaciones y razones del empleo de esta categoría. En primer lugar, se trata claramente de un instrumento en las manos de los Estados miembros para mantener o reforzar su soberanía respecto de la primacía del Derecho de la Unión⁶. La necesaria integración europea encontraría así un límite en la preservación de los elementos esenciales de la estructura constitucional de cada país. No obstante, el deber prescrito en el art. 4.2 TUE debe conciliarse con la exigencia de homogeneidad en la aplicación del DUE y no puede ser utilizado por los Estados para “esquivar el cumplimiento del Derecho de la Unión”⁷.

La utilización por parte de los Estados miembros de la identidad constitucional estará conexas, por lo tanto, con la necesidad de que la Unión acepte una excepción puntual en la aplicación uniforme del DUE para permitir al país en cuestión proteger un elemento esencial de su tradición constitucional⁸. Como se acaba de mencio-

5 P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 506. Según el autor no habría sido necesario mencionar en el art. 4.2 TUE las “estructuras fundamentales políticas”, siendo suficiente el calificativo “constitucionales”.

6 Por esta razón, algunos comentaristas hacen coincidir la identidad constitucional con los contralímites; entre otros, puede verse D. GALLO, “Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga *Taricco*”, *dUE, Saggi e commenti*, núm. 2, 2017, pp. 262-264. Sobre la correspondencia entre identidad nacional y soberanía nacional, véase F. RUBIO LLORENTE, “Derechos Fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea”, *AFDUAM*, núm. 17, 2013, p. 253. La identidad constitucional o nacional se ha identificado también con el respeto del orden público: M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 423 y 445.

7 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 421.

8 En algunos casos puede tratarse de un principio general del Derecho, o de un elemento de la forma de Estado o de Gobierno; en otros de un derecho fundamental, por ejemplo. Sobre este último caso, consúltese, entre otros, A. TORRES PÉREZ, “Constitutional Identity and Fundamental Rights:

nar, sin embargo, invocar la identidad constitucional no entraña automáticamente que el Estado esté eximido de respetar el DUE, sino, antes bien, solo obliga al Tribunal de Luxemburgo a interpretar el contexto constitucional del Estado que alega la violación de su identidad constitucional, con el fin de valorar si efectivamente la aplicación del DUE conllevaría el sacrificio de un elemento esencial de las estructuras fundamentales políticas y constitucionales del país. El Tribunal de Justicia, de su lado, decidirá si la singularidad del Estado puede formar parte de la noción de identidad nacional⁹. En el caso en que el TJUE niegue que la peculiaridad constitucional en examen pueda considerarse parte de la identidad nacional, el Estado tendrá que acatar los contenidos de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y aplicar el Derecho de la Unión según su interpretación, inaplicando la normativa interna.

III. EL CASO *COMAN* RESUELTO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El caso objeto de análisis en estas páginas representa, efectivamente, un supuesto en el que, entre otros elementos, se invocaba la identidad nacional¹⁰ a la hora de solicitar la interpretación de una Directiva UE, de tal forma que la apli-

the intersection between articles 4(2) TEU and 53 Charter”, en A. SÁIZ ARNÁIZ y C. ALCOBERRO LIVINA, *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013, pp. 141-157.

Dos de los casos más conocidos y recientes son, sin lugar a dudas, el caso *Melloni* y el caso *Taricco*; en doctrina pueden consultarse, entre muchísimos otros, respectivamente: L. I. GORDILLO PÉREZ y A. TAPIA TRUEBA, “Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso *Melloni*”, *ReDCE*, núm. 22, 2014; G. DI FEDERICO, “Identità nazionale e controlimiti: l’inapplicabilità della ‘regola *Taricco*’ nell’ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all’art. 4, par. 2 TUE”, *federalismi.it*, núm. 4, 2019.

También la reciente jurisprudencia de la Corte constitucional italiana ha utilizado el criterio de la tradición constitucional e, indirectamente, el de la identidad constitucional, para justificar un cambio jurisprudencial muy importante en tema de doble prejudicialidad; sobre el particular, véase: S. ROMBOLI, “Un nuevo orden de prioridad en caso de violación simultánea de la Constitución y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: la ‘sugerencia’ de la *Corte costituzionale* a los jueces nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, mayo-agosto 2020, en prensa.

9 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 445, señala que dicha decisión “suele construirse de un modo un tanto apodíctico”, aunque más adelante (p. 447) afirme que el TJUE, cuando reconoce la identidad nacional, “suele dar una respuesta que ha de ser completa, con un amplio margen de actuación, por parte del juez nacional”. Para una reconstrucción más precisa de cómo se utiliza la identidad nacional o constitucional por parte de los Estados y del TJUE, véanse pp. 445-448 del mismo autor.

10 En particular, como se dejará de manifiesto, a través de la noción de motivos de interés general y de orden público; véanse las notas núm. 25 y 27 de este trabajo.

cación de esta no vulnerara los principios fundamentales de la estructura constitucional del país.

La respuesta del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18, *Coman*¹¹, es de particular interés por dos razones principales ya brevemente aludidas: en primer lugar, se trata de otra sentencia fruto del virtuoso diálogo entre Tribunales constitucionales nacionales y jurisdicción europea, útil para añadir y consolidar elementos claves para el estudio de las relaciones entre ordenamientos nacionales y el ordenamiento de la UE. De otro lado, la trascendencia de este caso reside en sus aportaciones para la evolución de la tutela antidiscriminatoria de las personas y parejas homosexuales, esto es, para la creación de un estándar común de protección del colectivo gay en el territorio de la Unión Europea. En razón de este segundo argumento, efectivamente, la prensa ha recibido y celebrado la decisión con entusiasmo¹², así como gran parte de la doctrina científica¹³.

11 Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne* (Rumanía); versión en español en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&doclang=ES#Footnote*.

12 Los titulares han hablado de “sentencia importante” (<https://www.ilpost.it/2018/06/06/corte-di-giustizia-matrimoni-gay/>), incluso “histórica” (<https://www.dosmanzanas.com/2018/06/sentencia-historica-del-tribunal-de-justicia-de-la-ue-los-estados-no-pueden-negar-la-residencia-a-un-conyuge-del-mismo-sexo-aunque-sea-nacional-de-un-tercer-estado.html>); y <https://www.openglobalrights.org/landmark-case-from-romania-expands-possibilities-for-lgbt-rights/?lang=Spanish> y también, fuera de España http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/ue-corte-di-giustizia-riconosce-matrimonio-tra-persone-stesso-sesso-962eee80-b049-46cb-8e61-03803c23158a.html?refresh_ce, y <http://www.masterlex.it/mondo/la-corte-ue-riconosce-sentenza-storica-le-nozze-gay/> (última consulta: 26 de mayo de 2020).

13 Pueden verse, por ejemplo: P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio de 2018, pp. 1-12; A. PERELLI, “Matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il caso *Coman*: un importante passo verso l’eguaglianza”, *Note e commenti – DPCE on line*, núm. 3, 2018, pp. 753-758.

Otros, sin embargo, se han expresado en un sentido distinto, optando por una lectura que limita el carácter innovador de las aportaciones de la sentencia *Coman*; algunos comentaristas, por ejemplo, utilizan expresiones completamente opuestas, como “pequeño paso”, para referirse a la doctrina *Coman* (M. BEURY, “The CJEU’s judgment in *Coman*: a small step for the recognition of same-sex couples underlying European divides over LGBT rights”, *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 24 de julio de 2018); véase, en este mismo sentido, M. RHIMES, “The ‘gay marriage case that never was: Three thoughts on *Coman*, Part 2”, *UK Human Rights Blog*, 6 de junio de 2018.

El caso, como se explicará a continuación, concierne al ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia dentro de la Unión Europea y su vinculación con la reagrupación familiar del extranjero (no perteneciente a la UE) o del cónyuge del mismo sexo (tampoco perteneciente a la UE). Se trata de temáticas bien conocidas por la doctrina científica¹⁴. La decisión *Coman* constituye, sin lugar a dudas, una decisión en línea con los avances jurisprudenciales en esta materia, tanto respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo¹⁵ como del de Estrasburgo¹⁶.

La sentencia del TJUE de 2018 sobre el caso *Coman* resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional rumano de conformidad con el art. 267 TFUE, con el fin de obtener la interpretación auténtica de algunos artículos de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁷.

La duda sobre la correcta interpretación del DUE trae origen de un caso que tiene como protagonistas, de un lado, dos hombres, el Sr. Coman (de nacio-

14 En orden decreciente del más específico al más genérico respecto del tema de este trabajo, véanse, por ejemplo, A. M. SCARAVILLI, “Diritti fondamentali dello straniero e libertà ‘economiche’ del cittadino nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ricongiungimento familiare”, *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna*, disponible en <https://www.unikore.it/index.php/it/edizione-15/scaravilli-diritti> (última consulta: 26 de mayo de 2020), núm. 15, julio-diciembre de 2019, pp. 1-23; M. SOTO MOYA, “Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, septiembre-diciembre, 2012, pp. 807-847; R. CIPPITANI, “Las relaciones familiares en el espacio jurídico europeo”, *Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet*, año I, núm. 2, 2013, pp. 79-99.

15 S. PENASA, “Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a ‘cerchi concentrici’ sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, Archivio saggi e commenti*, fascicolo núm. 3, 2018, p. 3.

16 En las notas siguientes se hará referencia a la jurisprudencia del TEDH sobre esta temática (véase nota núm. 19).

17 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Texto pertinente a efectos del EEE), que puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:02004L0038-20110616>.

nalidad rumana) y el Sr. Hamilton (de nacionalidad norteamericana) y, de otro, la Inspección General para el Inmigración rumana y el Ministerio del Interior rumano.

Los dos señores ahora mencionados son una pareja desde hace varios años (2002), vivieron juntos durante 4 años en los Estados Unidos, luego tuvieron que separarse por razones laborales (Coman encontró trabajo en Bélgica y Hamilton en los Estados Unidos). En ese período (precisamente en 2010) se casaron en Bélgica según la ley belga, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Cuando los compromisos de trabajo de Coman en Bélgica terminaron, él quiso regresar a Rumanía y solicitó un permiso de residencia por un período de más de 3 meses para Hamilton, como reagrupación familiar. Sin embargo, el mismo fue negado por las autoridades rumanas, pues en Rumanía el Código Civil¹⁸ prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo y ni siquiera reconoce los celebrados en el extranjero. No obstante, es importante resaltar que el apartado cuarto del artículo en cuestión establece que: “Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”.

Coman y Hamilton recurren la decisión de la administración rumana ante un Tribunal de primera instancia, al considerar que la actuación del poder público constituía una discriminación basada en la orientación sexual, en lo que respecta al ejercicio del derecho de libre circulación en la Unión. Asimismo, en el seno de este procedimiento, plantearon una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 277, párrafos 2 y 4, del Código Civil. En efecto, no reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero a las personas que quieran ejercer el derecho de residencia, constituiría, en opinión de los recurrentes, una violación de las disposiciones de la Constitución rumana que protegen el derecho a la vida íntima, familiar y privada, así como de las disposiciones relativo al principio de igualdad.

El Tribunal nacional planteó la cuestión ante el Tribunal Constitucional rumano sobre la regulación del Código civil citada. Sin embargo, el Constitucional afirmó que, para resolver la duda de constitucionalidad, tenía primero que aclarar

18 Artículo 277 del Código Civil rumano: “1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...]. 4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo”.

varias dudas sobre la interpretación de algunas nociones utilizadas por la Directiva 2004/38/CE, a la luz de los contenidos de la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) y de la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹.

Se plantearon, por tanto, cuatro preguntas distintas que tienen que ver principalmente con lo siguiente.

- 1) Cuál es el significado y cuál el alcance del término *cónyuge*.
- 2) En caso de que el TJUE contestara que en el término “*cónyuges*” debe de comprenderse también al *cónyuge* del mismo sexo de un ciudadano de la Unión Europea, proveniente de un Estado que no es miembro de la Unión Europea, con quien el ciudadano UE se haya casado legalmente (de acuerdo con la ley de un Estado miembro distinto del país de ciudadanía de este último), el Tribunal Constitucional rumano pregunta si los Estados miembros deben reconocer el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses también a esa tipología de *cónyuge*.
- 3) En caso de que el término *cónyuge* no incluya también el significado descrito anteriormente, el Alto Tribunal rumano pregunta si la persona extranjera casada con un ciudadano de la Unión en otro Estado miembro pueda encuadrarse entre “cualquier otro miembro de la familia” de conformidad con el artículo 3.2 a) de la Directiva 2004/38/CE o “pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada” en el sentido del artículo 3.2 b) de la misma Directiva. Y si esto obligaría al “Estado miembro de acogida a facilitar la entrada y la residencia del interesado, aun cuando dicho Estado no reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo ni contemple ninguna otra forma alternativa de reconocimiento jurídico, como la unión registrada”.
- 4) En caso de respuesta afirmativa, si esto conllevaría la obligación por el Estado en cuestión de conceder un permiso de residencia por períodos superiores a 3 meses al sujeto en cuestión²⁰.

19 En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya tenía una doctrina consolidada en materia de reagrupación familiar y parejas homosexuales. Véanse la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 2016, asunto *Pajic c. Croacia*, y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2016, asunto *Taddeucci y McCall c. Italia*. Sobre el particular, entre otros: S. ROMBOLI, “La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2020, en prensa.

20 Sentencia TJUE, *Coman*, apartado 17.

El Tribunal de Justicia evidencia que, de acuerdo con la doctrina consolidada²¹, la Directiva 2004/38/CE ha sido aprobada para “facilitar el ejercicio de un derecho primario e individual”, como es el derecho a moverse y residir libremente en todo el territorio de los Estados miembros de la UE que, como es notorio, está reconocido explícitamente por una fuente primaria de la Unión Europea, a saber, por un Tratado constitutivo (en particular, por el artículo 21.1 del TFUE).

La jurisprudencia reiterada del TJUE ha fijado que, aunque el art. 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE otorguen un derecho de circulación y de residencia en cualquier Estado de la UE a los ciudadanos de los países de la Unión y a sus familiares, no concede igualmente un derecho de residencia derivado a los familiares de los ciudadanos de la UE que tengan nacionalidad extranjera (no perteneciente a la UE) en los Estados miembros de los que provengan y tengan ciudadanía sus respectivos familiares. Dicho esto, el TJUE ha establecido también que podría reconocerse dicho derecho derivado a los extranjeros que sean familiares de un ciudadano de la Unión cuando este reconocimiento es necesario para garantizar la prosecución de la vida familiar que un ciudadano de la UE haya consolidado en ocasión de su residencia en un Estado miembro diferente del suyo. Todo esto porque, prosigue el Tribunal de Luxemburgo, para que el ciudadano de la UE pueda ejercitar libremente su derecho a la libre circulación y residencia *ex art. 21 TFUE* puede ser necesario reconocer el derecho de circulación y residencia derivado del mismo art. 21 TFUE al familiar; pues de lo contrario el ciudadano europeo podría no querer ejercer los derechos antes mencionados por verse imposibilitado en el ejercicio de su vida familiar empezada y consolidada en otro Estado miembro²². En este caso, reconoce el Tribunal, la vida familiar de los Sres. Coman y Hamilton se había consolidado en Bélgica, dado que se habían casado regularmente en ese Estado.

A continuación, el Tribunal responde a las preguntas, comenzando por las dos primeras, en relación con la interpretación correcta que debe darse al término *cónyuge* que aparece en la Directiva 2004/38/CE, en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 CDFUE. En particular, el problema reside en si este término incluye al *cónyuge* del mismo sexo (con nacionalidad de un Estado que no es miembro de la Unión Europea) de un ciudadano de la Unión Europea con el que éste se haya casado legalmente según la ley de un Estado miembro; y si de esto pueda colegirse,

21 En los apartados 18-25 de la Sentencia *Coman* se citan varias decisiones que han configurado dicha doctrina.

22 Sentencia TJUE, *Coman*, apartados 23 y 24; S. PENASA, *op. cit.*, p. 3, proporciona un resumen muy conciso y bien estructurado de esta doctrina.

según la respuesta, la obligación para Rumanía de conceder el permiso de residencia por periodos superiores a tres meses al señor Hamilton.

El Tribunal propone una interpretación de las cuestiones presentadas por el Tribunal Constitucional rumano a la luz de lo expuesto en las Observaciones preliminares y del caso específico. Esta circunstancia, en mi modesta opinión, demuestra la voluntad del Tribunal de Luxemburgo de no proporcionar una interpretación exclusivamente abstracta y objetiva del Derecho de la Unión, sino, antes bien, la de encontrar la lectura de la Directiva y del art. 21 TFUE que permita conciliar de la mejor manera posible los intereses contrapuestos en este asunto, a saber: la preservación de la identidad nacional o constitucional de un Estado de la Unión (Rumanía); la correcta y homogénea aplicación del DUE; y la protección de los derechos de los recurrentes, en primer lugar de su derecho *ex* art. 21 TFUE e, indirectamente y en segundo lugar, su derecho a no ser discriminados respecto de las parejas heterosexuales.

Las intervenciones del TJUE reforman completamente las dos preguntas, que pueden resumirse en una: si un ciudadano de la UE ejerce su derecho de circular y residir libremente en Europa y, mientras reside en un Estado de la Unión, establece una relación afectiva con una persona del mismo sexo no europea que se convierte en un vínculo familiar, matrimonial incluso, (dado que el Estado en el que se encuentran permite el matrimonio entre personas del mismo sexo), una vez que esa persona –el ciudadano europeo– quisiera continuar ejerciendo dos derechos fundamentales de la UE (circulación y vida familiar) y regresar a su país de origen, ¿puede verse obstaculizado en este ejercicio por la decisión del Estado miembro de origen de prohibir la residencia prolongada (más de 3 meses) a su esposo por la única razón de que el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido en ese territorio?

El Tribunal de Justicia es muy claro en su respuesta negativa. Aunque el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo no forme parte de los derechos garantizados por la CDFUE y los Tratados de la Unión, todos los Estados miembros se han comprometido al respeto del derecho a la libre circulación y residencia (y al respeto de la vida familiar). No puede permitirse que la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión se vea afectada por la posibilidad de que los Estados miembros concedan o denieguen la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano de la UE del mismo sexo en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo²³. Esto atentaría a la homogénea

23 P. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 6-7, remarca este elemento al declarar que: “Subyace

aplicación del DUE, pues el efectivo ejercicio de las libertades europeas variaría de un Estado miembro a otro²⁴.

Por todo lo dicho, si un Estado miembro niega el reconocimiento (al objeto de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un Estado no perteneciente a la UE) del matrimonio de este con un ciudadano de la Unión Europea del mismo sexo, nacional de ese Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado,

“puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, tal negativa tiene como consecuencia que dicho ciudadano de la Unión pueda verse privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge”²⁵.

El Tribunal de Justicia concluye su decisión afirmando que Rumanía tiene que otorgar un permiso de residencia por un período de más de 3 meses al cónyuge de uno de sus ciudadanos, ya que: 1. debe respetar el derecho a la libre circulación y la vida familiar de este ciudadano de la UE; 2. las parejas homosexuales son familias, tienen derecho al respeto de la vida familiar; 3. dentro del término cónyuge hay que incluir también a la pareja del mismo sexo legalmente casada en un Estado de la UE que reconozca el matrimonio igualitario.

IV. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS

Es oportuno, a este punto, reflexionar sobre algunos elementos de esta decisión que la convierten en un referente importante tanto desde el punto de vista del estudio del conocido fenómeno del diálogo entre tribunales y de las

en la Sentencia *Coman* la idea de reconocimiento de la ‘convivencia familiar’ desarrollada y consolidada en otro Estado que debe poder mantenerse con el traslado de residencia del ciudadano UE a otro Estado UE”.

24 Una situación semejante entraría en conflicto con la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia. El TJUE menciona, a este respecto, las reflexiones del Abogado General en el punto 73 de sus conclusiones, según las cuales, “habida cuenta del contexto y de las finalidades que persigue, las disposiciones de la Directiva 2004/38, aplicables por analogía en el presente asunto, no pueden interpretarse de manera restrictiva y no deben, en cualquier caso, ser privadas de su efecto útil (sentencias de 25 de julio de 2008, *C-127/08, Metock y otros*, EU:C:2008:449, apartado 84; y de 18 de diciembre de 2014, *C-202/13, McCarthy y otros*, EU:C:2014:2450, apartado 32)”, Sentencia *Coman*, apartado 39.

25 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 40.

relaciones entre ordenamientos nacionales y el Derecho de la Unión Europea, como respecto de la protección multinivel de los derechos fundamentales, en particular respecto de la posibilidad de imponer, por parte de la Unión, un estándar homogéneo y uniforme de tutela antidiscriminatoria a las personas y parejas homosexuales.

El primer aspecto a destacar tiene que ver con la lectura del concepto de identidad nacional, alegada (a través de la noción de motivos de interés general) por algunos Gobiernos de Estados miembros que presentaron observaciones para justificar la imposibilidad de aplicar una Directiva UE que entrara en conflicto con el Derecho nacional rumano. En efecto, según la doctrina reiterada del TJUE,

“una restricción a la libre circulación de las personas que, como en el asunto principal, es independiente de la nacionalidad de los sujetos afectados puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas de interés general y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional [...]. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que una medida es proporcionada cuando, siendo adecuada para la realización del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo”²⁶.

Como respuesta, el Tribunal de Luxemburgo declara que un Estado miembro no puede invocar su propia legislación nacional para oponerse al reconocimiento en su territorio del matrimonio contraído legalmente en un Estado de la Unión entre un ciudadano de la Unión y un ciudadano de un Estado no perteneciente a la UE, cuando el reconocimiento del matrimonio solo es funcional a la petición de un permiso de residencia²⁷. Ni tampoco invocar, en este supuesto, que la denegación del permiso tiene como finalidad la protección de la identidad nacional y del orden público, pues estos solo pueden invocarse en caso de una amenaza real y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad²⁸.

De esta forma, el Tribunal de Justicia tiene la ocasión para confirmar que la identidad nacional no es una categoría que puede ser invocada por los Estados miembros para legitimar y justificar, en cualquier caso, la necesidad de la exclusión

26 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 41.

27 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 36.

28 Sentencia TJUE *Coman*, apartados 42-46.

de la aplicación uniforme del DUE²⁹, advirtiendo implícitamente que su control sobre el uso abusivo de este criterio será riguroso³⁰.

El Tribunal sigue su argumentación precisando que lo dicho no significa, claramente, que la Unión sea competente en materia de matrimonio. Por supuesto, advierte el TJUE, que lo que concierne al estado civil sigue siendo un ámbito reservado a los Estados miembros. Ellos son quienes deciden quién puede acceder al matrimonio y con qué condiciones. Pese a ello, continúa el Tribunal de Luxemburgo, los Estados (como prescribe la jurisprudencia consolidada) están obligados a respetar el Derecho de la UE y, por tanto, en el ejercicio de la competencia mencionada (permiso de residencia, libre circulación etc.), Rumanía debe respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad reconocida a todos los ciudadanos de la Unión para circular y residir en el territorio de los Estados miembros³¹.

En última instancia, con respecto a la lectura auténtica del término *cónyuge*, el Tribunal declara que los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el caso en cuestión el art. 7 CDFUE (respeto de la vida privada y familiar), serán interpretados de acuerdo con las afirmaciones relativas al contenido y alcance del derecho análogo reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8 CEDH) según la interpretación proporcionada por su máximo intérprete, el TEDH: para el

29 Sobre estas afirmaciones, pero en términos generales, véase, por ejemplo: M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 444-445.

Resulta, cuando menos, singular que Rumanía invoque la identidad nacional para limitar el ejercicio de los derechos de uno de sus ciudadanos. De este parecer, también, D. SARMIENTO, “The Legal Acrobatics of Fundamental Rights – Coman and Gay Marriage as a Case Study”, *Despite our Differences*, 6 de junio de 2018 (disponible en: despiteourdifferencesblog.wordpress.com): “It is (at least to my knowledge) the first time it happens in a context in which the Member State invokes national identity against its own nationals. An awkward situation indeed: my citizens are upending the identity of the nation by means of EU law”.

30 También P. FARAGUNA, “L’amore vince (e l’identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2018, pp. 714-715, afirma que “le identità costituzionali nazionali sono contenute nel diritto dell’Unione in virtù dell’art. 4(2) TUE, e possono fondare restrizioni alle libertà garantite dai Trattati. Eppure, gli effetti di queste restrizioni non possono mai condurre a una violazione dei diritti garantiti dalla Carta, nell’estensione definita anche con l’ausilio della giurisprudenza di Strasburgo. I diritti fondamentali del sistema sovranazionale si ergono perciò a nucleo ancor più duro del nucleo duro degli ordinamenti costituzionali nazionali. La sentenza pare in tal modo fissare degli argini importanti rispetto a possibili abusi dell’identità nazionale”.

31 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 38.

Tribunal de Estrasburgo las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho a la vida privada y familiar que las parejas heterosexuales³². Además, ya en un apartado anterior de la Sentencia, el TJUE había afirmado que “debe recordarse ante todo que el concepto de ‘cónyuge’ en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate”³³. Es, a todas luces, una declaración que tiene una fuerza ineludible en la lucha para la realización y el respeto del principio de igualdad y no discriminación en Europa entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales, en este caso ambas casadas en cualquiera de los Estados miembros de la Unión cuyas legislaciones permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

El elemento que se acaba de evidenciar revela también un punto débil de la decisión objeto de análisis: el Tribunal de Luxemburgo recuerda que los efectos de la Directiva 2004/38/CE no son los mismos cuando el familiar del ciudadano de la UE es el cónyuge o la pareja. En este segundo caso, el margen de apreciación estatal relativo a la reagrupación familiar puede ser mayor, pues

“mientras que, para determinar la cualidad de ‘miembro de la familia’ de una pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado miembro, el artículo 2, punto 2, letra b), de la Directiva 2004/38 remite a las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro al que ese ciudadano pretende desplazarse o en el que pretende residir, el artículo 2, punto 2, letra a), de esta Directiva, aplicable por analogía en el presente asunto, no recoge, en cambio,

32 “[D]e la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de ‘vida privada’ y en el de ‘vida familiar’ del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (TEDH, sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, § 73; y TEDH, sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, § 143)”, Sentencia TJUE *Coman*, apartado 50.

33 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 35. Por esta razón, tanto la prensa como la doctrina científica han evidenciado que la Sentencia *Coman* representa un punto de inflexión importante para el reconocimiento *gender neutral* del término cónyuge en Europa. Véanse, entre los segundos, por ejemplo: S. PENASA, *op. cit.*, pp. 8-10; A. M. SCARAVILLI, *op. cit.*, pp. 22-23. En la prensa pueden consultarse los siguientes enlaces: <https://www.asgi.it/cittadini-unione-europea/soggiorno-unione-europea-coppie-omosessuali/>; <http://www.gaynews.it/2018/06/05/sentenza-coman-corte-giustizia-unione-europea-sposi-omosessuali-trattamento-coniugale-paesi-ue-same-sex-marriage/> (última consulta: 26 de mayo de 2020).

tal remisión por lo que respecta al concepto de ‘cónyuge’, en el sentido de la referida Directiva”³⁴.

Estas afirmaciones constituyen una prueba más de la importancia, e incluso de la urgencia, de extender el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, puesto que se demuestra que sigue habiendo diferencias de estatus jurídico entre parejas no casadas y parejas casadas, ya que muchos Estados no consienten el matrimonio entre personas del mismo sexo, negando la posibilidad a las personas homosexuales de acceder a dicho estatus jurídico³⁵.

Por esta misma razón, parece más que legítimo preguntarse si la sentencia *Coman* realmente representa un paso adelante para la extensión de los derechos fundamentales a las parejas homosexuales o si, por otro lado, la intención del Tribunal de Justicia sería la de proteger el estatus propio del vínculo matrimonial³⁶. Sea como fuere interpretado el propósito del TJUE, el efecto real ha sido el de impulsar a la Unión Europea hacia un reconocimiento cada vez mayor de la igualdad entre personas y parejas de distintas orientaciones sexuales³⁷.

Como se ha aludido, el Tribunal de Justicia establece finalmente que Rumanía tiene que otorgar un permiso de residencia por un período de más de 3 meses a Hamilton, cónyuge de Coman y ciudadano de la Unión, para garantizar su ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en la UE y su vida familiar. Sin embargo, el

34 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 36.

35 Como ya afirmé, no puede ignorarse que las parejas heterosexuales no casadas eligen mantener ese estatus, esto es, no quieren casarse. Sin embargo, los homosexuales no pueden casarse y, por ende, tienen prohibido acceder a ese estatus. Esto, en mi opinión, constituye una discriminación, en cuanto el interés legítimo a la base del trato diferenciado, la protección de un instituto jurídico de origen tradicional como el matrimonio, no justifica una limitación semejante de los derechos de determinadas personas en razón de su orientación sexual; véase: S. ROMBOLI, “La protección de las parejas homosexuales...” *cit.*, en prensa.

36 A. H. NEIDHARDT, “The *Coman* case: Extending Free Movement Rights to Same Sex Couples or Protecting Marital Status?”, disponible en <https://me.eui.eu/alberto-horst-neidhardt/blog/the-coman-case-enhancing-free-movement-rights-for-same-sex-couples-or-protecting-the-status-of-marriage/> (última consulta: 26 de mayo de 2020).

37 De este mismo parecer, aunque fundándose en razonamientos diferentes: A. PERELLI, *op. cit.*, pp. 753-758; A. RIVAS VAÑÓ, “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las sentencias Taddeucci y Coman”, *Lex Social - Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm 1, 2019, pp. 136-161; A. SPERTI, “Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza”, *Studium Iuris*, núm. 10, 2018, pp. 1155-1164.

Tribunal de Justicia remarca que “la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado” es funcional únicamente a la concesión de “un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado”³⁸. Aunque algunos comentaristas consideren que estas afirmaciones del TJUE limitan de manera significativa los efectos positivos de la decisión para el avance en la tutela de los derechos de las personas LGTBI, son evidentes las potencialidades expansivas de estas afirmaciones jurisprudenciales. Como es notorio, también la protección de las personas homosexuales en el ámbito del Consejo de Europa se ha logrado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de una forma paulatina, avanzando en la construcción de un estándar común de protección, caso tras caso, añadiendo con cada sentencia una pieza más para su realización.

Con la sentencia *Coman* el Tribunal de Justicia reduce y acota aún más el margen de apreciación de los Estados en materia de igualdad entre las personas que ejercen su derecho a la vida familiar, ya sean hetero u homosexuales, hasta no permitir que un Estado de la Unión ignore el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado de la Unión³⁹. La Unión Europea, a través del máximo intérprete de su Derecho, no impone el matrimonio igualitario, pero obliga al reconocimiento de aquellos matrimonios entre personas del mismo sexo que se hayan celebrado en uno de los Estados miembros, si este reconocimiento es necesario para que los ciudadanos de la Unión puedan ejercer libremente los derechos reconocidos en los Tratados de la Unión Europea o en la CDFUE. Asimismo, reconocer la libre circulación y residencia del cónyuge homosexual permitirá también la “adquisición de unos cuantos beneficios que descienden [de estos derechos], directos a equiparar al ciudadano de un Estado tercero a los ciudadanos nacionales”⁴⁰.

Por todo lo dicho, comparto plenamente las posturas de los que han recibido con entusiasmo⁴¹ esta nueva ocasión de diálogo entre una Corte constitucional

38 Sentencia TJUE *Coman*, apartado 45.

39 Sin olvidar que el TJUE, en numerosas ocasiones a lo largo de la Sentencia *Coman*, remarca que la obligación del reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado legítimamente por un ciudadano de la UE en un Estado de la Unión tiene que considerarse “al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado”.

40 F. BATTAGLIA, “La definizione di ‘coniuge’ ai sensi della direttiva 38/2004: il caso *Coman* e *Hamilton*”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 218.

41 Muy evocadora la metáfora utilizada por S. PENASA, *op. cit.*, p. 2: “Utilizzando un’immagine architettonica, si potrebbe affermare che la Corte di giustizia con la sentenza in commento non abbia modificato la natura dei parametri statici della propria giurisprudenza in materia, ma

nacional y el Tribunal de Justicia y han evidenciado la capacidad expansiva de sus efectos positivos⁴². En efecto, la doctrina *Coman* ha conseguido avances trascendentes por lo que concierne, de un lado, a la configuración de nociones fundamentales para las relaciones entre la UE y los Estados miembros como la de interés nacional y, de otro, a la aportación de una nueva pieza esencial en la lucha frente a la discriminación del colectivo gay.

Resumen

El presente trabajo de investigación pretende analizar un caso específico de “diálogo entre Tribunales”: el caso Coman entre el Tribunal constitucional rumano y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este asunto concreto permite razonar sobre dos problemáticas especialmente interesantes. De un lado, el caso Coman proporciona nuevas claves de lectura del criterio de la “identidad nacional” reconocido en los Tratados UE. De otro, a través de la defensa de algunas de las libertades “clásicas” de la Unión (la libre circulación y residencia de los ciudadanos UE y de sus familiares) el TJUE ha añadido una pieza fundamental para la creación y consolidación del estatus jurídico de las parejas homosexuales en Europa, esto es, para su plena identificación y equiparación con el estatus jurídico de las parejas heterosexuales, con la finalidad de obtener el respeto real y efectivo del principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual.

Palabras clave

Diálogo entre tribunales, cuestión prejudicial, libre circulación y residencia en la Unión Europea, protección frente a la discriminación por orientación sexual, efectos del matrimonio homosexual en Europa.

ne abbia piuttosto rafforzato la tenuta, ampliandone l'ambito di applicazione e rendendone la struttura potenzialmente aperta a eventuali futuri innesti”. En este caso, evidentemente, el TJUE ha ampliado el ámbito de aplicación a las familias homosexuales, ayudando a la construcción de un estándar de protección de estas que de verdad equipare el estatus jurídico de las personas homosexuales a aquellas heterosexuales, para el acatamiento real del principio de igualdad y no discriminación.

42 Por ejemplo, S. PENASA, *op. cit.*, p. 17, afirma que “In una prospettiva volta a valorizzare in modo pieno ciò che è stata definita una concezione espansiva di tale percorso argomentativo, in dottrina la sentenza è stata definita quale ‘huge step forward in federalizing the EU constitutional space’, in quanto destinata a trascendere il limitato ambito della circolazione per estendersi verso orizzonti federali”. De opinión opuesta P. FARAGUNA, *op. cit.*, p. 715, que considera que: “nel caso della Corte di giustizia non può parlarsi di ‘federalizzazione’ del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma soltanto dell’obbligo di riconoscere il matrimonio validamente contratto in uno Stato membro [...], ai limitati fini di garantire l’esercizio della libertà di circolazione”.

Abstract

This research work aims to analyse a specific case of “dialogue between Courts”: the Coman case between the Romanian Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union. This specific matter allows us to reflect about two particularly interesting problems. On the one hand, the Coman case provides new keys for reading the criterion of “national identity” recognized in the EU Treaties. On the other, through the defence of some of the “classic” freedoms of the Union (right to move and reside freely within the territory of the European Union of EU citizens and their families) the CJEU has added a fundamental piece for the creation and consolidation of the legal status of homosexual couples in Europe, that is, for their full identification with the legal status of heterosexual couples, in order to obtain real and effective respect for the principle of equality and non-discrimination based on sexual orientation.

Keywords

Dialogue between courts, preliminary ruling, right to move and reside freely within the territory of the European Union, protection against discrimination based on sexual orientation, effects of gay marriage in Europe.

Recibido: 29 de mayo de 2020

Aceptado: 10 de junio de 2020



Artículos



INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y POPULISMO*

Constitutional interpretation and populism

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional

Catedrático Jean Monnet ad personam

SUMARIO:

- I. Populismo e interpretación constitucional.
- II. Las paradojas del populismo.
- III. La metáfora del espejo en la construcción del espacio público y en la interpretación constitucional.
- IV. La interpretación de la constitución de los movimientos populistas y nacionalistas.
- V. La interpretación de la constitución normativa. El relativismo crítico de Kelsen y la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales de Häberle.
- VI. Los preconceptos y la ruptura de las coordenadas espaciales y temporales de la constitución en la interpretación “constitucional” del populismo.
- VII. La crisis sanitaria y la interpretación constitucional.
- VIII. Conclusiones.

I. POPULISMO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La relación entre populismo e interpretación constitucional tiene diversas vertientes que deben ser analizadas antes de valorar la incidencia del populismo en la interpretación específica de la constitución que puede realizar la jurisdicción constitucional. En realidad, una de las funciones esenciales de la jurisdicción constitucional consiste justamente en controlar los efectos que puedan desarrollar los movimientos populistas¹, especialmente cuando configuran mayorías con programas de

* Este texto tiene su origen en el trabajo “Constitutional Interpretation and Populism. The case of Spain” preparado para el libro colectivo coordinado por Sente Zoltán y Gárdos-Orosz Fruzsina en el marco del *IACL Research Group on Constitutional Interpretation*. Del texto en inglés se ha suprimido la parte relativa a España y se ha desarrollado la parte teórica inicial.

¹ *Cfr.* a este respecto David Prendergast, “The judicial role in protecting democracy from populism”, *German Law Journal* (2019), 20, pp. 245-262 doi:10.1017/glj.2019.15. *Cfr.* igualmente, Gilmar Ferreira Mendes, “Jurisdicción constitucional, democracia en crisis y efectividad de los dere-

gobierno que resultan contrarios a la constitución, con tendencias a limitar los derechos de las minorías y de la oposición o a cerrar el proceso político dificultando la alternancia en el poder. Desde esa perspectiva, bien podría decirse que populismo e interpretación constitucional son dos términos básicamente incompatibles, especialmente en el nivel de la jurisdicción constitucional. Como bien dice Angelo Schillaci, existe una “tensión estructural” entre populismo y constitucionalismo democrático².

Naturalmente, la definición de lo que se considera populismo y también de lo que se entiende por constitución e interpretación constitucional son factores previos que pueden determinar respuestas diferentes a la de esa incompatibilidad radical. Por lo que se refiere a los populismos, existe una amplia variedad de movimientos de muy diversa naturaleza cuya caracterización no es fácil, aunque haya habido intentos notables de hacerlo desde la ciencia política, la sociología o el derecho constitucional³. No son iguales los populismos de izquierda que los de derecha, los nacional populismos o los que tienen una inspiración religiosa, los que tienen un componente étnico o los que ni siquiera tienen una línea ideológica muy precisa más allá del cuestionamiento de la clase política tradicional o las apelaciones al pueblo y a la democracia plebiscitaria⁴.

chos fundamentales en Brasil” en P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. Sarlet, C. Strapazzon y A. Aguilar (Coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Thomson, Madrid, 2020.

2 “Il populismo, infatti, declina le forme democratiche nel senso di perpetuare e agire l’immagine del popolo come unità presupposta e culturalmente omogenea, così escludendo ogni possibilità di solidarietà verso il diverso e solo a fatica mascherando, almeno nelle esperienze contemporanee, la sostanza autoritaria delle proprie posizioni. Al contrario, il costituzionalismo contemporaneo ci invita a considerare che la democrazia ha senso se formale e materiale insieme, se intesa cioè come ‘conseguenza organizzativa’ della dignità umana (Peter Häberle) e dunque come forma politica rivolta anzitutto alla garanzia ma anche alla piena effettività dei diritti, delle libertà fondamentali e della pari dignità sociale”. Cfr. Angelo Schillaci, “Dalla crisi economica alla crisi democratica: la sfida populista alla solidarietà e l’identità europea”, *Federalismi.it*, n. 13/2020. Número monográfico, *Los efectos de la crisis financiera sobre las instituciones nacionales: gobiernos, parlamentos y tribunales*, a cura di Sabrina Ragone.

3 Cfr. Pierre Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique* (French Edition) Éditions Le Seuil, Janvier 2020, Edición de Kindle. Cfr. Igualmente, Mark Tushnet, “Varieties of populism”, *German Law Journal* (2019), 20, pp. 382-389 doi:10.1017/glj.2019.27, Isaiah Berlin “To Define Populism” en *The Isaiah Berlin Virtual Library* y Gábor Halmay, “Populism, authoritarianism and constitutionalism”, *German Law Journal* (2019), 20, pp. 296-313 doi:10.1017/glj.2019.23.

4 Las distinciones pueden ser muy variadas. Como indica Isaiah Berlin, no resulta muy útil centrarse en un modelo de populismo perfecto que al final puede haber durado solamente seis meses o haberse producido solamente en un lugar concreto. Cfr. I. Berlin, “To Define Populism” cit., p. 6.

El análisis que se va a realizar aquí intenta ser esencialmente constitucional y parte de unas líneas teóricas que nos permitirán señalar los problemas que plantea el populismo, en sus rasgos esenciales, en relación con el Estado constitucional de Derecho y las constituciones normativas, que son los modelos constitucionales que se implantaron en Europa a partir del final de la segunda guerra mundial con las nuevas constituciones italiana de 1948 y alemana de 1949, a las que siguieron otros países europeos en distintos momentos posteriores, entre ellos España en 1978. Este análisis es coherente con la idea de medir el populismo en relación con un modelo constitucional concreto y, por tanto, con no diluir el análisis en una perspectiva generalista en la que bajo los nombres de “constitución” o de “constitucional” puedan tener cabida hasta los regímenes populistas. Esa perspectiva desnaturaliza el sentido histórico de la constitución en el cuadro del constitucionalismo moderno y el propio análisis científico, para terminar legitimando una acción política profundamente antidemocrática, aunque se revista con el ropaje de una “democracia” basada en la apelación directa al pueblo⁵, a la nación o a una identidad constitucional configurada, paradójicamente, por elementos extraconstitucionales⁶.

El modelo de las constituciones normativas no es, ciertamente, ni el mejor de los posibles ni el único que puede considerar a sus normas fundamentales como “constitución”, porque cada modelo constitucional tiene que corresponderse con las necesidades constitucionales de la sociedad y no todas las sociedades tienen que seguir el mismo. Pero es el que más se ajusta a las condiciones de una sociedad plural en la que la constitución cumple las funciones esenciales del constitucionalismo: la garantía de los derechos, el control del poder y la resolución de los conflictos sociales a través del derecho constitucional. Es un modelo que se corresponde también, en sus rasgos generales, con la lógica del constitucionalismo norteamericano, si bien con una ordenación diferente del sistema de equilibrios de poder, pero situando a la constitución normativa y a la jurisdicción constitucional (también de diferente configuración en Europa que en Estados Unidos) en el centro de la articulación de

5 Sobre la cual, como indica Antonio D’Atena, hay límites inevitables derivados del constitucionalismo, que deben tenerse en cuenta, por ejemplo, en lo que se refiere al instituto de la responsabilidad política, que exige necesariamente la diferenciación entre quien responde y quien reclama la responsabilidad, lo que presupone la existencia de instituciones representativas. *Cfr.* Antonio D’Atena, “Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’era digitale”, *Rivista AIC*, n. 2/2019, 18/6/2019, p. 589. *Cfr.* igualmente, Antonio D’Atena, “La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet”, *ReDCE*, n. 30, julio-diciembre de 2018. Disponible en Internet en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/01_DATENA.htm.

6 *Cfr.* Gábor Halmai, “Populism, authoritarianism and constitutionalism”, cit., pp. 306 y ss.

los conflictos sociales de naturaleza constitucional. Es, por último, el modelo que ha inspirado el todavía incipiente Derecho constitucional de la Unión Europea y el que puede considerarse patrimonio constitucional europeo, sirviendo de parámetro y de medida igualmente para evaluar las posibles involuciones constitucionales dentro de la Unión Europea.

El hecho de que el populismo haya penetrado en la interpretación constitucional de algunas jurisdicciones constitucionales, como consecuencia de la situación de involución democrática de algunos países gobernados por movimientos populistas o nacional populistas, no debe ser obstáculo para señalar la radical incompatibilidad entre esa interpretación constitucional y el modelo del Estado constitucional vigente en Europa. Y eso es lo que vamos a hacer aquí, indicando los motivos de esa incompatibilidad desde una perspectiva constitucional.

En muchos países que siguen el modelo de las constituciones normativas (como es el caso de España) la jurisdicción constitucional tiene una configuración técnica muy elevada, lo que la convierte en relativamente impermeable a nuevas dimensiones de la interpretación constitucional que puedan derivarse de la implantación de movimientos populistas. Eso no significa que la jurisprudencia constitucional sea, en sí misma, técnicamente intachable ni que no esté sometida a tensiones políticas, a influencias partidistas e incluso a condicionantes derivados de una opinión pública especialmente sensible, en determinados ámbitos⁷.

Hay algunos motivos por los que la ola del populismo puede llegar más tarde a las instancias jurisdiccionales, si es que lo hace, que a otras instituciones del Estado o al centro del debate político y social. En efecto, hay una serie de antagonismos básicos entre el sistema de la jurisdicción constitucional y los movimientos populistas que podría explicarse en relación con las siguientes dicotomías: racionalidad v. emocionalidad; razón jurídica v. voluntad política; democracia constitucional v. democracia mayoritaria; democracia pluralista v. democracia plebiscitaria; constitución v. soberanía popular o nacional. Algunas de estas variables (como la democracia mayoritaria o la soberanía popular o nacional) no son totalmente incompatibles con la constitución normativa, como veremos, sino sólo parcialmente con algunas de sus coordenadas temporales y espaciales. Por ejemplo, la democracia mayoritaria no es

7 Sobre esta cuestión, me remito al estudio que realicé en su momento sobre la jurisprudencia constitucional en España. Cf. Francisco Balaguer Callejón, "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 Szente, Fruzsina Gárdos-Orosz, Routledge, London and New York, 2018, pp. 164-184.

aceptable en el momento constituyente, donde se exige un consenso fundamental, mientras que la soberanía nacional o popular no tiene cabida bajo el orden constitucional, en el que todos los poderes deben someterse a la Constitución.

Todas estas vertientes pueden dificultar la impregnación de posiciones populistas en el nivel jurisdiccional de la interpretación constitucional. Sin embargo, en sentido contrario, habría que señalar que esas posiciones están ocupando cada vez más espacio en el debate público, de manera que puede haber una creciente influencia “difusa” del populismo en la interpretación constitucional, que finalmente termine afectando a la jurisdicción constitucional en aquéllos países en los que todavía no lo ha hecho. Esa afectación puede estar propiciada precisamente por el relevante papel público que la jurisdicción ha adquirido lo que, como bien indica Fausto Vecchio, la sitúa en el centro del debate en muchas ocasiones⁸.

Esa afectación difusa de la interpretación constitucional no necesariamente tiene que ver con contenidos concretos o incluso con técnicas de interpretación, sino que puede estar relacionada con pautas culturales y nuevos paradigmas que se están implantando en nuestras sociedades a través de las redes sociales y de las aplicaciones desarrolladas por compañías tecnológicas⁹. En particular, hay algunas tendencias que podrían señalarse: 1. La fragmentación y la radicalización del espacio público, que dificultan la función constitucional de ordenación global de la sociedad y la articulación de consensos fundamentales. 2. Una nueva percepción del tiempo en la que se exigen respuestas inmediatas a los problemas políticos y constitucionales, difi-

8 “la nueva función social del poder judicial ha determinado las condiciones teóricas para una responsabilidad inédita: si los jueces ya no son meras bocas de la ley y tienen un papel activo en la configuración del ordenamiento, al menos desde el plano lógico, estos de alguna manera se hacen responsables de las contradicciones y del mal funcionamiento del sistema”. Fausto Vecchio, “El Estado constitucional en peligro”, en P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. Sarlet, C. Strapazzon y A. Aguilar (Coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Thomson, Madrid, 2020.

9 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, en *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018. *Anticipazioni Convegno: Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*:

http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf. Versión italiana: “Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo”, in *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, a cura di F. Lanchester, CEDAM, 2019, pp. 59-82. Versión portuguesa: “As duas grandes crises do constitucionalismo diante da globalização no século XXI”, *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 19 (3), 2018, pp. 681-702. <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/20205>.

cultando la programación en el tiempo propia de las constituciones. 3. La dificultad para establecer una garantía efectiva de los derechos constitucionales frente a las compañías tecnológicas y sus aplicaciones de internet. 4. La configuración de la verdad en el espacio público, que actualmente se ve condicionada por fenómenos tales como las fake news y la posverdad, que encuentran en las redes sociales un ámbito especialmente favorable para su propagación. 5. La intervención de agentes globales y de grupos externos en el debate público interno a través de las redes sociales, lo que puede distorsionar la interpretación constitucional interna en función de intereses externos. Naturalmente, esto último no tiene nada que ver con las instancias supranacionales de control, como los tribunales supranacionales, que realizan una labor jurídica que enriquece la interpretación constitucional de los órganos jurisdiccionales internos y que tampoco se pueden considerar “externos”, porque forman parte del Derecho Constitucional Europeo en sentido amplio¹⁰.

Como podemos ver, estamos ante una dialéctica en la que operan fuerzas opuestas que generan una tensión en torno a la relación entre interpretación constitucional y populismo. Algunas de esas fuerzas actúan en sentido contrario a la penetración del populismo en la interpretación constitucional, esencialmente en el nivel jurisdiccional. Otras, por el contrario, actúan a favor de esa penetración, aunque todavía de una manera difusa en muchos países, pero generando ya pautas culturales y nuevos paradigmas que están afectando a la interpretación constitucional en otros niveles.

En este trabajo abordaremos también la cuestión de la incidencia que la crisis sanitaria puede tener sobre la temática que estamos tratando. No se trata de una cuestión menor y no sólo porque la crisis sanitaria, la crisis económica que ha generado y la configuración de los procesos de comunicación social y política por las grandes compañías tecnológicas, pueden impulsar notablemente a los movimientos populistas¹¹.

Además de este efecto previsible, la crisis sanitaria en sí misma conlleva una específica interpretación constitucional que tiene que ver con la situación excepcional que estamos viviendo en la que derechos tales como la vida, la salud y la integridad física deben ser preservados. Los populistas en los gobiernos o en la oposición tienden a cuestionar las medidas de distanciamiento social y a plantear opciones más favorables al mantenimiento de la actividad económica que a la preservación de la vida y la salud de las personas. Esta es una cuestión que merece ser analizada porque

10 Cfr. P. Häberle, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, 1991.

11 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale”, en *Scritti in onore di Paolo Ridola*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, Roma, 2020.

evidencia la incompatibilidad del populismo no solo con los procedimientos, sino también con los principios y valores constitucionales. Además, muestra el vacío del concepto de pueblo o de nación en el que se basan los movimientos populistas en los que, como indica Angelo Schillaci, está ausente la idea de solidaridad y la construcción de la propia unidad del pueblo a partir de la pluralidad¹². La nación o el pueblo de los populistas se articula, en realidad, como un comodín que sirve para postular cualquier posición política que pueda interesar coyunturalmente a esos movimientos, no como una comunidad real unida por lazos de solidaridad.

II. LAS PARADOJAS DEL POPULISMO

Más allá de sus diferencias hay elementos comunes que definen a las tendencias populistas y, sobre todo, a las nacional populistas. La más peculiar es el hecho de que recurren a fuentes de legitimación “democrática” e incluso “constitucional” para su acción política y llegan a definirse a sí mismas como más democráticas que los partidos tradicionales e incluso que las instituciones representativas y de garantía de la democracia, como son los tribunales constitucionales. Esa tendencia tiene una explicación histórica: el Estado constitucional de Derecho surge del fracaso del Estado legal de Derecho, mediante una reinterpretación de los conceptos esenciales de este último. Desde la soberanía popular o nacional, pasando por la reserva de ley, la normatividad de la constitución, la jurisdicción constitucional, el propio concepto de ley, son todos conceptos que serán reinterpretados y adaptados a la lógica de un sistema parcialmente diferente, basado en la democracia pluralista y constitucional y en la normatividad de la constitución. A esa reinterpretación hay que añadir la que se deriva del contexto de la integración supranacional y la globalización, que afectan profundamente a las funciones tradicionales del Estado nacional y que obligan a una nueva adaptación de los conceptos esenciales del Estado constitucional de Derecho, desde el concepto de ley a la soberanía popular, pasando por la jurisdicción constitucional.

12 Como indica Angelo Schillaci, “il referente critico alla luce del quale valutare le sfide poste dai populismi alla democrazia costituzionale non è soltanto la libertà politica dei singoli, ma anche e soprattutto la tenuta della solidarietà tra di essi, indipendentemente dalla parte politica o dalla comunità culturale cui appartengano: ciò perché l’unità politica del popolo si costruisce a partire dalla pluralità, che non può essere obliterata ma anzi viene valorizzata nel quadro di una ‘formula di convivenza’ (Aldo Moro) aperta allo sviluppo storico e culturale”, Angelo Schillaci, “Un anno vissuto pericolosamente: l’Italia e il ‘populismo di governo’”, en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dirs.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

Se trata de dos etapas históricas de desarrollo del constitucionalismo que nos sitúan en un contexto muy diferente del existente hace cien años, bajo el Estado legal de Derecho. Lo que pretende el populismo es volver a los conceptos originarios del Estado legal de Derecho y del Estado nacional saltándose estas dos etapas de desarrollo histórico como si no hubieran existido. Su apelación a la soberanía popular o nacional o a la democracia directa no es otra cosa que un intento de situarse dentro del marco constitucional para legitimar sus propuestas políticas, a la vez que desnaturalizan y corrompen ese marco constitucional rompiendo sus coordenadas espaciales y temporales y su vinculación con el contexto histórico. El “retorno al pasado” del populismo no se limita a obviar los desarrollos propios del Estado constitucional de Derecho a partir de los años cincuenta del pasado siglo, sino que se completa con su rechazo a las otras dos grandes variables que han cambiado en el constitucionalismo respecto del Estado legal de Derecho de hace cien años: la globalización y, en el caso de los Estados europeos, la integración supranacional europea. Así pues, los populistas luchan en tres frentes simultáneamente: 1. contra la constitución normativa, pretendiendo alterar su significado histórico mediante una interpretación constitucional involutiva, 2. contra la globalización, con una retórica ultranacionalista que pretende reforzar al Estado y limitar los efectos internos de la globalización y 3. contra la Unión Europea, de nuevo mediante esa retórica ultranacionalista centrada en los intereses nacionales.

Esos tres frentes de lucha coinciden plenamente con los anticuerpos que se han desarrollado históricamente contra el fascismo y los regímenes totalitarios y que tienen que ver con la normatividad de la constitución, con el proceso de integración supranacional europeo (que es el más avanzado a nivel global) y con la propia debilidad del Estado derivada de la globalización¹³. Sin embargo, la agresividad del populismo frente a esos anticuerpos es esencialmente retórica y eso es lo que confunde extraordinariamente a los investigadores cuando analizan los fenómenos populistas. En efecto, el populismo es una amenaza contra la constitución y la democracia, pero de baja intensidad, si la comparamos con el fascismo del período de entreguerras, que dio lugar a regímenes totalitarios y a una guerra mundial que devastó a la Humanidad.

Para intentar explicar este fenómeno podríamos decir que, a diferencia del fascismo, que nada más acceder al poder rompió el orden democrático de manera irreversible, el populismo no pretende ese efecto. Posiblemente ello se deba

13 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “A crise da democracia na época de Weimar e no século XXI”, en prensa actualmente en Brasil.

en parte a los límites derivados de la globalización y, en el caso de Europa, de la integración europea. Pero en otros países fuera de Europa se produce también el mismo fenómeno. Es posible que la fortaleza de las instituciones del Estado constitucional contribuya a limitar las ambiciones del populismo (por ejemplo, las instituciones judiciales o el equilibrio de poderes propio de un sistema federal o las limitaciones del poder presidencial en un sistema presidencialista, en los casos de Trump y Bolsonaro). Pero hay también otros factores a considerar: los fascismos eran movimientos de masas que pretendían reinterpretar la política desde un ideario específico con una reordenación de la vida social completa a través de grandes partidos que tenían su propia bandera, sus himnos, sus uniformes, sus agrupaciones paramilitares, sus organizaciones juveniles para asegurar el relevo generacional, etc. Nada de eso lo encontramos en los populismos modernos, que no plantean ya una alternativa global de organización del Estado, entre otras cosas porque saben que el Estado actual no tiene el poder que tenía en el tiempo en el que nacieron los movimientos fascistas.

Esa aparente ausencia de ambición del populismo frente al fascismo es lo que distorsiona y complica todo, a efectos de su análisis. Porque el populismo no pretende sustituir la constitución o la democracia, sino corromperlas. Los movimientos populistas no pretenden tanto romper la Unión Europea como, sobre todo, utilizarla para sus intereses. El populismo no es realmente un movimiento antiglobalizador sino que acepta de la globalización sus elementos fundamentales y hasta sus rasgos más perjudiciales, como el daño al medio ambiente, por ejemplo. El populismo, a diferencia del fascismo, no está fuera del sistema, sino que está dentro o fuera según le conviene en cada caso. De ahí que resulte especialmente peligroso para la democracia y la constitución porque utiliza a la democracia y la constitución en beneficio propio sin enfrentarse frontalmente a ambas.

Esa pretensión de estar dentro y fuera al mismo tiempo se manifiesta claramente en la interpretación constitucional del populismo, que resulta especialmente dañina porque, al aceptar formalmente la constitución en lugar de rechazarla frontalmente como hacían los fascismos, sitúa en la interpretación de la constitución la clave para desnaturalizar y vaciar de contenido al sistema constitucional. Para ello, los movimientos populistas, como veremos, recurren a conceptos que están en el núcleo mismo del orden constitucional para reinterpretarlos en contra del propio sistema constitucional. Rompen las coordenadas espaciales y temporales de la constitución, pero sin destruir formalmente la constitución misma, para poder seguir utilizándola en beneficio propio. En los términos médicos que estamos aprendiendo y utilizando en estos días de crisis sanitaria, el populismo, siendo una mutación ge-

nética del fascismo es, a la vez, un virus mutante. Es menos letal que el fascismo¹⁴, pero mucho más contagioso. Penetra más fácilmente en el sistema democrático al utilizar como vehículo nociones esenciales del propio sistema, que reinterpreta después para debilitarlo. Su intención última no es otra que privar de significado al sistema constitucional para evitar los límites a la realización de sus objetivos políticos, pudiendo llegar a generar, en sus manifestaciones más autoritarias, lo que podríamos definir como una “constitución zombie”, una mera forma sin vida, una cáscara vacía de contenido constitucional.

III. LA METÁFORA DEL ESPEJO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Para explicar de manera adecuada el ámbito de problemas que se van a plantear en este trabajo, me gustaría comenzar con una metáfora sobre la verdad. Creo que es importante, para comprender la naturaleza de la democracia pluralista, amenazada siempre por la acción política de estos movimientos y que suele ser la primera víctima cuando llegan al poder. La metáfora proviene de un antiguo proverbio árabe según el cual la verdad era un espejo que cayó del cielo y al entrar en contacto con la tierra se fragmentó en muchos pedazos, de manera que cada persona tiene solamente un trozo de la verdad, un fragmento de ese espejo roto. Partiendo de ese proverbio podríamos decir que, para poder conocer la verdad en plenitud, tenemos que poner en común todos y cada uno de esos trozos. Esto nos plantea ya alguna cuestión metodológica respecto de la interpretación constitucional. Por más que en el ámbito del Estado nacional los supremos intérpretes de la constitución sean los tribunales constitucionales, lo cierto es que nadie tiene el monopolio de la interpretación constitucional en una sociedad democrática.

No solo eso, la idea de una interpretación correcta en cuanto definitiva de un único significado posible debe ser también descartada. Tenemos que recordar el planteamiento kelseniano, que me parece muy acertado. Para Kelsen, la pretensión

14 A diferencia del fascismo, cuya letalidad se generó por la acción de Estados poderosos que finalmente condujo a la Guerra Mundial, en el caso de los populismos su letalidad procede más de la inacción del Estado, del bloqueo de la política, que puede dar lugar a condiciones dramáticas, como se está viendo con la actual crisis sanitaria. Una crisis que está generando una gran pérdida de vidas humanas allí donde los poderes públicos no han reaccionado adecuadamente frente a la crisis, como está ocurriendo con Estados Unidos, Brasil y Reino Unido, los tres países liderados por gobernantes populistas (aunque en el caso de Estados Unidos y Reino Unido se encuadren dentro de partidos tradicionales conservadores).

de establecer un solo sentido, el sentido correcto de la norma jurídica es una mera ficción destinada a mantener el ideal de la seguridad jurídica. Frente a esa pretensión, la ciencia del Derecho debe exponer, en la interpretación de las normas, los diversos significados que se pueden extraer de las mismas, dejando a los órganos de aplicación del Derecho la decisión sobre el sentido que debe darse a la norma¹⁵. Naturalmente, la jurisdicción tiene que optar por uno de esos significados para poder tomar su decisión y configurar la norma jurídica aplicable, pero el hecho de que haya varios sentidos posibles y que puedan cambiar en el tiempo a través de una jurisprudencia evolutiva nos indica ya que la interpretación constitucional no necesariamente queda limitada o cerrada después de la intervención de la jurisdicción constitucional.

Pero, sobre todo, esta metáfora del espejo nos explica el sentido de la construcción del espacio público en una democracia constitucional, en cuanto democracia pluralista. Nos hace ver, en primer lugar, la inutilidad de un planteamiento monista que se base en la idea de uniformidades o unidades ficticias, que no se corresponden con la existencia de un pluralismo social y político del que necesariamente hay que extraer consecuencias para la ordenación democrática de la sociedad y también para la interpretación constitucional.

Nos hace ver también, en segundo lugar, la necesidad de considerar las verdades de los otros no como algo que haya que perseguir o excluir sino como algo necesario para conocer la verdad en toda su dimensión, para construir juntos una verdad que ya no será seguramente ni la nuestra ni la de los demás, sino una verdad común, a partir de la transacción, el consenso y el compromiso, que son elementos fundamentales de una democracia constitucional. En la construcción común de la verdad y del espacio público hay adversarios, pero no puede haber grupos que se consideren enemigos del pueblo o de la nación y a los que se les niegue el derecho a aportar su verdad.

El pluralismo es a la sociedad lo que la biodiversidad a la naturaleza. Preservar el pluralismo es esencial para que la sociedad pueda avanzar y desarrollarse de una manera equilibrada, del mismo modo que preservar la biodiversidad es necesario para el mantenimiento de la vida en la tierra. De ahí la importancia que tiene la preservación de los derechos de las minorías y la integración de todos los sectores sociales en un

15 “Rechtswissenschaftliche Interpretation Muss auf das sorgfältigste die Fiktion vermeiden, dass eine Rechtsnorm stets nur eine, die richtige Deutung zulässt. Das ist eine Fiktion, deren sich die traditionelle Jurisprudenz zur Aufrechterhaltung des Ideals der Rechtssicherheit bedient”, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.^a Edición de 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, p. 353.

marco constitucional de convivencia. Sin las verdades de los demás (o sin las interpretaciones constitucionales de los demás) no tenemos las referencias necesarias para construir nuestra propia verdad (o nuestra propia interpretación de la constitución).

La democracia pluralista es el núcleo esencial de la constitución normativa. El reconocimiento del pluralismo es una de las condiciones necesarias para que podamos hablar de normatividad de la constitución y de derecho constitucional. La segunda condición es el consenso, la capacidad de los distintos sectores sociales y políticos de llegar a acuerdos para definir un marco de convivencia para todos. Esas dos condiciones no han existido en plenitud en Europa hasta después de la segunda guerra mundial. El primer constitucionalismo no era pluralista, se basaba en el sufragio censitario y limitaba su concepto de nación o pueblo en sentido político a una oligarquía (motivo por el cual el pueblo se definía entonces como una realidad relativamente homogénea y unitaria que compartía el mismo sistema de valores y los mismos intereses¹⁶), mientras que en el constitucionalismo del período de entreguerras el pluralismo estaba presente, pero no así la voluntad de consenso debido al antagonismo radical entre los distintos sectores políticos.

El tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho después de la segunda guerra mundial nos conduce a una nueva realidad constitucional, la de las constituciones normativas, en la que el pueblo ya solo puede considerarse como homogéneo y unitario en el momento constituyente, donde la pluralidad se reconduce a unidad a través de la propia constitución. Ese momento constituyente somete a unas coordenadas espaciales y temporales específicas a la constitución. Por un lado, desde el punto de vista espacial, el todo (el pueblo o la nación) se diferencia de las partes en el momento constituyente, de manera que bajo la constitución no cabe ya intervención del todo sino solamente de las partes, de las mayorías gobernantes que son solo una parte de la pluralidad. Por otro lado, desde el punto de vista temporal, el momento constituyente se diferencia también de los constitucionales que siguen porque la constitución fundamenta su normatividad en la diferenciación entre esos dos tiempos: el del acuerdo constituyente, obtenido mediante el consenso social y político que define el marco de convivencia futuro y el del sometimiento sucesivo de todos los sectores sociales a ese marco constitucional.

Como veremos más adelante, la incompatibilidad radical entre populismo y constitución se produce porque el populismo rompe las coordenadas de espacio y tiempo de la constitución. A diferencia de los partidos constitucionales, los movi-

16 Cfr. G. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, pp. IX-X.

mientos populistas quieren ser a la vez parte y todo, momento constituyente y momentos constitucionales, suprimiendo las fronteras conceptuales y haciendo perder a la constitución su esencia y su sentido mismo. La ruptura de esas coordenadas no es una cuestión meramente formal porque la constitución vive en esas coordenadas y deja de existir si desaparecen. Cuando desaparecen, no es posible el control jurisdiccional de las mayorías gobernantes y no es posible la garantía de los derechos fundamentales en el nivel constitucional.

En el núcleo de esas coordenadas de espacio y tiempo de la constitución está el pluralismo, el reconocimiento de que el pueblo o la nación no pueden ser otra cosa que un conjunto de personas libres que tienen planteamientos diferentes de la política y de la sociedad y que ponen en común sus verdades parciales para construir un orden constitucional común, al que todos se someten por igual. No cabe, por tanto, ni una verdad absoluta ni una interpretación fundamentalista de la constitución a favor de un grupo concreto como tampoco cabe convertir al pueblo o la nación en instrumentos de desnaturalización de la propia constitución.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS MOVIMIENTOS POPULISTAS Y NACIONALISTAS

Para los movimientos populistas sí existe una verdad absoluta, la que ellos defienden, en torno a la cual construyen una ficción política, la de un pueblo único que solamente ellos representan o más bien, como dice Rosanvallon, solamente ellos reflejan o encarnan, ya que el mecanismo representativo, negado en general para las instituciones, se queda corto para definir la relación que estos movimientos pretenden tener con ese sujeto político, que han construido con el nombre de “pueblo”, de tal manera que, en la máxima expresión del populismo, es el líder el que pretende reflejar, como un espejo, al pueblo¹⁷. Como muy bien dice Peter Häberle, no deberíamos dejar que el populismo se apropie de un nombre de tanto significado para el constitucionalismo¹⁸.

17 Se trata, obviamente, de una metáfora muy diferente a la del espejo que yo he utilizado para caracterizar a la democracia pluralista. Una metáfora que no tiene que ver con la cuestión de la verdad sino con la de la representación. En el populismo, se puede hablar, como indica Rosanvallon, de una “représentation-miroir” de una representación-espejo, a través del hombre-pueblo, el líder que refleja en sí mismo a todos los integrantes del pueblo. *Cfr.* Pierre Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, cit. pp. 50 y ss.

18 *Cfr.* Peter Häberle, “El constitucionalismo como proyecto científico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 29, Enero-Junio de 2018:

https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm.

Lo mismo cabe decir de los movimientos nacionalistas. Como indica Isaiah Berlin, existe en el nacionalismo la convicción de que el patrón de vida de una sociedad es similar al de un organismo biológico; los objetivos comunes de la sociedad consisten en aquello que ese organismo necesita para su apropiado desarrollo y esos objetivos son supremos; en caso de conflicto con otros valores que no deriven de los fines específicos del “organismo”, deben prevalecer los valores supremos de la sociedad, dado que solo así se evitará la decadencia y la ruina de la nación¹⁹.

Esa condición orgánica determina que para el individuo la pertenencia a la nación sea una cuestión vital, algo que le da sentido a su vida. El nacionalismo apela a sentimientos, vínculos históricos y tradicionales y, en última instancia, como señala I. Berlin, a una sensibilidad que considera que los valores y principios en los que debe basarse se justifican por el sólo hecho de ser propios de esa comunidad nación, porque son los de “mi” nación. Una configuración que termina por conducir a la afirmación de la superioridad de esa nación sobre las demás, ante la contradicción que se genera entre el relativismo cultural derivado de la diversidad de sentimientos de las distintas naciones y el absolutismo de la premisa en la que se basa (que los valores propios son absolutos y deben realizarse en todo caso incluso frente a otras naciones). La contradicción se resuelve mediante la atribución a esos valores nacionales de una condición superior o más coherente con los verdaderos fines del ser humano²⁰.

Los movimientos populistas y nacionalistas coinciden en una forma de entender la verdad tendencialmente fundamentalista. La interpretación constitucional de

19 Isaiah Berlin “Nationalism: Past Neglect and Present Power” (1979), versión española, incluida en Isaiah Berlin, *Sobre el nacionalismo. Textos escogidos*. Editorial Páginas Indómita, Barcelona, 2019, pp. 92-93.

20 “Los profetas del nacionalismo hablan en ocasiones como si los derechos superiores –de hecho, supremos– que la nación tiene sobre el individuo se debiesen a que solo la vida, los fines y la historia de dicha nación dan vida y significado a todo lo que el individuo es y hace. Pero eso parece implicar que otros hombres mantienen una relación similar con sus propias naciones –las cuales reclaman tener sobre ellos derechos igualmente válidos y no menos absolutos–, y ello podría entrar en conflicto con la plena realización de los fines y la ‘misión’ de la nación de un individuo dado, lo cual, a su vez, parece conducir en el terreno teórico al relativismo cultural –que no concuerda con el absolutismo de la premisa, incluso aunque no la contradiga formalmente– y abrir la puerta a la guerra de todos contra todos”. Para evitar llegar a esa conclusión, hay nacionalistas que intentan demostrar que determinada nación o raza “es intrínsecamente superior a otros pueblos” y que su cultura “engendra seres en los que los verdaderos fines del hombre ser acercan a la plena realización más de lo que lo hacen en el caso de los hombres de otra cultura” I. Berlin, *Ibidem*, p. 98.

los movimientos populistas y nacional populistas está impregnada de ese absolutismo, de esa percepción de la verdad como algo exclusivo, que les pertenece, de manera que no necesitan ver los otros fragmentos del espejo, los que tienen otras personas y otros sectores sociales, para determinar la verdad. Su interpretación constitucional está totalmente condicionada por su verdad previa, el pueblo o la nación, que se consideran superiores a la constitución²¹. Desde esa perspectiva, estos movimientos suelen legitimarse directamente a través del pueblo o la nación. Pero su interpretación de la voluntad del pueblo o la nación no está mediatizada por la propia constitución, sino que se plantea como una voluntad que los líderes políticos de estos movimientos conocen directamente e incluso la representan directamente. Cuando quieren añadir más legitimidad a esa interpretación (del pueblo o la nación, no de la constitución) recurren directamente al referéndum haciendo intervenir al pueblo dentro del marco constitucional, a veces contra ese marco constitucional.

De ese modo, los populismos terminan por romper la lógica del Estado constitucional y de las constituciones normativas. Mediante el recurso a preconceptos, que ellos sitúan por encima de la constitución, desvirtúan la normatividad de la constitución y la convierten en un objeto inerte, manipulable en función de sus intereses políticos. En esto, los movimientos populistas, con la tensión que propugnan entre la vieja y la nueva política, se inscriben dentro de los grandes ámbitos de conflicto de nuestro tiempo que, como muy bien señala Miguel Azpitarte, tienen una dimensión moral o, en todo caso, prepolítica: “son tres las líneas de tensión que dominan las sociedades europeas contemporáneas —el choque entre la vieja y nueva política; la austeridad; y la reconfiguración del demos (...) en todas sobresale su naturaleza moral antes que política”²². Esa dimensión moral o prepolítica debilita inevitablemente la normatividad de la constitución²³, porque sitúa a los conflictos

21 Como indica Alessandro Morelli, “El populismo pretende imponer una simplificación institucional drástica, no tolerando ninguna forma de limitación de la soberanía popular. Esta, además, es identificada de hecho con la voluntad de la mayoría política”, Alessandro Morelli, “El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción”, *ReDCE* n. 31, Enero-Junio de 2019.

https://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/05_MORELLI.htm.

22 Miguel Azpitarte, “Tres crisis europeas”, en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dir.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

23 Una debilidad y un alejamiento del marco constitucional que produce también en otros ámbitos si tenemos en cuenta que, como indica Mariana Canotilho, el desplazamiento de los debates sobre derechos sociales hacia los derechos civiles está conduciendo a una lectura moral

fuera del marco constitucional y los lleva a un terreno en el que la interpretación puede adquirir perfiles fundamentalistas, que la alejan de las condiciones propias de la interpretación constitucional.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA. EL RELATIVISMO CRÍTICO DE KELSEN Y LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES DE HÄBERLE

La percepción fundamentalista y estática de la constitución que tienen los populistas, aleja a estos movimientos de una interpretación jurídica de la constitución normativa propia del Estado constitucional democrático. A este respecto, resulta de interés para comprender el alcance de esta deficiencia metodológica la distinción kelseniana entre sistemas normativos dinámicos y estáticos²⁴ con una realidad normativa tendencialmente inmutable en los órdenes religioso y moral (estáticos) frente a una realidad normativa adaptable a las condiciones sociales de acuerdo con las decisiones democráticas de la propia sociedad en el sistema jurídico (dinámico)²⁵. En los sistemas normativos estáticos tanto el fundamento de validez como el contenido de las normas puede derivarse de una norma fundamental. En los sistemas dinámicos, por el contrario, las normas derivan el fundamento de su validez, pero no su contenido, de la norma fundamental. La norma fundamental se limita a determinar cómo se deben producir las normas y qué autoridades deben producirlas, pero no predetermina su contenido válido²⁶. El contenido de esas normas dependerá de los

o ética de la axiología constitucional que dificulta la interpretación esencialmente técnica que debe realizar la jurisdicción constitucional. *Cfr.* Mariana Rodrigues Canotilho, “Crisis del constitucionalismo, transformación constitucional y derechos fundamentales: el caso portugués”, en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dirs.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

24 *Cfr.* Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a Edición, de 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, pp. 196 y ss.

25 Para Kelsen existe una correspondencia entre la democracia y el racionalismo y la ciencia: “la teoría jurídica, política y social del tipo democrático, se revela en su verdadero carácter de teoría social científica por excelencia, mientras que el tipo autocrático trata el problema de la sociedad como objeto del conocimiento, con arreglo a puntos de vista político-religiosos, esencialmente teológicos” Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versión española de la segunda edición de 1929, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Labor, Barcelona, 1934, p. 152.

26 *Cfr.* H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 196 y ss.

actos de voluntad de los órganos autorizados para producir normas, sobre la base del concepto de constitución material²⁷.

La percepción estática del ordenamiento jurídico, arraigada en los movimientos populistas y nacional populistas, no sólo resulta contradictoria con la constitución normativa y con una interpretación jurídica de la constitución, sino también con la idea de democracia, como ya indicara en su momento Kelsen al desarrollar su teoría del relativismo crítico y contraponer la concepción absolutista del mundo, que se corresponde con la autocracia, con el relativismo crítico, que se corresponde con la democracia²⁸.

Para Kelsen, solamente la democracia hace posible la deliberación, el debate y la transacción entre las posiciones políticas de la mayoría y la oposición, precisamente porque no hay verdades absolutas e incuestionables y porque la esencia de la democracia es justamente el respeto a la verdad de los otros. Un respeto que se garantiza a través de la exigencia de mayorías cualificadas que aseguren el consenso de las minorías en las decisiones constitucionalmente relevantes y mediante la jurisdicción constitucional. La democracia parlamentaria o representativa de Kelsen es una democracia pluralista y constitucional.

Desde esa concepción pluralista resulta fundamental la teoría de Häberle de la sociedad abierta de los intérpretes de la constitución²⁹. Encontramos en ella una correspondencia entre la constitución del pluralismo como objeto de interpretación y la interpretación plural de una diversidad de sujetos que se abre al conjunto de la sociedad. Tanto el objeto (constitución) como el sujeto de la interpretación (la sociedad abierta de intérpretes constitucionales) expresan ese componente pluralista. Nada hay más contrario a la interpretación constitucional del populismo que esta tesis. En lugar de un líder o de una estructura partidaria que interprete la voluntad del “pueblo” incluso en contra de la constitución, Häberle nos propone una formulación en la que cada persona tiene la capacidad para aportar su propia interpretación y contribuir así a la construcción global de la imagen de la constitución en una determinada sociedad. En la metáfora del espejo que habíamos indicado anteriormente, la interpretación constitucional se convierte así en la búsqueda de la verdad, que como el propio Häberle indica es también la búsqueda de la justicia,

27 Por constitución material entiende Kelsen la norma o las normas que regulan la producción de normas jurídicas. *Cfr. Reine Rechtslehre*, cit., p. 228.

28 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 153-154.

29 Peter Häberle, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation”, *JuristenZeitung*, 1975, pp. 297-305.

porque la justicia es la verdad del Derecho³⁰. Una búsqueda de la verdad común que es compartida, que es obra de todos y de cada uno de los ciudadanos, de tal manera que cada uno aporta su fragmento de verdad, para entre todos reconstruirla como un mosaico.

No podemos desconocer, sin embargo, que en un mundo cada vez más controlado desde las redes sociales y las aplicaciones de internet por las compañías tecnológicas, ellas son las que tienen ahora la capacidad de decidir qué trozos de espejo, qué fragmentos de verdad (y cuáles no) van a tener presencia en el debate público, a través de sus algoritmos. No sólo eso, estas compañías pueden hacer que la posverdad, esto es los fragmentos distorsionados, que no son realmente trozos de verdad, tengan una incidencia importante en el espacio público. Con la forma en que han desarrollado los procesos comunicativos en el mundo digital, estas compañías han generado una fragmentación y radicalización cada vez mayor del espacio público, en el que los distintos sectores sociales viven en auténticas burbujas que desconocen y niegan la verdad de los otros, en un proceso continuo de reafirmación de las propias convicciones³¹.

La capacidad de intervención de las compañías que gestionan redes sociales en los procesos de comunicación política, con propaganda subliminal que han desvirtuado algunos procesos electorales, a partir del referéndum del Brexit en el Reino Unido, las elecciones presidenciales en Estados Unidos y las elecciones presidenciales en Brasil, por ejemplo, está poniendo en cuestión la calidad democrática de países con democracias consolidadas. Pero, como indica Antonio D'Atena, pone todavía más en cuestión a los regímenes populistas, en la medida en que en ellos se hace descansar el sistema en la expresión de la voluntad popular, una voluntad que puede estar muy condicionada actualmente de maneras que no eran pensables hasta hace muy poco tiempo³².

30 Cfr. "Un Jurista universal nacido en Europa. Entrevista a Peter Häberle, por Francisco Balaguer Callejón", *ReDCE*, núm. 13, Enero-Junio de 2010: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/12Entrevista.htm>.

31 Cfr. Eli Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

32 "le democrazie illiberali, –como si è detto– puntano tutte le loro carte sul valore fondante ed esclusivo della volontà popolare. Ebbene, è evidente che il contesto tecnologico nel quale viviamo, rendendo possibili condizionamenti della formazione della volontà popolare impensabili in un passato non molto lontano, rischia di rendere illusorio l'unico elemento che consente di considerare ancora 'democratici' gli assetti di questo tipo", Antonio D'Atena, "Sul cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet", *Lo Stato*, n. 13 (2019), p. 275.

Estos procesos tecnológicos de la comunicación social y política, que se han desarrollado en los últimos años, afectan también a la interpretación de la constitución. De hecho, generan una interpretación distorsionada de la constitución en la que los valores constitucionales se marginan y ocupan un lugar muy secundario en el espacio público. La tecnología y la economía son los grandes factores de legitimación del siglo XXI y en torno a ellos se han desarrollado nuevos paradigmas y pautas culturales que incorporan un vocabulario propio muy alejado de los valores constitucionales³³. En qué medida la interpretación de la constitución se esté viendo afectada por esas nuevas pautas culturales es algo que está por determinar. Pero sí parece ya claro que las redes sociales son un terreno fértil para los movimientos populistas, por diversos motivos que tienen que ver con el modelo de negocio de las compañías tecnológicas, la necesidad de atraer la atención del público, la rentabilidad que les supone generar inestabilidad política y social y su interés en bloquear la política para evitar los controles en diversos ámbitos, desde la protección de datos hasta la intervención de los reguladores antimonopolios³⁴.

Estas tendencias están generando un populismo difuso en el espacio público que puede terminar por infiltrarse también en la interpretación constitucional, quizás no en la jurisdicción constitucional, pero probablemente sí en otros niveles. La fragmentación y radicalización del espacio público, la dificultad que conlleva para generar consensos políticos, la desatención de los problemas generales a favor de sectores o grupos concretos, la nueva percepción cultural del tiempo político y constitucional, son algunas de las tendencias que pueden afectar de manera importante a la interpretación constitucional en el futuro. La constitución ocupa cada vez más un lugar marginal en el espacio público, cediendo su puesto a un debate irracional en el que las nociones de “pueblo” y “nación” se utilizan de manera emocional y como conceptos preconstitucionales, desvinculados de su contexto constitucional, para favorecer las posiciones políticas de los movimientos populistas.

33 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*. L.G.D.J, Paris 2020.

34 Cfr. Francisco Balaguer Callejón: “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 32, Julio-Diciembre de 2019. https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm. Versión italiana: Francisco Balaguer Callejón, “Social network, società tecnologiche e democrazia” *Nomos | Le attualità nel diritto*, n. 3, 2019: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/02/Callejon-3-2019-ver.pdf>. Existe versión portuguesa, en prensa actualmente en Brasil.

VI. LOS PRECONCEPTOS Y LA RUPTURA DE LAS COORDENADAS ESPACIALES Y TEMPORALES DE LA CONSTITUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN “CONSTITUCIONAL” DEL POPULISMO

La constitución democrática sólo es posible mediante la democracia pluralista, basada en el reconocimiento de la diversidad, en la transacción entre mayoría y oposición y en la protección constitucional de las minorías. La democracia pluralista y constitucional de las constituciones normativas obliga a una reinterpretación de los conceptos clásicos del constitucionalismo que, en su formulación inicial, expresaban un monismo absoluto basado en la idea de la soberanía del pueblo o de la nación considerados como un colectivo homogéneo, una unidad que incorporaba los mismos valores e intereses y que expresaba también la unidad del poder del Estado, como poder absoluto e incondicionado.

En efecto, en el desarrollo histórico de la cultura constitucional se acumulan conceptos que están condicionados por la época en que nacen y que no siempre tienen un fácil acomodo en las sucesivas etapas que marcan el progreso del constitucionalismo. En particular, la democracia pluralista tiene sus exigencias, que proceden de la reacción frente a experiencias traumáticas de opresión de las minorías y de destrucción del orden constitucional por la ausencia de límites al poder de la mayoría. Siendo la democracia pluralista la formulación esencial que define a la democracia constitucional de nuestros días, esas exigencias se configuran como límites a la voluntad incondicionada de la mayoría y, al tiempo, expresan una nueva concepción no sólo de la democracia sino también de otros principios vinculados al constitucionalismo, desde la división de poderes hasta la garantía de los derechos.

El pluralismo es, en realidad, una nueva forma de división del poder en las constituciones normativas y da lugar a una nueva configuración del ordenamiento jurídico³⁵. El pluralismo político es un presupuesto de existencia de las constituciones normativas en la medida en que solamente cuando se reconoce el pluralismo se hace posible la función esencial del Derecho constitucional de canalización de los conflictos. La gran lucha histórica del constitucionalismo ha sido la de desvelar el conflicto, hacerlo visible, frente a un poder político y económico que ha intentado siempre ocultarlo, desplazarlo o negarlo³⁶.

35 Cfr. Francisco Balaguer Callejón “L’articolazione territoriale del potere politico in Europa. Il pluralismo costituzionale di fronte alla crisi economica” en Francisco Balaguer Callejón, Pedro Cruz Villalón, Pierfrancesco Grossi, Peter Häberle, Stelio Mangiameli, Gianpiero Milano, Jorge Miranda e Dian Schefold, *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 81-100.

36 Cfr. sobre la relación entre constitución y conflicto, Carlos de Cabo Martín, *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico*, CEPC, Madrid, 2019.

La idea, que mantienen los populismos, de un pueblo soberano que expresa una voluntad unitaria e ilimitada dentro del orden constitucional ya constituido –esto es, no en el proceso constituyente– es incompatible con la Constitución normativa y con la democracia pluralista, que se asienta, de manera más natural, sobre el concepto de ciudadanía, expresiva de una diversidad de intereses y valores que se articulan, bajo el marco constitucional, mediante la contraposición entre mayoría y oposición, a través de un complejo sistema de procedimientos formales y de límites materiales³⁷.

Para seguir con la metáfora del espejo que habíamos mencionado al principio, mientras la democracia pluralista permite reconstruir entre todos una verdad común en el proceso democrático y representativo, los movimientos populistas y nacional populistas parten de la base de que esa verdad ya está definida en la voluntad del pueblo o de la nación que ellos encarnan, y es previa al proceso democrático, que se limita a reflejarla. Desde esa perspectiva, “pueblo” y “nación” se configuran como conceptos preestablecidos ante los cuales la propia constitución tiene que ceder en caso de conflicto. Un conflicto que, naturalmente, dependerá, en su conformación y en su resolución, de la interpretación que realicen los líderes de esos movimientos acerca de la voluntad del pueblo o la nación.

La dependencia estructural de esos movimientos respecto de estos conceptos es lo que les hace tan proclives a mecanismos de democracia directa como el referéndum. A través de ellos se realiza una apelación a la voluntad del pueblo o de la nación que permite legitimar sus opciones políticas incluso en contra de la constitución y de sus mecanismos de garantía. El desprecio de esos movimientos a las instituciones del Estado constitucional y la presión sobre los órganos de control judicial y sobre la justicia constitucional es otra manifestación más de la incompatibilidad del concepto de “democracia” que propugnan con la democracia constitucional. Estos movimientos promueven, en realidad, una involución democrática: la democracia considerada como expresión de un pueblo unitario y homogéneo, sin respeto a las minorías, un pueblo del que se pretende expulsar a quienes tienen otros planteamientos políticos.

37 En cierto modo, se refleja aquí la contraposición señalada por Paolo Ridola entre *Völkdemokratie*, y *Bürgerdemokratie*, P. Ridola, “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, Enero-Junio de 2005, pp. 23-24. <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/02paoloridola.htm>.

Ya hace cien años, señalaba Kelsen el carácter ficticio de la unidad atribuida al pueblo, indicando que no hay nada más problemático que esa unidad designada con el nombre de pueblo y que, fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea; de tal manera que sólo puede considerarse como unidad en sentido normativo³⁸. Y hace unos cincuenta años que Martin Kriele destacó también la incompatibilidad de la idea de soberanía con el Estado constitucional, como consecuencia de la limitación de todos los poderes del Estado que es inherente a la Constitución normativa³⁹.

La soberanía del pueblo es hoy más que nunca una ficción en el Estado nacional si consideramos que tanto su dimensión subjetiva (la unidad y homogeneidad del pueblo) como la objetiva (la condición ilimitada del poder que expresa) carecen de las características que les atribuye la doctrina constitucional⁴⁰. Para los Estados miembros de la Unión Europea esto no es solamente aplicable al ejercicio del poder dentro del orden constitucional sino también al ejercicio del propio poder constituyente, debido a la fragmentación del poder constituyente que la integración europea ha generado⁴¹.

Frente a la idea de pueblo o nación como colectivos homogéneos y como conceptos políticos previos a la propia constitución, la democracia pluralista se corresponde en mayor medida, como ya hemos indicado, con conceptos jurídicos tales como el de ciudadanía⁴². La ciudadanía sólo existe en el marco de la constitución,

38 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 30-31.

39 Hay que recordar siempre a Martin Kriele, en relación con la imposibilidad de ejercicio de un poder soberano dentro del orden constitucional y, por tanto, el sometimiento obligado de todos los poderes del Estado a los límites constitucionales, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 1975, IV ed., Westdeutscher, Opladen, 1990.

40 Cfr. Francisco Balaguer Callejón “La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global”, en AAVV, *Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, pp. 45-87.

41 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform”, en Rainer Arnold (Editor) *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016, pp. 15-25.

42 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “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, 2013.

que es la que la establece, y no puede oponerse a ella como una entidad previamente existente. Eso no impide que algunas constituciones hayan incorporado el concepto de ciudadanía para hacer referencia al sujeto constituyente que viene a acompañar o a sustituir así a otros sujetos constituyentes tales como el Pueblo o la Nación⁴³. Un conjunto de personas libres que deciden dotarse de una constitución y se configuran a sí mismos como ciudadanos bajo ese orden constitucional no necesitan recurrir para ello a la historia “nacional”⁴⁴ o a una concepción étnica o cultural de pueblo previamente existente a la propia constitución.

Naturalmente el problema no es que esa comunidad de personas libres se definan a sí mismos como pueblo o nación y, por tanto, como factor constituyente. La cuestión es el alcance que se le quiere dar a esas nociones. La interpretación que los movimientos populistas y nacional populistas hacen de los conceptos de pueblo y nación los desvincula de su contexto constitucional al considerarlos como pre-conceptos que existían antes de la constitución y que pueden situarse por encima de ella en el caso de que esos movimientos consideren que haya un conflicto con la constitución. De ese modo, estos movimientos terminan por quebrar la lógica de la constitución mediante la apelación a un poder político originario, que ellos dicen representar y al que le atribuyen un ideario político parcial, incompatible con la idea de totalidad y de consenso fundamental que la constitución representa. A través de su autoatribuida capacidad de interpretar la voluntad del pueblo en exclusiva se atribuyen también la capacidad de interpretar la constitución en exclusiva, subordinándola además a esa voluntad del “pueblo” o la “nación” representada por ellos.

Esta manipulación de conceptos esenciales del constitucionalismo no sólo rompe la idea de contraposición espacial entre el todo (la constitución) y las partes (la política de cada mayoría en el poder) que es esencial a la democracia constitucional, sino también la temporal entre el momento constituyente en el que pueblo y nación intervienen para dar lugar a la constitución y el momento constitucional en el que no caben actos de soberanía basados en la intervención del pueblo o la nación contra

43 Cfr., Peter Häberle, “La ciudadanía a través de la educación como tarea europea”, en *ReDCE*, n. 4, Julio-Diciembre de 2005, pp. 613-630.

44 Como en la construcción de la identidad nacional moderna en el Estado nacional. Cfr. J. Habermas, “Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität”, 1987, versión española de Manuel Jiménez Redondo, “Conciencia histórica e identidad postradicional” en J. Habermas, “Identidades nacionales y postnacionales”, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 83 y ss y J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, versión española de Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 619 y ss.

la propia constitución. La apelación a la democracia directa como factor no ya constitucional sino constituyente es la falacia sobre la que los populismos construyen estos planteamientos tan destructivos para el Estado constitucional.

Desde la perspectiva de la teoría de las fuentes del Derecho, los movimientos populistas rompen la lógica de todo el sistema al desconocer la condición específica de la Constitución como fuente del Derecho en relación con el resto de las fuentes del sistema jurídico. Mientras el resto de las fuentes del derecho se rigen por un principio de inagotabilidad, en cuanto poderes normativos permanentes⁴⁵, la Constitución es la única fuente del derecho cuya entrada vigor coincide con el agotamiento del poder que le dio vida⁴⁶. Esa condición es un presupuesto lógico necesario para construir todo el ordenamiento jurídico de la constitución normativa, comenzando por las propias normas de reforma constitucional, que serían autoreferenciales si no fuera posible esta diferenciación entre poder constituyente/constitución por un lado y poder de revisión/reformas constitucionales por el otro⁴⁷.

En definitiva, lo que caracteriza a la interpretación constitucional de los populismos es justamente su carácter intrínsecamente inconstitucional desde el punto de vista de la lógica del Estado constitucional. No está orientada realmente a interpretar la constitución para conocer las posibilidades y los límites de la actuación de los poderes públicos. Por el contrario, está orientada a interpretar la constitución para subvertir los límites de la política y hacer posible la imposición de su programa político frente a la constitución.

Por lo demás, los populismos y nacional populismos no sólo entran en contradicción con la lógica del Estado constitucional a través de su concepto de pueblo, sino que también manifiestan una clara incoherencia interna. Por un lado, dicen representar a un pueblo homogéneo pero, en realidad en su discurso limitan el pueblo

45 Cfr. Salvatore Pugliatti, “Abrogazione”, en *EdD*, Vol. I, 1958, pg. 142.

46 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991 y Vol. II, Tecnos, Madrid, 1992. Cfr. más recientemente: Francisco Balaguer Callejón, *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mexico D.F. (Mexico), 2015. Existe versión italiana: *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, Cacucci Editore, Bari, (Italy) 2012, y versión portuguesa: *A Projeção da Constituição Sobre o Ordenamento Jurídico*, Saraiva, São Paulo (Brazil) 2014.

47 Esta diferenciación nos permite responder a algunos planteamientos que han cuestionado la posibilidad lógica de la reforma constitucional, en cuanto que a través de ella la Constitución establecería limitaciones para sí misma. Es el caso de Alf Ross, cfr. *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deuticke, Leipzig/Wien, 1929, pp. 359 y ss.

solamente a un sector de la sociedad, necesariamente mayoritario⁴⁸, que se enfrenta a otros sectores a los que considera enemigos del pueblo⁴⁹. De ese modo, el populismo reconoce esencialmente el pluralismo inherente a la sociedad para negarlo inmediatamente reconstruyendo el concepto de pueblo a la medida de sus intereses políticos. Los movimientos populistas no se consideran a sí mismos una parte “un partido”, dentro del conjunto de la sociedad, sino que aspiran a representar a la totalidad del pueblo sin matices. Pero terminan, inevitablemente, por convertirse en una parte, en un partido, que no acepta a los otros partidos, que no los considera integrantes del concepto de pueblo que solamente ellos dicen representar.

VII. LA CRISIS SANITARIA Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La primera cuestión que debe destacarse de la crisis sanitaria es que, a pesar de lo que su nombre indica, no es en sí misma o no es solamente una crisis sanitaria, sino que lleva en su interior otras crisis relevantes para la interpretación constitucional⁵⁰, al tiempo que es expresión igualmente de crisis previas que la han generado y la han ampliado y profundizado. Como indican Enrique Guillen y Juan Francisco Sánchez Barrilao, la crisis sanitaria “nos ha hecho redescubrir las fragilidades individuales y colectivas que nos han acompañado históricamente como especie pero que habíamos creído desterradas, con ingenuidad y un punto de maldad, a otros mundos, a otras gentes”⁵¹. Esta dimen-

48 Como indica I. Berlin, “If populists were asked who the people are, I think that they would produce a definite answer. They would say that the people is the majority of their society, natural men who have been robbed of their proper post in life; then try to point to groups of artificial, corrupt men as holding down large groups of natural men. If the victims are not the large majority, populism falls”. Isaiah Berlin, “To Define Populism”, cit., p. 19.

49 En palabras de I. Berlin “The people is not everybody. The people is everybody of a certain kind, and there are certain people who have put themselves beyond the pale in some sort of way, whether by conspiring against the people or by preventing the people from realising itself, or however it may be. The people must be specified. So must the enemy. The people is not the whole of society, however constituted”. Isaiah Berlin, “To Define Populism”, cit., p. 16.

50 *Cfr.* Francisco Balaguer Callejón, “Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale”, en *Scritti in onore di Paolo Ridola*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, Roma, 2020.

51 Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao, “Epílogo. La crisis sanitaria originada por el COVID-19 y el Real Decreto 463/2020 declarando el estado de alarma para abordarla”, en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dirs.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

sión extraordinaria de la crisis sanitaria ya nos plantea un problema importante como es el de la interpretación constitucional en tiempos de crisis y, como es el caso ahora, de crisis existenciales, de crisis sistémicas que ponen en cuestión una gran parte de lo que ha supuesto históricamente el constitucionalismo y debilitan a la constitución, convirtiéndola cada vez más en un factor marginal dentro del espacio público.

En este siglo XXI, que comenzó en su primer año de vida con el terrible atentado de las Torres Gemelas, las condiciones de normalidad constitucional han sido escasas⁵². Las crisis, por el contrario, han sido frecuentes y se han sucedido una detrás de otra sin dar mucho respiro. Desde crisis clásicas, hasta cierto punto inéditas en su reformulación actual (la crisis de la democracia representativa y del Estado liberal, convertidas ahora en crisis de la democracia y del Estado *tout court*) hasta crisis verdaderamente inéditas en la historia del constitucionalismo como es el caso del impacto constitucional de la reciente crisis financiera o de la crisis democrática y constitucional generada por las compañías tecnológicas a través de las redes sociales y las aplicaciones de internet, que inciden en los procesos comunicativos y específicamente en la comunicación política y en la configuración del espacio público⁵³.

Los movimientos populistas y nacional populistas, que ponen en cuestión la democracia constitucional, contribuyen a debilitar la constitución, amplificando la incidencia sobre el sistema constitucional de crisis humanitarias generadas por guerras o por desigualdades económicas o utilizando políticamente el terrorismo para generar xenofobia. La atención obsesivamente prioritaria a los intereses nacionales, con exclusión de cualquier solidaridad global o supranacional, termina siendo un frente de resistencia contra la globalización que se manifiesta a nivel regional o estatal cada vez que se plantea una oportunidad de defender a la nación “primero”⁵⁴.

52 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas” en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dir.). *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

53 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Social network, società tecnologiche e democrazia” *Nomos | Le attualità nel diritto*, n. 3, 2019.

<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/02/Callejon-3-2019-ver.pdf>.

54 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas” en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (Dir.). *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

Por lo que se refiere a la crisis sanitaria, los movimientos populistas están potenciando también, desgraciadamente, la incidencia de esta crisis y sus efectos sobre la salud y la vida de las personas. En efecto, generalmente estos movimientos, ya sea en los gobiernos o en la oposición, cuestionan las medidas de aislamiento social y defienden el mantenimiento de la actividad económica, aunque eso suponga, como es conocido por informes científicos de carácter epidemiológico, provocar un aumento de la letalidad extraordinario que haría que en algunos países el número de muertes superara el millón⁵⁵. El populismo ha contribuido a agravar la crisis sanitaria de manera extraordinaria generando conflictos innecesarios y aumentando la crispación política a extremos impensables en sistemas democráticos.

De la crisis sanitaria es posible que surja un mundo nuevo que corrija algunos de los problemas que la han provocado, como el daño al medio ambiente, el consumo desenfrenado, la creciente limitación de derechos, la pérdida de valor del constitucionalismo, la debilidad de las democracias, el bloqueo de la política, etc. Pero es más razonable pensar, aunque no nos guste, que estos problemas seguirán desarrollándose en cuanto se supere la crisis y que, por tanto, las tendencias negativas que hemos visto, especialmente en lo que llevamos de siglo XXI, no sólo no se frenarán, sino que se potenciarán en gran medida con la crisis sanitaria.

Los grandes vencedores de esta crisis se están ya vislumbrando y son las grandes compañías tecnológicas, especialmente las norteamericanas, aunque también las asiáticas, así como China como potencia mundial que no tiene políticamente a ningún otro país que pueda contrarrestar su creciente hegemonía, debido al progresivo declive de Estados Unidos en la era Trump. ¿Qué va a ocurrir con el derecho constitucional que hemos conocido hasta ahora? Gran parte de ese derecho constitucional ha desaparecido ya en la práctica política y en la configuración del espacio público, para ser sustituido por nuevos sistemas de valores y nuevos paradigmas más cercanos a los intereses de la economía y de la tecnología, los grandes factores de legitimación del mundo globalizado actual.

Ahora bien, funcionalidad que los populismos pueda tener para los intereses de los grandes agentes tecnológicos y financieros globales se ha puesto en cuestión con la crisis sanitaria. Algunos de estos agentes potenciaron a movimientos populistas

55 Es el caso del informe del Imperial College, en el que se indica que la estrategia de mitigación podría provocar, en la mejor de las hipótesis unas 250.000 muertes en el Reino Unido y entre 1,1 y 1,2 millones de muertes en USA. *Cfr. Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand.* <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>.

con una clara intencionalidad de bloquear la política para evitar los controles que pudieran afectar a sus intereses. El problema es que el bloqueo de la política mediante la promoción de personajes tales como Trump o Bolsonaro a la Presidencia de Estados Unidos o Brasil está teniendo ahora un coste terrible en vidas humanas y está generando igualmente un daño enorme a la economía. Quienes querían evitar la acción del Estado se encuentran ahora con Estados inermes ante una situación de crisis sanitaria grave que requiere gobernantes responsables y eficaces. En los próximos tiempos veremos si esta tragedia ha servido de elemento de reflexión para quienes han promocionado estos movimientos, como las tragedias que provocaron los fascismos en su momento lo fueron para sus promotores, contribuyendo así a revitalizar el constitucionalismo.

VIII. CONCLUSIONES

La relación entre los movimientos populistas y la interpretación constitucional es compleja. Por un lado, estos movimientos manifiestan una incompatibilidad esencial con los principios del Estado constitucional en cuanto que no reconocen a la democracia constitucional, basada en la idea del pluralismo, los límites al poder de las mayorías y la protección de los derechos constitucionales. Frente a la democracia pluralista, estos movimientos apelan a un concepto de pueblo o de nación preconstitucional que define una realidad política unitaria y coherente, ciertamente ficticia, pero a la que ellos apelan para legitimar sus programas políticos. El carácter fundamentalista de esta concepción resulta radicalmente incompatible con la idea de democracia pluralista y de constitución normativa.

Por otro lado, no se puede desconocer que estos movimientos sitúan en el centro de su discurso político conceptos que siguen siendo esenciales en la configuración de las constituciones actuales, como el concepto de pueblo o el concepto de nación, de los que deriva su legitimidad el entero sistema constitucional. La apelación a esos conceptos permite a los movimientos populistas quebrar la lógica de la constitución mediante la apelación a un poder político originario, que ellos dicen representar y a los que atribuyen su ideario político parcial, incompatible con la idea de totalidad y de consenso fundamental que la constitución representa.

Esta manipulación de conceptos esenciales del constitucionalismo no sólo rompe la idea de contraposición espacial entre el todo (la constitución) y las partes (la política), que es esencial a la democracia constitucional, sino también la temporal entre el momento constituyente en el que pueblo y nación intervienen para dar lugar a la constitución y el momento constitucional en el que no caben actos de soberanía

basados en la intervención del pueblo o la nación contra la propia constitución. La apelación a la democracia directa como factor no ya constitucional sino constituyente, es la falacia sobre la que los populismos construyen estos planteamientos tan destructivos para el Estado constitucional. La ruptura de la frontera entre la creación de la constitución y la aplicación de la constitución les permite a los populistas pasar de un momento a otro en función de sus intereses políticos, destruyendo la lógica sobre la que se basa la constitución normativa.

Desde la perspectiva de la teoría de las fuentes del Derecho, los movimientos populistas rompen la lógica de todo el sistema al desconocer la condición específica de la Constitución como fuente del Derecho en relación con el resto de las fuentes del sistema jurídico. Mientras el resto de las fuentes del derecho se rigen por un principio de inagotabilidad, en cuanto que poderes normativos permanentes, la Constitución es la única fuente del derecho cuya entrada vigor coincide con el agotamiento del poder que le dio vida. Esa condición es un presupuesto lógico necesario para construir todo el ordenamiento jurídico de la constitución normativa, comenzando por las propias normas de reforma constitucional, que serían autoreferenciales si no fuera posible esta diferenciación entre poder constituyente/constitución por un lado y poder de revisión/reformas constitucionales por el otro.

En definitiva, lo que caracteriza a la interpretación constitucional de los populismos es justamente su carácter intrínsecamente inconstitucional desde el punto de vista de la lógica del Estado constitucional. No está orientada realmente a interpretar la constitución para conocer las posibilidades y los límites de la actuación de los poderes públicos. Por el contrario, está orientada a interpretar la constitución para subvertir los límites de la política y hacer posible la imposición de su programa político frente a la constitución.

Resumen

En este trabajo se analiza la relación entre populismo e interpretación constitucional realizando una valoración del populismo desde la perspectiva constitucional y confrontándolo con el modelo del Estado constitucional de derecho y de las constituciones normativas. Se resalta la especial dificultad que presenta el análisis del nacional populismo en la medida en que se trata de movimientos que, a diferencia de sus predecesores, los movimientos fascistas, no pretenden sustituir el orden constitucional por un régimen totalitario sino utilizarlo en beneficio de sus intereses. Los movimientos populistas intentan así estar a la vez dentro y fuera del sistema constitucional, siendo antisistema para lo que favorece sus propósitos pero utilizando las instituciones constitucionales igualmente en lo que sirve a su proyecto político. Esta pretensión de estar y no estar al mismo tiempo se traslada igualmente a los otros dos grandes "enemigos" del populismo, junto con la constitución normativa: la globalización y la integración supranacional europea.

En el plano teórico esta actitud específica de los movimientos populistas se manifiesta en la incorporación a la interpretación constitucional de conceptos previos a la propia constitución, como la soberanía nacional o popular que son reinterpretados fuera del marco constitucional y del contexto histórico para utilizarlos contra la propia constitución y contra el sistema democrático. En el plano de la técnica constitucional los movimientos populistas rompen las coordenadas espaciales y temporales de la propia constitución. En efecto, el populismo quiebra la idea de contraposición espacial entre el todo (la constitución) y las partes (la política), que es esencial a la democracia constitucional y también la temporal entre el momento constituyente en el que pueblo y nación intervienen para dar lugar a la constitución y el momento constitucional en el que no caben actos de soberanía basados en la intervención del pueblo o la nación contra la propia constitución. En el plano de las fuentes del derecho, los movimientos populistas rompen la lógica de todo el sistema al desconocer la condición específica de la Constitución como fuente del Derecho en relación con el resto de las fuentes del sistema jurídico. Mientras el resto de las fuentes del derecho se rigen por un principio de inagotabilidad, en cuanto que poderes normativos permanentes, la Constitución es la única fuente del derecho cuya entrada vigor coincide con el agotamiento del poder que le dio vida. Esa condición es un presupuesto lógico necesario para construir todo el ordenamiento jurídico de la constitución normativa. En definitiva, tanto desde el punto de vista de la teoría constitucional como desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, los movimientos populistas rompen la lógica del Estado constitucional vaciando de significado a la constitución y al sistema democrático.

Palabras clave

Populismo, constitución, democracia, globalización, integración europea, crisis sanitaria.

Abstract

In this work the relationship between populism and constitutional interpretation is analysed evaluating populism from the constitutional perspective and confronting it with the model of constitutional rule of law and normative constitutions. It highlights the special difficulty presented by the analysis of national populism insofar as it deals with movements that, unlike their predecessors (fascist movements) do not intend to substitute the constitutional order for a totalitarian regime but to use it for the benefit of their interests. Populist movements thus try to be both inside and outside the constitutional system, being anti-system for what favours their purposes but using constitutional institutions equally in what serves their political project. This purpose of being and not being at the same time applies also to the other two great "enemies" of populism, along with the normative constitution: globalization and supranational European integration.

At the theoretical level, this specific attitude of populist movements is manifested in the incorporation into the constitutional interpretation of concepts prior to the constitution itself, such as national or popular sovereignty that are reinterpreted outside the constitutional framework and the historical context to use them against constitution and the democratic system. At the level of constitutional technique, populist movements break up the constitution's

space and time coordinates. In effect, populism breaks not only with the idea of spatial opposition between the whole (the constitution) and the parts (the politics of each majority in power) that is essential to constitutional democracy, but also the temporal one between the constituent moment when people and nation intervene to give rise to the constitution and the constitutional period in which there are no place for acts of sovereignty based on the intervention of the people or the nation against the constitution itself. From the perspective of the theory of the sources of law, populist movements break the logic of the entire system by ignoring the specific condition of the constitution as a source of law in relation to the rest of the sources of the legal system. While the rest of the sources of law are governed by a principle of inexhaustibility, as permanent normative powers, the constitution is the only source of law whose entry into force coincides with the exhaustion of the power that gave it life. This is a logical condition that is necessary to build the entire legal order of the normative constitution. Ultimately, both from the point of view of constitutional theory and from the perspective of the sources of law, populist movements break the logic of the constitutional state, emptying of meaning constitution and democratic system.

Keywords

Populism, constitution, democracy, globalization, European integration, health crisis.

Recibido: 3 de mayo de 2020

Aceptado: 3 de junio de 2020



DEMOCRACIA, DESAFECCIÓN CONSTITUCIONAL Y SEGURIDAD

Democracy, Constitutional Disaffection and Security

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
Profesor Titular de la Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Desafección constitucional.
- III. Seguridad y democracia constitucional.
- IV. Entre la democracia militante, la lealtad constitucional y el patriotismo constitucional.
- V. Alcance de una inteligencia política al servicio de la seguridad de la democracia pluralista.
- VI. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Hace un tiempo Teruel Lozano nos recordaba que, al amparo de nuestro sistema constitucional y democrático, y en tanto que asentado (entre otros fundamentos) en el pluralismo político, no resulta legítimo (ni deseable...) la prohibición de partidos que, sin desarrollar o apoyar acciones violentas (ni directamente contrarias a derechos y libertades), propugnen programas políticos que choquen directamente con la vigente Constitución¹. Pero una cosa es (entendemos) defender opciones políticas inconstitucionales a la luz de la potencial reforma íntegra de aquélla (art. 168 CE, y según se volverá luego), y otra promover propuestas contrarias al mismo pluralismo, así como al propio reconocimiento y garantía de las minorías, o la dignidad de la persona; y es que no es equiparable propugnar reformas constitucionales aun drásticas al respecto del actual diseño que del Estado español hace la Constitución de 1978 (como puede ser la centralización político-territorial, o instar a una república presidencialista), que promover la regresión democrática a estadios autoritarios (del tipo que sea)².

1 G. M. TERUEL LOZANO, “Integración constitucional e ilegalización de partidos”, *Agenda Pública (El País)*, 28 de febrero de 2019, en <http://agendapublica.elpais.com/integracion-constitucional-e-ilegalizacion-de-partidos/> (visitado última vez el 3 de marzo de 2019).

2 No obstante (y en la anterior línea), y expresamente sobre la inconstitucionalidad de ilegali-

Para tal caso, entonces, es que nos preguntemos hasta qué punto cabe la defensa de la democracia pluralista, y en particular frente a un potencial riesgo sistémico de ésta ante un hipotético desarrollo democrático de opciones políticas que, aun mayoritarias, supongan negación abstracta y generalizada de derechos y libertades fundamentales para minorías y grupos opositores; y ello no desde la mera ilegalización o expulsión del sistema de dichas opciones ideológicas, sino, y atendiendo al referido riesgo (aún potencial), al respecto de otras posibles medidas con las que alcanzar conocimiento oportuno sobre el grado potencial de tal amenaza para la democracia pluralista, y con el que abrir así la oportunidad a decisiones adecuadas y oportunas con las que contener, atemperar o meramente aletargar (según las circunstancias) dicho riesgo. No en vano, siendo inútil impedir que un pueblo (mayoritariamente) llegue a renunciar a su libertad (pues ésta no cabe imponerse)³, no puede serlo el intentar, preventivamente, promover tanto la consciencia de su valor, como la inconsciencia de su desprecio, y al hilo de esto, incluso, señalar sus virtuales agentes, acciones y nefastas consecuencias.

Y todo ello, además, en un contexto globalizado poco amable con la democracia pluralista, dado el proceso (esencialmente económico, pero no sólo) diluyente que del orden constitucional se advierte⁴. Y es que al hilo de las limitaciones que para aquél supone la globalización, del conflicto interno y dialéctico que subyace entre el todo y la identidad con ella⁵, y de la funesta catalización que de sus carencias se

zar partidos de ideología pro-autoritaria, *cfr.* M. Á. PRESNO LINERA, “¿Ilegalización de partidos independentistas? ¿Bromea o qué?”, *El Periódico*, 20 de octubre de 2017, en <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20171019/ilegalizacion-de-partidos-independentistas-bromea-o-que-6365213> (visitado última vez el 3 de marzo de 2019).

3 A. ROSS, *¿Por qué Democracia?*, trad. R. J. Vernengo, CEC, Madrid, 1989, pp. 101-104.

4 De un lado, y desde una perspectiva económica, al imponerse decisiones al impulso de un mercado cada vez más financiero y especulativo; de otro, y a tenor del desarrollo tecnológico, al configurarse un espacio no delimitable, ni controlable, por unos Estados que (de tiempo han renunciado a la investigación pública y en cuanto que) son incapaces por sí solos de diseñar y ejecutar políticas públicas adecuadas a los nuevos retos que surgen “de” y “en” dicho espacio; y por último, y en buena medida a la sombra de la economía y la tecnología, al venir a negar la política, y el mismo Derecho, si no es como mera garantía del progreso (y como simple crecimiento) económico y tecnológico (de unos sobre otros, claro). Ya, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO: “Sobre la Constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 y ss.; y “Sobre la Constitución normativa y la tecnología”, asimismo *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257 y ss.

5 Z. BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, 2.ª edición (1.ª reimpresión), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2017.

ha alcanzado a los años con la crisis económica pasada⁶ (y la que está por venir a la sombra del COVID-19), han surgido (o se han potenciado) movimientos sociales y políticos (en exteriorización de dicho conflicto y limitaciones) no ya críticos, sino poco respetuosos, como poco, con los presupuestos propios del constitucionalismo contemporáneo (dignidad, libertad, igualdad material, pluralismo, etc.): son así movimientos identitarios y extremistas en respuesta exacerbada y localista a lo global⁷, a la vez que en réplica al retroceso que de la democracia social se ha venido dando⁸ y la desaparición de la clase media⁹.

Pero, es más, pues tal radicalización política y social¹⁰ se extiende y amplifica tecnológicamente y exponencialmente a través de las redes sociales en forma de manipulación y posverdad digital¹¹; e incluso, con el recurso o exhortación a la violencia a través de ellas¹². De esta forma es que se ponga en jaque al entero sistema democrá-

6 Potenciándose tanto debilidades y tendencias que ya eran previas a la crisis, conforme tuvimos ocasión de señalar al comienzo de ésta; *cf.*: nuevamente J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea”, *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento Crítico*, núm. 2, 2010, pp. 184 y ss.

7 Otra vez J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, mas “Tra identità: il futuro dell’integrazione europea nel contesto globale”, trad. V. Fagiani, *Nomos*, núm. 2, 2018, en <http://www.nomos-leattualitanel-diritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Barrilao.-conv.-11.05.pdf> (visitado última vez el 12 de febrero de 2019).

8 Por ejemplo, J. ZIELONKA, *Contro-rivoluzione. La disfatta dell’Europa liberale*, trad. M. Sampaolo, Laterza, Bari-Roma, 2018.

9 C. GUILLUY, *No Society. El fin de la clase media occidental*, trad. I. Vidal-Folch, Taurus, Barcelona, 2019.

10 Radicalización que viene siendo advertida desde la década pasada [como evidencia la lectura de R. DWORKIN, *La democracia posible (Principios para un nuevo debate político)*, trad. E. Weikert García, Paidós, Barcelona, 2007], para llegar a nuestros días en forma de miedo [por todos, M. C. NUSSBAUM, *La monarquía del miedo (Una mirada filosófica a la crisis política actual)*, trad. A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2019].

11 Así, véase: P. VALADIER, “La posverdad, peligro para la democracia”, *Revista de Fomento Social*, vol. 72, núm. 2, 2017, pp. 297 y ss.; F. AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, “El mundo de la posverdad”, *Cuaderno de Estrategia*, núm. 197, 2018, pp. 21 y ss.; y más cercano a nosotros (y desde el Derecho constitucional), F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”, *ReDCE*, núm. 30, 2018, en https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm (visitado última vez el 14 de febrero de 2019).

12 Piénsese en grupos terroristas, pero no solo, como pueden ser ciertos colectivos xenófobos y nacionalistas; *cf.*: A. P. SCHMID, “Research on Radicalisation: Topics and Themes”, *Perspectives on Terrorism*, vol. 10, núm. 3, 2016, pp. 26 y ss.

tico-constitucional y a sus valores¹³; que de auténtica crisis de la propia democracia constitucional, entonces, se llegue a hablar¹⁴; y que dicha crisis acabe siendo objeto preferente del Derecho constitucional¹⁵.

A tales efectos, por tanto, es que primeramente reflexionemos sobre la desafección constitucional como nuevo riesgo para la seguridad hoy, para luego, ya, especular sobre el posible (en cuanto que constitucionalmente legítimo) alcance de actuaciones públicas frente a movimientos políticos (o de otro tipo) que busquen o fomenten la involución democrático-pluralista. Y luego, para finalizar, que postulemos no obstante el reforzamiento del control sobre tales actuaciones a fin de compensar constitucionalmente dichas intervenciones públicas en el ámbito político.

II. DESAFECCIÓN CONSTITUCIONAL

Si por desafección cabe entender desvinculación o desapego, por “desafección constitucional” comprendemos no sólo el mero descontento o insatisfacción que se pueda sentir de manera ordinaria sobre el sistema constitucional vigente (tanto en su formalización, como en su realización o desarrollo), sino, y especialmente, el desapego y cuestionamiento ideológico (y/o en acción) respecto a los fundamentos constitucionales básicos del sistema¹⁶. En tal sentido (y según se ha adelantado), el deficiente reparto de la riqueza que genera la globalización (acentuado por la fragi-

13 Así, A. D'ATENA, “La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet”, trad. A. Pérez Miras, *ReDCE*, núm. 30, 2018, en https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/01_DATENA.htm (visitado última vez el 8 de marzo de 2019). Y ello, por otra parte, no sólo a nivel estatal, sino con relación al mismo proceso de integración europea en su dimensión constitucional; de interés, véase J. F. LÓPEZ AGUILAR, “El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y “Dilema de Copenhague””, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, en especial pp. 109 y ss.

14 Cfr. M. A. GRABER, S. LEVINSON y M. TUSHNET (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

15 Véase S. CHOUDHRY, “Resisting democratic backsliding: An essay on Weimar, self-enforcing constitutions, and the Frankfurt School”, *Global Constitutionalism*, vol. 7, núm. 1, 2018, pp. 54 y 55.

16 Y ello sin perjuicio, claro, de que ambas perspectivas quepan conectar, pues, mientras lo segundo presupone lo primero, la simple insatisfacción inicial puede limitarse al descontento, o dar lugar no sólo al cuestionamiento constitucional ya, sino a su más puro y abierto antagonismo; sobre la desafección, la insatisfacción y el cuestionamiento del sistema político, véase, por ejemplo, Ó. SÁNCHEZ MUÑOZ, “Los partidos y la desafección política: propuestas desde el campo del derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 413 y ss.

lidad de las políticas sociales ante ésta y la crisis económica que se ha vivido durante una década), junto con el envite de ideologías extremistas y radicales en el contexto nacional y global y la debilidad propia del sistema constitucional ante la globalización, además de los nuevos conflictos existentes entre las élites globalizadas y los localizados, así como de identidades, es que conformen el presupuesto de una tormenta perfecta para el Derecho constitucional desde su propio ámbito¹⁷: el impulso interno, desde el mismo pluralismo (en sentido amplio), de movimientos sociales y políticos de insatisfacción con el sistema, y al tiempo, e incluso, su articulación ideológica en grupos (más o menos amplios y organizados) antagonistas no al respecto de contenidos constitucionales presentes y concretos (vigentes), sino en relación con los valores y/o elementos esenciales sobre los que se articula el constitucionalismo contemporáneo¹⁸. No nos referimos, de este modo, a simples movimientos antisistema¹⁹ o populistas²⁰, ni tampoco (por exceso) a colectivos subversivos e insurgentes²¹,

17 A lo que habría que añadir, de un lado, la vigente crisis sanitaria del COVID-19, con ocasión de la cual cierta tendencia autoritaria comienza a reforzarse en Derecho comparado (por ejemplo, Hungría); y esto, a su vez, más allá del Derecho excepcional que tal crisis ha venido a activar (en España, RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), a la luz prospectiva de la gravísima crisis económica, social y política que luego nos espera. Y de otro, la sociedad del miedo en la que nos encontramos ya (H. BUDE, *La sociedad del miedo*, trad. A. Ciria, Herder, Barcelona, 2017), y al respecto de la cual la referida crisis del COVID-19 no va sino a potenciar.

18 Así, P. HÄBERLE, “Il costituzionalismo come progetto della scienza”, *Nomos*, núm. 2, 2018, pp. 1 y ss., en <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Haberle-ita.-conv-11.05.pdf> (visitado última vez el 29 de septiembre de 2018).

19 Más tendentes a plantear respuestas alternativas al sistema político, jurídico, económico y social ante los retos globales, que en una confrontación directa al mismo; *cfr.* J. ALGUACIL GÓMEZ, “Nuevos movimientos sociales: nuevas perspectivas, nuevas experiencias, nuevos desafíos”, *Polis: Revista Latinoamericana*, núm. 17, 2007, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30501713> (visitado última vez el 29 de septiembre 2018).

20 En cuanto que movimientos ahora más preocupados en combatir el elitismo y en criticar la política representativa tradicional, que en desarrollar y exponer auténticas propuestas ideológicas (sin perjuicio de que puedan tenerlas); *cfr.*, así, D. VITTORI, “Re-conceptualizing populism: Bringing a multifaceted concept within stricter borders”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 44, 2017, pp. 43 y ss. También, de interés, véase P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme (Histoire, théorie, critique)*, Le Seuil, Paris, 2020.

21 Que propugnan ahora sí y expresamente el levantamiento o la sublevación contra la autoridad, normalmente de manera violenta y en relación con el conflicto armado o el terrorismo; sobre ello, Ó. JAIME JIMÉNEZ, “Subversión”, en AA.VV. *Conceptos fundamentales de inteligencia... cit.*, pp. 359 y ss.

sino a grupos que llegan a integrarse legítimamente y de manera normalizada en un sistema político pluralista, como son asociaciones y partidos (especialmente) que participan democráticamente en el debate público y en procesos electorales (y pueden lograr representación parlamentaria, incluso), pero que, y sin embargo, expresan un evidente espíritu de desafección y reacción (retroceso) constitucional²².

Es en este complejo contexto, entonces, que nos planteemos la posible intervención pública al respecto de colectivos o movimientos políticos ideológicamente contrarios a valores esenciales del núcleo del sistema constitucional, por cuanto que riesgo potencial y abstracto para el pluralismo y los derechos y las libertades de los ciudadanos que éste reconoce, garantiza y ha de asegurar al amparo de la nueva concepción que sobre la seguridad nacional hoy se plantea (art. 3 Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional)²³; y así no sólo en relación con aquellos movimientos que directa, o indirectamente, asuman la violencia como instrumento de acción (obviamente), sino sobre los que actúan acatando, formalmente, el marco legal vigente. En tal sentido, precisamente, adviértase cómo en Alemania la defensa de la Constitución está específicamente cubierta, incluso, por los servicios de inteligencia²⁴: en concreto, por la Oficina Federal para la Protección de la Constitución²⁵.

22 De interés, N. MAYER, “El auge de la extrema derecha en Europa: el caso del frente nacional en Francia”, *Anuario internacional CIDOB*, núm. 1, 2018, pp. 241 y ss.

23 “A los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”; para una primera aproximación a la Ley 36/2015, véase J. F. ZAMORA NAVARRO, “La Ley 36/2015, de Seguridad Nacional”, *bie3: Boletín I.E.E.E.*, núm. 46, 2016, pp. 549 y ss.

24 Así, E. DENNINGER, “*Democracia militante* y defensa de la Constitución”, en E. BENDA *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª edición, trad. A. López Pina, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 467 y ss.

25 Por ejemplo, M. W. RICHTER, *The Verfassungsschutz*, The American Institute for Contemporary German Studies (The Johns Hopkins University), Washington, 1998; o ya en España, C. RUIZ MIGUEL, *Servicios de Inteligencia y Seguridad del Estado Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2003, Cap. IV. Además, sobre la constitucionalidad de la actuación de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución al respecto de la recopilación de información durante años de un Diputado del *DIE LINKE*, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, STCFa), de 17 de septiembre de 2013 (en los asuntos BvR 2436/10 y 2 BvE 6/08); hay una versión en castellano en *Sentencias traducidas del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. N. Nucinkis y S. Stöhser, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre, 2014, pp. 29 y ss.

III. SEGURIDAD Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Al hilo de lo anterior, se ha de advertir cómo la Estrategia Española de Seguridad de 2011 (en adelante EES_2011), y las ulteriores Estrategias de Seguridad Nacional de 2013 (ESN_2013) y 2017 (ESN_2017), han venido abriendo la idea de seguridad al respecto de una serie de factores potenciadores del riesgo social y político, como son precisamente la pobreza, la desigualdad, los extremismos ideológicos y la radicalización violenta, los desequilibrios demográficos y el uso nocivo de las nuevas tecnologías²⁶; y esto, en cuanto que factores que pueden llegar a afectar de por sí, directa y peligrosamente, la estabilidad del propio sistema constitucional. No en vano, la pobreza, la desigualdad y los extremismos ideológicos son claves al respecto de una adecuada conformación social y democrática del Estado en tanto que presupuesto de la normalidad necesaria para una efectiva y eficiente normatividad constitucional²⁷.

Dada la incidencia potencial de tales factores (conforme se acaba de adelantar), es que quepa asumirlos entonces como objeto de actuación para la seguridad, si bien se planteen problemas, desde el Derecho constitucional, cuando de aproximaciones concretas se traten al respecto de grupos o movimientos sociales y políticos (aún de carácter extremista y, como poco, alternativos); y es que dichas aproximaciones resultan fronterizas a una actividad arcana y reaccionaria propia del pasado (a modo de policía política)²⁸ y difícilmente (que no imposible) compatibles con el Estado social

26 Cfr.: EES_2011, p. 10, y 38-39 (expresamente, hablando ya de “ideologías radicales y no democráticas”); ESN_2013, pp. 3 y 21; y ESN_2017, pp. 36-37. Sobre la radicalización violenta (y al hilo del referido marco europeo en torno a la prevención del terrorismo y la radicalización violenta), véase también: el Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta (PEN-LCRV), “Un marco para el respeto y el entendimiento común” (2015), en <http://www.interior.gob.es/documents/642012/5179146/PLAN+DEFINITIVO+APROBADO.pdf/f8226631-740a-489a-88c3-fb48146ae20d> (08/08/2018); y más recientemente, la Estrategia Nacional contra el Terrorismo (y el extremismo violento) de 2019 (Orden PCI/179/2019, de 22 de febrero, por la que se publica la Estrategia Nacional contra el Terrorismo 2019, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional), <https://cppm.es/boe-26-2-2019-estrategia-nacional-contra-el-terrorismo-2019/> (visitado última vez el 20 de marzo de 2019).

27 Sobre la tensión entre “normalidad” social y “normatividad” constitucional, cfr. H. HELLER, *Teoría del Estado*, trad. L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1942 (1971, 6.ª reimpresión), pp. 256 y ss.; y acerca de la anterior tensión al respecto del Estado social y democrático de Derecho (dado que fundamento del mismo), véase J. L. MONEREO PÉREZ, *La defensa del Estado social de Derecho (La teoría política de Hermann Heller)*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009.

28 Acerca de ésta, J. ANTÓN MELLÓN, “Policía política”, en AA.VV. *Conceptos fundamentales de inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 281 y ss.

y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), por cuanto que sospechosas, por represivas, del propio pluralismo político. Ahora bien, decimos “difícilmente (que no imposible)” porque las contradicciones dialécticas de la globalización están generando movimientos que ponen en riesgo, nuevamente, no ya determinadas concepciones políticas, sociales y económicas²⁹, sino la misma concepción de democracia pluralista; y de esta forma, que se haya de plantear, aun adecuadamente, la posibilidad de que la actuación pública alcance a estos grupos o movimientos, mas sin reducir el pluralismo constitucionalmente garantizado. Sin duda, un más que complejo equilibrio (según se viene a mostrar a continuación), pero oportuno por absolutamente necesario.

IV. ENTRE LA DEMOCRACIA MILITANTE, LA LEALTAD CONSTITUCIONAL Y EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Con todo resulta oportuno distinguir, y de manera previa, la plena legitimidad de una intervención pública abstracta y genérica sobre la referida desafección constitucional a nivel social (en cuanto tal), y en especial a fin de alcanzar información evaluada de la conformación social y política (y al respecto del desarrollo de adecuadas políticas públicas por los poderes públicos, a dichos efectos). En este sentido cabría integrar (en principio, y en abstracto) la labor del Centro de Investigaciones Sociológicas (como organismo autónomo adscrito al Ministerio de la Presidencia)³⁰ al amparo de la atribución al mismo de la “realización de estudios que proporcionen diagnósticos sobre situaciones y asuntos sociales [que] sirvan de orientación a los poderes públicos en sus iniciativas normativas y ejecutivas”³¹.

29 Decimos “nuevamente” en atención a cómo en el pasado, en el periodo de entreguerras, vino ya a suceder; no es que la historia se repita sin más, pero sí que ofrece lecciones que la humanidad no debería olvidar. Desde tal perspectiva, véase T. SNYDER, *Sobre la tiranía (20 lecciones que aprender del Siglo XX)*, trad. A. Pradera Sánchez, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2017. A ello, a su vez, habría que añadir la referida y vigente crisis del COVID-19, y su potencial instrumentación por tales movimientos para atacar el sistema constitucional.

30 Art. 84.1 Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990. También art. 1.5.c RD 816/2018, de 6 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad.

31 Art. 3.c RD 1214/1997, de 18 de julio, sobre organización del Centro de Investigaciones Sociológicas. Y ello, a modo de inteligencia sociocultural: *cf.*, precisamente, voz “Inteligencia sociocultural (SOCINT)”, en AA.VV. *Diccionario Lid. Inteligencia y Seguridad*, Ministerio de la Presidencia, Lid, Madrid, 2013, p. 169.

Otra cosa es, luego, específicas intervenciones ya sobre concretos movimientos políticos (o de otra índole) caracterizados por una intensa desafección hacia el sistema; y ello, al respecto de un sistema constitucional (recuérdese) presidido por una Constitución normativa y rígida en la que cualquier parte o contenido de ella puede ser reformado (art. 168 CE)³², y así no estrictamente en el marco de una democracia militante y no ideológicamente neutral (como es el caso alemán, nuevamente)³³, de modo que cualquier opción política dirigida a la reforma constitucional (más o menos amplia o profunda) que respete o acate el marco procedimental constitucionalmente establecido permanecería integrada dentro del pluralismo constitucionalmente reconocido (otra vez, art. 1.1 CE)³⁴. La cuestión surge, entonces,

32 STC 124/2017, de 8 de noviembre (FJ núm. 5.d): “Llegado aquí, hemos de recordar una vez más que todos los preceptos de la Constitución son susceptibles de reconsideración y revisión en derecho, pues nuestra Constitución, ‘como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*’, ya que admite y regula su revisión total (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Así pues, el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el orden constitucional, incluida la reconsideración de la identidad y unidad del titular de la soberanía, es desde luego factible en nuestro Ordenamiento ‘toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución ... no hay límites materiales a la revisión constitucional’ [STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4; doctrina que reitera STC 90/2017, FJ 6 b)]. Por lo tanto, ‘[e]s plena la apertura de la norma fundamental a su revisión formal, que pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (arts. 87.2 y 166 CE)’ [STC 114/2017, FJ 5 C)]”.

33 K. VON BEYME, “La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la república federal de Alemania”, trad. A. Embid Irujo, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 35, 1983, pp. 73 y ss.; también, nuevamente, E. DENNINGER, *Democracia militante y defensa de la Constitución... cit.*, pero ahora pp. 445 y ss. Además, y al respecto del carácter “no neutral” de la democracia alemana, *cfr.* K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1987, pp. 386-387.

34 Sigue diciendo la STC 124/2017 (asimismo, FJ núm. 5.d): “Hasta este punto es cierta la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo. En efecto, la Constitución depara la más amplia libertad para la exposición y defensa públicas, dentro o fuera de las instituciones, de cualesquiera concepciones ideológicas, incluyendo las que ‘pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica’ (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12, y 259/2015, FJ 7). Pero la conversión de esos proyectos políticos o cualesquiera otros en normas o en otras determinaciones del poder público no es posible sino mediante los procedimientos de reforma constitucional, cuya observancia ‘es, siempre y en todo caso, inexcusable’ (STC 103/2008, FJ 4). De modo que cuando un poder público pretende alterar el orden constituido de manera unilateral e igno-

cuando respetando dichos grupos (desde su acción o actividad) los procedimientos democráticos y constitucionales en la actualidad, y por tanto acatando formalmente el principio de lealtad constitucional³⁵ y pudiendo quedar incluso al borde (pero siempre al margen) de la ilegalización misma de asociaciones y partidos (art. 22.4 CE; Cap. VII LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación; y Cap. III LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos)³⁶, teleológicamente expresan sin embargo escaso patriotismo constitucional³⁷ en relación con el pluralis-

rando los procedimientos de reforma expresamente previstos a tal fin por la Constitución ‘abandona la única senda que permite llegar a este punto, la del Derecho’, con el consiguiente ‘daño irreparable para la libertad de los ciudadanos’ [STC 259/2015, FJ 7, doctrina que reiteran, entre otras, SSTC 90/2017, FJ 6 b) y 114/2017, FJ 5 C)]. Esto último es, precisamente, lo que ha consumado el Parlamento de Cataluña al aprobar la Ley impugnada”.

35 Sobre esta, véase: L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “Lealtad constitucional y partidos políticos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002-2003, pp. 445 y ss.; y R. TUR AUSINA, “Lealtad constitucional y democracia”, *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, pp. 503 y ss.

36 Entre otros, véase: J. GARCÍA GONZÁLEZ, “Las causas de disolución y suspensión de un partido político previstas en la Ley Orgánica 6/2002 y su relación con el artículo 515 del Código Penal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003, pp. 49 y ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Algunas reflexiones sobre la ley orgánica 6/2002, de partidos políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional”, *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 0, 2004, pp. 179 y ss.; y E. VÍRGALA FORURIA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)”, *ReDCE*, núm. 13, 2010, pp. 415 y ss. También, de interés: A. SÁIZ ARNAIZ, “La disolución de partidos políticos y el derecho de asociación: el test de convencionalidad, art. 11 CEDH”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 533, 2002, pp. 1 y ss.; F. J. GARCÍA ROCA, “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *REDC*, núm. 65, 2002, pp. 295 y ss.; M. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, “El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia? (STEDH ‘Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía’, de 31 julio 2001)”, *ReDCE*, núm. 2, 2002, pp. 337 y ss.; J. M. BILBAO UBILLOS, “Guion para el debate sobre la disolución de los grupos parlamentarios vinculados a partidos que han sido ilegalizados judicialmente”, *REDC*, núm. 68, 2003, pp. 249 y ss.; y M. E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Refah Partisi y otros contra Turquía: legítima disolución de un partido político”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 19, 2003, pp. 443 y ss.

37 Cómo no, J. HABERMAS, “Ciudadanía e identidad nacional”, en *Facticidad y validez (Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso)*, trad. M. Jiménez Redondo, 4.ª edición, Trotta, Madrid, 2005, pp. 619 y ss. No obstante, sobre el origen previo de la noción “patriotismo constitucional” antes de él (D. STERNBERGER), véase J. C. VELASCO ARRO-

mo democrático y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas (en su conjunto), de manera que generan fundadas sospechas de futura ruptura de la referida lealtad de alcanzar, hipotéticamente, el poder³⁸; no en vano la desafección constitucional se nos presenta precisamente como fenómeno antagónico al patriotismo constitucional, puesto que (recuérdese) cuestionamiento ideológico del pluralismo, de las minorías y de las libertades.

En este sentido, la historia contemporánea nos ha dado muestras de regímenes autoritarios con legitimidad democrática inicial (en mayor o menor grado)³⁹; o más próximos en el tiempo, de movimientos que pugnan por el poder con evidentes derivas autoritarias, por no hablar de aquéllos que, finalmente, han llegado al mismo⁴⁰. De este modo es que se plantee el más difícil reto para los Estados democráticos cual es garantizar la propia democracia pluralista del propio principio democrático en su acepción mayoritaria⁴¹. Y así, entonces, que surja la paradoja y el reto de cómo y hasta dónde puede un Estado controlar la calidad democrática ontológica en el ejercicio de derechos y libertades formalmente respetuosos del orden constitucional⁴²; e incluso, si en tal control caben instrumentos de información e inteligencia

YO, “Los contextos del patriotismo constitucional”, *Cuadernos de Alzate*, núm. 24, 2001, pp. 63 y ss.; también de interés, J. M. ROSALES JAIME, “Patriotismo constitucional: sobre el significado de la lealtad política republicana”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 20, 1999, pp. 139 y ss.

38 Así en Alemania, diferenciando expresamente entre movimiento ideológico (partido político) constitucional, pero antidemocrático, y a la vista de la reforma constitucional allí de 7 de julio de 2017, véase P. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, “La prohibición de partidos políticos en Alemania. Del nuevo criterio de la potencialidad y la reciente reforma constitucional para la no financiación de formaciones antidemocráticas pero constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, pp. 235 y ss.

39 Por todos, H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. G. Solana, Taurus, Madrid, 1998. Además, acerca de cómo el propio Derecho se pone al servicio, e incluso como fundamento, de aquél, véase G. ZAGREBELSKY, “La Ley, el Derecho y la Constitución”, trad. C. Ortega Santiago, *REDC*, núm. 72, 2004, en especial pp. 18 y ss.

40 Así Hungría (con Viktor Orbán) y Polonia (Andrzej Duda), o Turquía (Recep Tayyip Erdoğan) y, más recientemente, Brasil (Jair Bolsonaro).

41 Y esto más allá de la garantía que supone las jurisdicciones constitucionales a la luz de Constituciones normativas, así como de los tribunales ordinarios (al respecto, por ejemplo, de la referida ilegalización de asociaciones y partidos conforme art. 22.4 CE, Cap. VII LO 1/2002 y Cap. III LO 6/2002).

42 Sobre las paradojas de la propia democracia militante, véase: P. MACKLEM, “Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 3, 2006, pp. 488 y ss.; y U. WAGRANL, “Transnational militant democracy”, *Global Constitutionalism*, vol. 7, núm. 2, 2018, especialmente pp. 146-150.

públicos que permitan prevenir amenazas para la propia pervivencia, no de la Constitución vigente (insistimos) sino de la esencia constitucionalista del sistema político en cuanto que garantía última del pluralismo y de los derechos y las libertades de sus miembros, y a partir (especialmente) del valor dignidad humana⁴³. Y es que la democracia constitucional no es sólo un mero proceso relativo a la toma de decisiones públicas, sino participación en y para el desarrollo de un sistema político fundado, respetuoso y en promoción de la referida dignidad⁴⁴, y por tanto que tal concepción de la democracia legitime por sí (entendemos) acciones destinadas a su protección ante actuaciones formalmente democráticas, pero teleológicamente contrarias a ella; y esto último, por más que haya quienes presenten hoy a la misma democracia como simple mayoría representativa (así, democracia iliberal)⁴⁵.

Además (por último), y aun cuando en el ordenamiento constitucional español no cabe reconocer un estándar de democracia militante (ya, STC 101/1983, de 18 de noviembre)⁴⁶, sí que el referido patriotismo constitucional, que com-

43 Con carácter general, acerca de la dignidad de la persona como nuevo epicentro del Derecho, véase G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” – Dykinson, Madrid, 2003, en especial pp. 65 y ss.; y sobre los derechos fundamentales como nuevo “fundamento funcional” de la Democracia, P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. A. Fusillo y R. W. Rossi, 4.^a reimprección, Carocci, Roma, 2005, pp. 51 y ss. Confluyendo ambas consideraciones, y a la luz especialmente de la obra de P. Häberle, P. RIDOLA, *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*, trad. C. Luiz Strapazzon y T. Wesendonck, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014.

44 Cfr. E. SCIACCA, *Interpretación de la democracia*, trad. C. García, EDERSA, Madrid, 1994, en especial p. 159.

45 Véase C. DELSOL, “Democracias iliberales”, trad. M. Escamilla Castillo, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 53, 2019, pp. 339 y ss.; también, de interés, A. MORELLI, “El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción”, trad. J. F. Sánchez Barrilao, *ReDCE*, núm. 31, 2019, en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE31/ReDCEsumario31.htm> (visitado última vez el 3 de septiembre de 2019).

46 FJ núm. 3: “La sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Consti-

partimos con Europa (art. 2 TUE)⁴⁷, acabe por transmutar en cierta democracia militante al hilo de la limitación que para nuestro ordenamiento supone el proceso de integración europea⁴⁸, y en especial la capacidad que le hemos reconocido a la Unión Europea para que pueda llegar a sancionarnos en caso de regresión democrática nuestra (art. 7 TUE)⁴⁹; de este modo, que de cierta transnacionalización de la democracia militante se llegue a hablar⁵⁰. Con esto no es que pretendamos afirmar, finalmente, la importación vía Europa de una concepción constitucional de democracia militante capaz de prohibir legítimamente determinadas opciones políticas, sino la de una noción de patriotismo constitucional lo suficientemente densa como para justificar medidas con las que poder reaccionar frente a la desafección constitucional, en general, y a una regresión democrática, en particular. Y es que la democracia constitucional no es suficiente garantía para ella misma, por más que nos resulte intelectualmente evidente⁵¹: ¿cómo vamos a desandar libremente la senda de la libertad?, ¿cómo vamos a negarnos el anhelo de la dignidad?, y, sin embargo, así es.

tución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los arts. 166 y siguientes de la Norma Fundamental. Entendido así el acatamiento, como lo entienden acertadamente tanto el Ministerio Fiscal como la representación del Congreso, constituye un deber inherente al cargo público, una condición, en el sentido de requisito, con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal”. De interés, véase M. Á. APARICIO PÉREZ, “El acatamiento a la Constitución, requisito de la condición plena de parlamentario”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 84, núm. 4, 1985, pp. 1029 y ss.

47 Al venir a definir un sentido compartido de valores en identificación de la Unión; así, ya, C. CLOSA MONTERO, “Constitución y Democracia en la Unión Europea”, en AA.VV. *La Constitución de la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 29-31.

48 Véase F. BALAGUER CALLEJÓN, “El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente”, en AA.VV. *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 1, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pp. 99 y ss.

49 Por ejemplo, C. PÉREZ BERNÁRDEZ, “La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, 2016, pp. 48 y ss.

50 Cfr. U. WAGRANDL, *op. cit.*

51 Por todos, N. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, trad. J. F. Fernández Santillán, 2.ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

V. ALCANCE DE UNA INTELIGENCIA POLÍTICA AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA

En principio, y para el caso de grupos ideológicos que expresan deslealtad con dicha esencia constitucionalista y con la idea misma de democracia pluralista, y aun sin ser ésta militante aquí (expresamente STC 48/2003, de 12 de marzo)⁵², nos resulta proporcionado y razonable constitucionalmente (en cuanto que canon para legitimar acciones de los poderes públicos) labores de inteligencia a fin de obtener adecuada información evaluada sobre ellos⁵³; otra cosa es el tipo de actuaciones y

52 FJ núm. 4: “[...] no cabe nada parecido a una democracia militante, si bien la Ley recurrida utiliza como canon de la legalidad de los partidos una serie de conceptos jurídicos indeterminados que no apelan a la protección de la norma constitucional, sino a la defensa de un orden político. En este sentido, la referencia del art. 6 LOPP a ‘los principios democráticos’, la del art. 9.1 LOPP a ‘los valores constitucionales expresados en los principios constitucionales y en los derechos humanos’ y las alusiones al ‘régimen de libertades’, al ‘sistema democrático’, al ‘orden constitucional’ y a la ‘paz pública’ (arts. 9.2 y 10.2 LOPP), en la medida en que denotan la pretensión de conferirles una existencia autónoma y al margen del texto de la Constitución, serían indicativas de una realidad metapositiva a cuya defensa y protección se encaminan las previsiones de la Ley”. También, FJ núm. 7: “[...] ha de coincidir con el Gobierno Vasco en que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La Ley recurrida no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que ‘los únicos fines explícitamente vetados son aquéllos que incurren en el ilícito penal’, de suerte que ‘cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos’. Y, en consecuencia, con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, ‘conductas’, es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar”. No obstante, lo anterior, sobre la resbaladiza aproximación del Tribunal Constitucional a la noción de “democracia militante” al respecto del caso español, véase J. A. MONTILLA MARTOS, “Algunos cambios en la concepción de los partidos: comentario a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12-13, 2003, en especial pp. 562 y ss.

53 Y por tanto, más allá de la mera obtención de información, por cuanto que esta ha de ser

medidas que puedan activarse y desarrollarse al respecto, de modo que la referida proporcionalidad se acompase y extreme según el grado de intervención de aquéllas en caso de limitación de derechos y libertades, y en especial ante situaciones de mayor o menor riesgo efectivo y concreto para la democracia. Así, por tanto, que quepa, desde actuaciones destinadas a procurar mero conocimiento evaluado sobre el potencial agresivo de concretos grupos que puedan poner en grave riesgo los valores básicos de la democracia constitucional-pluralista (y en particular los derechos y las libertades de las personas)⁵⁴, hasta otras de carácter táctico y urgente, y más intensas respecto a derechos y libertades, frente a actuaciones directas y graves contra el orden constitucional. Pero todo ello, no se olvide, desde el riesgo inverso que puede suponer para la democracia pluralista, los derechos fundamentales y las libertades públicas una intervención pública arbitraria y controladora de las diversas corrientes ideológicas que conviven en el sistema constitucional (a la par que lo articulan), en cuanto que limitativa del sistema democrático y del Estado de Derecho (así como de la propia libertad ideológica, conforme al art. 16.1 CE)⁵⁵. Y ante este nuevo riesgo, consecuentemente, la necesidad de plantear, aun someramente, claves básicas desde las que delimitar constitucionalmente dicha actuación pública (y al margen, claro, del respeto a las garantías constitucionales que cualquier acción de información debe cumplir). En tal sentido son tres, esencialmente (entendemos), los ejes sobre los que articular dicha labor pública (e insistimos, al margen del necesario respeto de las garantías constitucionales de derechos y libertades según acabamos de señalar, y su adecuada proporcionalidad): una, orgánica o institucional, en cuanto que relativa a

luego analizada; al respecto, entre otros, véase L. HALTY BARRUTIETA, “Análisis”, en AA.VV. *Conceptos fundamentales de inteligencia... cit.*, pp. 21 y ss.; también, acerca del ciclo de inteligencia, y sus diversas fases (de las que la obtención de información y análisis son sólo dos momentos del mismo), A. DE CASTRO GARCÍA, “Ciclo de inteligencia”, asimismo en AA.VV. *Conceptos fundamentales de inteligencia... cit.*, p. 53.

54 Y ello a fin de que los representantes públicos (especialmente el Gobierno, pero también las Cortes Generales) puedan activar medidas con las que procurar contener dicho riesgo potencial. Y decimos “procurar contener” pues, en última instancia, tal contención podría dirigirse a mayorías relevantes de difícil apaciguamiento político y jurídico; es decir, la evidencia de los hechos ante *el deber ser*.

55 STCFa de 17 de septiembre de 2013, § 114: “[...] el principio de la democracia capaz de defenderse a sí misma no debe malinterpretarse como autorización general para intervenir. Si una intervención podrá o no ser justificada a fin de proteger el orden fundamental liberal-democrático deberá ser clarificado, más bien, en cada caso particular por medio de la interpretación de las disposiciones constitucionales concretas ‘dignas de ser defendidas’”.

qué organización pública debe intervenir; otra, paramétrica, al respecto de cuándo y hasta dónde se ha de activar tal actividad; y una tercera subjetiva, en relación a sobre quiénes quepa llevarse a cabo dicha labor.

En cuanto a lo primero consideramos que sólo sea el Centro Nacional de Inteligencia (en adelante CNI), y en atención a la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, quien esté llamado a realizar, en principio, labores de inteligencia en relación con la conceptualizada desafección constitucional⁵⁶. De un lado, los riesgos potenciales de una actuación arbitraria en materia ideológica son tan graves para el propio sistema democrático que van a requerir de una aproximación restrictiva al respecto de la propia dimensión orgánica o institucional; y de otro, y entonces, que sea el CNI, en cuanto que organización básica y central de la comunidad de inteligencia (art. 1 L 11/2002), además de depender directamente del Gobierno (al que sirve, conforme art. 2.3 L 11/2002), el llamado a realizar actividades de información y evaluación sobre el riesgo y alcance potencialmente peligroso de determinados grupos ideológicos para las bases más esenciales del sistema constitucional en su conjunto⁵⁷. Y en tal sentido, y a tenor de la proyección política de la misma, que el Gobierno, en cuanto que responsable último de la política interior y exterior, de la Defensa (art. 97 CE), y por tanto de la Seguridad Nacional (art. 4.1 L 36/2015) y del propio CNI (nuevamente, art. 2.3 L 11/2002), mantenga un estrecho e intenso control sobre la actuación de éste en dicho sentido. Mas ello, claro, sin

56 Por ejemplo, véase C. RUIZ MIGUEL: “El CESID: Historia de un intento de modernización de los Servicios de Inteligencia”, *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 709, 2005, pp. 121 y ss.; y “Problemas actuales del derecho de los servicios de inteligencia”, *Inteligencia y Seguridad*, núm. 2, 2007, pp. 30 y ss.

57 Adviértase la existencia desde 2015 de una Unidad de Defensa de los Principios Constitucionales en el seno del CNI, la cual vendría precisamente operando en este ámbito de inteligencia; en https://elpais.com/politica/2018/05/12/actualidad/1526131513_517815.html (visitado última vez el 8 de agosto de 2018). Una Unidad que parecería conectarse al “concepto estratégico” del CNI aprobado por el Gobierno (en colaboración con el mismo CNI) en 2015; al respecto de tal concepto, *cfr.* la intervención de S. Sáenz de Santamaría Antón, en calidad de Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, en el Congreso de los Diputados el 15 de septiembre de 2015, presentando el presupuesto correspondiente a su departamento al respecto del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, núm. 305, 15 de septiembre de 2015, pp. 7-8. Sin embargo, en tal intervención es que, al hilo de las tareas que corresponde al CNI y a los grandes riesgos globales a los que éste ha de enfrentarse (expresamente, terrorismo internacional, ciberterrorismo, ciberseguridad y nuevas formas de inteligencia económica), no se hizo referencia alguna (de ningún tipo) a la desafección constitucional (ni siquiera, en relación con la amenaza de la radicalización política).

perjuicio de que: en caso de que el CNI advierta conexiones de dichos grupos con actividades delictivas o ilícitas, y en especial con terrorismo o crimen organizado, o con la intervención de sujetos externos (como otros Estados), contacte con otros servicios de inteligencia especializados (y competentes) en estos ámbitos, pasando entonces éstos a intervenir; y así, expresamente, el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (en adelante CITCO), al abarcar su actuación la “lucha contra todo tipo de [...] radicalismo violento” (art. 2.3.c RD 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior)⁵⁸. Lo que en ningún caso consideramos adecuado es la actuación de dicha inteligencia relativa a la desafección constitucional a través de particulares (en tanto que comunidad impropia de inteligencia o reserva de inteligencia)⁵⁹, dado el elevado riesgo de arbitrio político subyacente (y de ulterior control) en este contexto tan delicado para la democracia pluralista⁶⁰.

En cuanto al cuándo y hasta dónde se ha de activar la intervención pública en relación a la desafección constitucional, sólo el grave riesgo potencial para la pervivencia de las bases más esenciales del sistema constitucional y democrático (en

58 Y así la detección por el CITCO de grupos que puedan radicalizarse derivando en violencia, a fin de evitar (prevenir), precisamente, su materialización criminal; y ello no sólo al respecto del terrorismo, sino de cualquier movimiento o colectivo con discursos xenófobos y negacionistas, e incitador al odio y a la violencia [sobre tales conductas, y el grado de tolerancia constitucional ante éstas, véase G. M. TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, en http://www.indret.com/pdf/1177_es.pdf (visitado por última vez el 2 de octubre de 2018)]. También de interés, por último, el referido PEN-LCRV, en el que se encomienda precisamente al CITCO su implementación y desarrollo, y al abarcar su acción expresamente “cualquier ideología violenta que busque socavar la estabilidad y la normal convivencia de los ciudadanos”, además de la reciente Estrategia Nacional contra el Terrorismo 2019.

59 Cfr. R. ARCOS MARTÍN, “Reserva de inteligencia”, en AA.VV. *Conceptos fundamentales de inteligencia... cit.*, pp. 329 y ss.; también, como comunidad ampliada de inteligencia, véase AA.VV., *Diccionario Lid. Inteligencia y Seguridad*, Ministerio de la Presidencia, Lid, Madrid, 2013, pp. 79-80.

60 Y esto en atención a las mayores dificultades de su ulterior control jurídico y político sobre tal labor de inteligencia si ésta quedara en manos privadas. Otra cosa es la posibilidad de que particulares colaboren puntualmente, como parte de la reserva impropia de inteligencia, en tal labor de inteligencia; así, pensemos en especialistas sobre extremismos ideológicos en relación con la evaluación de los riesgos que determinados grupos pueden suponer para la esencia del sistema constitucional. Lo que en última instancia rechazamos es que la comunidad de inteligencia, y en particular el CNI (o el CITCO), delegue la labor de información a favor de sujetos y entidades privadas llegando a constituir auténticas para-estructuras de inteligencia en este campo.

particular, del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas en su conjunto) puede justificar tan extraordinaria labor: de una necesidad social imperiosa podríamos hablar para las acciones más incisivas, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009, en el asunto *Herri Batasuna y Batasuna c. España, Etxebarria y otros c. España y Herritarren Zerrende c. España*⁶¹; y a estos efectos distinguiéndose según la actividad a desarrollar al respecto. En tal sentido, y en principio, la actuación pública debería estar dirigida sólo a advertir y contener el riesgo que suponen grupos ideológicos extremistas, y así identificar grupos que quepan suponer una amenaza grave y real para el sistema constitucional, como de los factores que potencien o impulsen su aparición, además de una adecuada evaluación de tal información a fin de ulteriores tomas de decisiones políticas y jurídicas sobre ello (según se ha adelantado). Otra cosa es que, identificados tales grupos y advertidos gravísimos y concretos riesgos para el sistema, quepa entonces activar una intervención más operativa, incluso táctica, y específicamente destinada a contener o neutralizar concretas amenazas; y con ello, mediante labores de información más intensas, a la par que necesaria y progresivamente respetuosas con el principio de proporcionalidad.

Y ya sobre quiénes pueden ser objeto de esta actividad pública, cabe distinguir entre sujetos colectivos (sean meros grupos, asociaciones o incluso partidos políticos) e individuos (personas). En cuanto a los primeros, por más que dicha labor pueda suponer afectación al derecho de asociación en cuanto que injerencia pública en su libre actuación colectiva (art. 22.1 CE), el riesgo a la seguridad cabe actuar como límite legítimo al respecto (arts. 22.2 CE y 8.2 CEDH)⁶²; otra cosa son, cla-

61 § 83: “[...] el Tribunal recuerda que el adjetivo ‘necesaria’, en el sentido del artículo 11 § 2, implica una ‘necesidad social imperiosa’. Por ello, el examen de la cuestión de si la disolución de un partido político por riesgo de atentado a los principios democráticos responde a una ‘necesidad social imperiosa’ (ver, por ejemplo, Partido socialista y otros, ya citada, § 49) deberá concentrarse sobre el punto de saber si existen indicios que muestren que el riesgo de daño a la democracia, siempre con la condición de que se acrediten, es suficiente y razonablemente próximo y sobre si los actos y discursos constituyen un todo que da una imagen neta de un modelo de sociedad concebido y propugnado por el partido, y que estaría en contradicción con la concepción de una ‘sociedad democrática’ (Refah Partisi, ya citada, § 104)”. Sobre tal concepción, expresamente, N. PÉREZ SOLA, “La ‘necesidad social imperiosa’ de la disolución de los partidos políticos. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España, Etxebarria y otros c. España y Herritarren Zerrende c. España de 30 de junio de 2009”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2009, pp. 165 y ss.

62 Con carácter general, como límites en el CEDH, la referencia en este a que no pueda haber

ro, los controles jurídico-judiciales (previos y a posteriori) a llevarse a efecto⁶³. Más complejo, en cambio, nos resulta en relación directa con las personas (y sin perjuicio de la anterior referencia a la seguridad como límite de los derechos, así como a los controles jurídicos). En principio, y aun a riesgo de afectación de diversos derechos fundamentales (arts. 16.1, 20.1 y 22.1 CE), la simple participación de alguien en un colectivo (como asociación o partido) objeto de intervención por desafección constitucional puede justificar, aunque sólo cautelarmente, la extensión al mismo de tal labor; y decimos “sólo cautelarmente”, pues para que ésta pueda proseguir se requeriría entonces que dicha persona realizara concretas actuaciones dirigidas a contribuir a poner en riesgo el sistema constitucional⁶⁴. Desde luego lo que no cabe, entendemos, es la simple investigación de la ideología de una persona (art. 16.1 CE).

En caso de personas que ostenten ahora la condición de representante electo de la ciudadanía, es que resulte afectado su derecho fundamental a participar en asuntos públicos (art. 23.1 CE)⁶⁵; sin embargo, este derecho tampoco resulta ilimitado, en especial para el caso de que precisamente se aproveche dicha condición para socavar o minar las bases del sistema democrático y constitucional⁶⁶. Con todo, el mayor problema se da cuando tal condición representativa se ostenta en las Cortes Generales y bajo el amparo de las prerrogativas parlamentarias (art. 71 CE), y en especial

injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de dichos derechos si no está “prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. En tal sentido, singular trascendencia alcanza la STEDH de 6 septiembre de 1978, en el asunto *Klass y otros contra Alemania* (demanda núm. 15473/1989); sobre ésta, y en relación precisamente a los servicios secretos, véase M. REVENGA SÁNCHEZ, “Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad”, *REDC*, núm. 61, 2001, pp. 68-70.

63 Sobre estos y con carácter general, ya, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de los derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 307 y ss.

64 *Cfr.* STCFa de 17 de septiembre de 2013, § 123.

65 Aunque específicamente al respecto de los miembros del Parlamento Federal alemán, véanse las consideraciones volcadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la referida Sentencia de 17 de septiembre de 2013, en cuanto que relativas a la relación entre electores y elegidos, y a la libre capacidad de estos de comunicarse con los primeros (§§ 92 y ss.).

66 STCFa de 17 de septiembre de 2013, § 121: “Una preponderancia del interés por la protección del orden fundamental liberal-democrático entra en consideración, especialmente, cuando existan indicios de que el diputado abuse de su mandato para luchar contra el orden fundamental liberal-democrático o bien combata a esta de forma activa y agresiva”.

con relación a la inmunidad y la necesaria autorización de su respectiva Cámara para su procesamiento (concretamente, art. 71.2, *in fine*, CE), pues tal intervención pública no sólo afectaría al diputado o senador, sino a la garantía constitucional de la independencia parlamentaria⁶⁷.

Para finalizar este apartado, y a la vista de la vigente ESN_2017, no resulta oportuno plantear dos cuestiones más: de un lado, la referencia al problema de la “cohesión territorial”⁶⁸, y de otro, las llamadas amenazas o acciones “híbridas”⁶⁹; cuestiones que, además, se pueden conectar⁷⁰. En cuanto a lo primero, y en evidente referencia a movimientos secesionistas e irrespetuosos de las minorías (añadimos), se habría de estar en principio a lo referido más arriba; y ello no sólo con relación a meros grupos civiles, sino a sujetos públicos en tanto que impulsores o catalizadores de tales movimientos y en evidente confrontación constitucional. No en vano, y como nos recuerda el Tribunal Constitucional, “[o]tra cosa supondría liberar al poder público de toda sujeción a derecho, con daño irreparable para la libertad de los ciudadanos” [STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ núm. 7)]⁷¹. Por tanto, y dada

67 En particular, véase, otra vez STCFa de 17 de septiembre de 2013, §§ 102 y 109. Claro que dicha situación tampoco resultaría ilimitada (en abstracto), particularmente cuando tal condición parlamentaria fuera utilizada precisamente para poner en grave riesgo el sistema constitucional (asimismo, STCFa de 17 de septiembre de 2013, §§ 110 y ss.). Pero lo anterior: de un lado, requeriría de una expresa intervención de la Cámara, pues, y a diferencia del caso alemán, no hay previsión constitucional alguna al respecto de una inteligencia en protección de la Constitución y, por tanto, capaz de justificar una limitación a dicha prerrogativa (nuevamente STCFa de 17 de septiembre de 2013, cfr. §§ 112, 114 y 116); y, de otro, sin que la intervención pública pueda alcanzar tampoco el específico ejercicio de la actividad estrictamente parlamentaria (al hilo de la inviolabilidad, ahora, art. 71.1 CE; otra vez, STCFa de 17 de septiembre de 2013, § 124). Menos inconvenientes, en cambio, plantearía el aforamiento a favor del Tribunal Supremo (art. 71.3 CE), cuando la intervención judicial autorizando limitaciones de derechos fundamentales por el CNI corresponde precisamente a un Magistrado del Supremo (arts. 2.1 y 12 Ley 11/2002, y LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia).

68 ESN_2017, pp. 10 y 26.

69 ESN_2017, pp. 18, 34, 60 y 84.

70 Como finalmente parece estar detrás de ambas cuestiones en la vigente ESN_2017, al hilo de la intervención rusa al respecto del conocido como “*procés català*”, mediante acciones de intoxicación informativa en Internet y en las redes sociales.

71 La cita, sin embargo, tiene origen en la ulterior STC 114/2017, de 17 de octubre de 2017, relativa a la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada “del referéndum de autodeterminación” (en su FJ núm. 5.c); para su cabal entendimiento, en especial al respecto de lo señalada más arriba, pasamos a la recepción completa del párrafo en el que

la trascendencia del supuesto, como de la responsabilidad del Gobierno por evitar dicho quebranto constitucional⁷², que quepan intervenciones públicas al respecto, si bien (y como se ha indicado antes) en conformidad a los límites anteriormente referidos⁷³.

se integra la referida cita: “Los preceptos de la Constitución (también, por tanto, su art. 2) son, sin excepción, susceptibles de reconsideración y revisión en derecho. El Tribunal reitera, pues, que ‘la Constitución, como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su ‘revisión total’ (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7)’. Asegura así que ‘solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución’ (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, pero para ello es preciso que ‘el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a estos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable’ (STC 138/2015, de 11 de junio, FJ 4, y jurisprudencia allí citada). Es plena la apertura de la norma fundamental a su revisión formal, que pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las asambleas de las Comunidades Autónomas (arts. 87.2 y 166 CE). Ello depara la más amplia libertad para la exposición y defensa públicas de cualesquiera concepciones ideológicas, incluyendo las que ‘pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica’ (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12). El debate público, dentro o fuera de las instituciones, sobre tales proyectos políticos o sobre cualesquiera otros que propugnaran la reforma constitucional goza, precisamente al amparo de la Constitución misma, de una irrestricta libertad. Por el contrario, la conversión de esos proyectos en normas o en otras determinaciones del poder público no es posible sino mediante el procedimiento de reforma constitucional. ‘Otra cosa supondría liberar al poder público de toda sujeción a derecho, con daño irreparable para la libertad de los ciudadanos’ [STC 259/2015, FJ 7; en análogo sentido, SSTC 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5; 52/2017, FJ 5; y 90/2017, FJ 6 b)]. Esto último es, sin embargo, lo que ha consumado el Parlamento de Cataluña al aprobar la Ley impugnada”.

72 Otra cosa, claro está, sería la diversa posición del Gobierno con ocasión de una propuesta de reforma constitucional en tal sentido por una Asamblea de una Comunidad Autónoma (arts. 87.2 y 166 CE), cuya posibilidad expresamente se plantea en la propia STC 114/2017, según el párrafo recogido en la anterior nota (nuevamente, FJ núm. 5.c). Una posición, en tal caso, meramente política, por cuanto que a favor o en contra de dicha reforma, mas no como esgrimidor de responsabilidad constitucional alguna.

73 En cuanto a la condición de miembro de asamblea legislativa autonómica, y en atención a la configuración estatutario-constitucional menos plena de sus prerrogativas parlamentarias, no vendría a darse la exigencia de suplicatorio, además de corresponder el aforamiento asimismo al Tribunal Supremo (al trascender la comisión de los hechos investigados del territorio de la Comunidad

Y en cuanto a las amenazas híbridas, como combinación de amenazas convencionales y no convencionales orientadas a la desestabilización de Estados y con intervención de otros Estados⁷⁴, y en especial para el caso de manipulaciones informativas y de la opinión pública por poderes extranjeros (incluso en procesos electorales)⁷⁵, que supongan agresiones que pueden exceder de la mera seguridad para penetrar en la misma defensa de la soberanía estatal, dado el altísimo grado de agresión que pueden alcanzar y su origen mismo⁷⁶.

Autónoma). Otra cosa seguiría siendo el que tales intervenciones públicas no puedan alcanzar el ejercicio de la actividad estrictamente parlamentaria, a tenor del alcance tradicionalmente reconocido a la inviolabilidad (nuevamente, art. 71.2 CE, y STC 30/1997, de 24 de febrero, FJ núm. 5). No obstante, se ha de recordar la STS, Sala Segunda, 54/2008, de 8 de abril, por la que se condenara a tres miembros de la Mesa del Parlamento Vasco por el contenido de un acuerdo tomado por ésta, viniendo así a relativizar el referido carácter absoluto de la inviolabilidad parlamentaria (por lo menos a nivel autonómico); dicha condena fue al tiempo confirmada por la STC 205/2013, de 5 de diciembre, mas finalmente enervada por la STEDH de 13 de junio de 2017 (asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España*), en base al derecho a la defensa (art. 6.1 CEDH), mas, con todo, advirtiendo cómo ni en la STC, ni en la STEDH, se hizo referencia a la inviolabilidad de los parlamentarios autonómicos, y por tanto a su alcance jurídico.

⁷⁴ Sobre estas, véase J. LESACA ESQUIROZ, “La disrupción digital en el contexto de las guerras híbridas”, *Cuaderno de Estrategia*, núm. 197, 2018, pp. 159 y ss.; también de interés, J. PULIDO GRAGERA, “Nuevos retos para la inteligencia estratégica ante el desarrollo de las amenazas híbridas”, en AA.VV. *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 591 y ss.

⁷⁵ Como parece haber sucedido en las elecciones presidenciales norteamericanas de finales de 2016, y la intervención en ellas de Rusia mediante ataques cibernéticos y promoción de noticias falsas a fin de influir, precisamente, en dicho proceso electoral; o al tiempo, y ya en España, la nueva intervención de esta al respecto del referéndum independentista catalán de 1 de octubre de 2017, y sus posteriores consecuencias. Así, véase M. MILOSEVICH-JUARISTI: “El poder de la influencia rusa: la desinformación”, *ARI*, Real Instituto Elcano, núm. 7, 20 de enero de 2017, en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/e4151417-6b46-4fc4-9ae8-170e0e567cdd/ARI7-2017-MilosevichJuaristi-Poder-influencia-rusa-desinformacion.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e4151417-6b46-4fc4-9ae8-170e0e567cdd> (visitado última vez el 3 de enero de 2018); y “La ‘combinación’, instrumento de la guerra de la información de Rusia en Cataluña”, *ARI*, Real Instituto Elcano, núm. 86, 7 de noviembre de 2017, en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/da86de12-7bb7-43cd-9b5e-72a4b8e9c351/ARI86-2017-MilosevichJuaristi-Combinacion-instrumento-guerra-informacion-Rusia-Cataluna.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=da86de12-7bb7-43cd-9b5e-72a4b8e9c351> (visitado última vez el 3 de enero de 2018).

⁷⁶ No en vano, tales acciones híbridas cabrían llegar a equipararse con las más clásicas amenazas armadas (según su gravedad); *cf.* ESN_2017, pp. 59-60.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A los efectos de tal extensión de la actividad de inteligencia al respecto de movimientos y grupos ideológicos, es que el Gobierno, en cuanto que principal responsable de la seguridad (nuevamente, arts. 2.3 L 11/2002 y 4.1 L 36/2015), deba intervenir siempre desde la consideración política más exquisita y objetiva posible, evitando en todo caso confundir (en lo más mínimo) el interés general que supone la garantía del sistema constitucional y democrático con el más particular y político-partidista que pueda darse al respecto del alcance ideológico alternativo que expresen unos y otros grupos (en especial asociaciones y partidos); y esto, en razón al riesgo connatural que dichas actividades públicas supone para el pluralismo ideológico constitucionalmente reconocido (otra vez art. 1.1 CE, además de sus arts. 6, 16.1, 22 y 23).

Lo anterior requiere, además, y en contrapartida, de real control sobre dicha labor de inteligencia política a fin de garantizar su cierta sujeción a los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE); y ello, ante el riesgo de politización que pueda suponer dicha actividad sin la fiscalización adecuada para los fines a los que sirve. En este sentido, aunque la Ley 11/2002 sujeta la actuación del CNI “a control parlamentario y judicial” (art. 2.2), la configuración secreta de su actividad (arts. 3 y 5.1) dificulta (como poco) un verdadero control público (tanto por los poderes, como por los propios ciudadanos)⁷⁷; y es que, más allá del necesario carácter reservado que sobre tal actividad y organización se requiere a fin de su efectividad (arts. 103.1 y 105.b CE)⁷⁸, su desarrollo normativo, todavía centrado en la preconstitucional Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (si bien

77 Véase A. ABA CATOIRA, “El secreto de Estado y los servicios de inteligencia”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 38/39, 2002, en especial pp. 133 y ss.

78 Sobre el principio de eficacia como límite legítimo al principio de publicidad, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 112; también de interés sobre el secreto, véase L. M. DÍEZ-PICAZO, “Publicidad y secreto en la Constitución”, en *Sobre secretos oficiales*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 77 y ss. Por otra parte, si el control es esencial en el Estado democrático y de Derecho, no lo es menos el carácter público del ejercicio del poder público (por todos, F. J. DE LUCAS MARTÍN, “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 131 y ss.), de modo que su limitación exige de una ineludible justificación constitucional; y a estos efectos, desde la exigencia del mantenimiento de un ámbito al margen del acceso abierto e indiscriminado al público de la actividad pública, y en cuanto que necesario para el normal desenvolvimiento del propio sistema democrático (así, por ejemplo, STEDH de 4 de diciembre de 2008, en el asunto *S. y Marper c. Reino Unido*).

conforme su ulterior reforma por la L 48/1978, de 7 de octubre⁷⁹, al tiempo que complementada por la L 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados⁸⁰), impide drásticamente una desclasificación automática⁸¹ con la que alcanzarse mayor legitimación y control democrático al menos a los años (a modo de responsabilidad diferida), lo cual consideramos esencial al respecto de la potencial intervención del CNI con relación a la desafectación constitucional y democrática (según se ha señalado). No es sólo que sea necesario hoy un nuevo régimen jurídico sobre el secreto más acorde a la extensión de la inteligencia y la seguridad (y en ajustado equilibrio y respeto al necesario control jurídico, político y social con el que hacer efectivo el Estado democrático de Derecho)⁸², sino que se ha de profundizar en la transparencia de una actuación pública que, al hilo de velar por la democracia, bien puede ponerla en riesgo⁸³.

79 Sobre la originaria Ley 9/1968, y su reforma de 1978, véase L. A. POMED SÁNCHEZ, “Transparencia”, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 9, 2017, pp. 179 y ss., y 183 y ss. (respectivamente).

80 Y al tiempo, Proposición de Ley de reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (122/000021), presentada en el Congreso de los Diputados el 7 de septiembre de 2016 por el Grupo Parlamentario Vasco; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 16 de septiembre de 2016, núm. 32-1. Dicha proposición fue abierta a numerosos plazos de ampliación de enmiendas (la última, hasta el 20 de marzo de 2018), pasando a fase de informe en la Comisión Constitucional y resultando finalmente caducada su tramitación conforme acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso de 13 de marzo de 2019, una vez producida la disolución de la Cámara (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D: General, de 27 de marzo de 2019, núm. 519, relación A.10). Una Proposición (y unas enmiendas), por cierto, bastantes más limitadas a parchear la Ley 9/1968, que a establecer un nuevo régimen jurídico sobre los secretos oficiales.

81 Diversa es la referida y decaída propuesta de reforma de la Ley presentada, en la que se establece veinticinco años máximo para materias calificadas secretas y diez años para las calificadas reservadas, “salvo que el Consejo de Ministros disponga su prórroga excepcional y motivada, en el exclusivo caso de las materias secretas, por un nuevo período máximo de diez años”. Sobre la desclasificación por plazos en Derecho comparado, véase J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Información clasificada”, en AA.VV. *Conceptos fundamentales de inteligencia... cit.*, pp. 199 y ss.

82 En esta línea, véase M. P. COUSIDO GONZÁLEZ, “Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, 2014, pp. 1/23 y ss.

83 E incluso, la consideración del control democrático de tal inteligencia como un indicador de efectiva democracia; *cfr.* G. DÍAZ MATEY, “Conceptions of Intelligence: Intelligence as a Democratic Indicator”, *RIEAS: Research Paper*, núm. 165, 2014, en <http://www.rieas.gr/images/publications/rieas165.pdf> (visitado última vez el 22 de agosto de 2018).

En fin, una concepción de la democracia la que se plantea en estas páginas desde el pluralismo y las minorías, y de cuya garantía y seguridad son los poderes públicos directamente responsables en cuanto que democráticos y constituidos (art. 1.2 y 9.1 CE), a la par que promotores y protectores de los derechos fundamentales y las libertades de los individuos, y así como de las propias minorías (Tít. I CE). Una concepción de la democracia en la que todos estamos implicados ante su desafección y potencial regresión.

Resumen

Este trabajo estudia, de un lado, la desafección constitucional como amenaza para las democracias pluralistas a la sombra del progreso de regímenes iliberales en nuestro entorno; y de otro, cómo esto repercute en la seguridad nacional, y la potencial intervención de los servicios de seguridad a tales efectos. También se plantea los riesgos que dicha intervención pública puede suponer ahora para la propia democracia pluralista, y la necesidad, entonces, de reforzar los controles jurídicos y políticos a fin de contener este último riesgo.

Palabras clave

Desafección constitucional, crisis iliberal, servicios de inteligencia, seguridad nacional, pluralismo democrático.

Abstract

This work studies the threat of constitutional disaffection to pluralist democracies in the shadow of the progress of illiberal regimes; and, secondly, the paper analyzes how this situation affects national security, and the potential intervention of security services for this purpose. It also takes account of public intervention may now pose for pluralist democracy itself, and the need, then, to strengthen legal and political controls in order to contain this last risk.

Keywords

Constitutional disaffection, illiberal crisis, intelligence services, national security, democratic pluralism.

Recibido: 11 de abril de 2020

Aceptado: 18 de abril 2020



LA CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD GENERACIONAL: ¿HACIA UNA DEMOCRACIA SOSTENIBLE?

Building the Principle of Generational Equity: towards a Sustainable Democracy?

GIACOMO PALOMBINO

*Doctorando de la Università degli Studi di Napoli Parthenope y de la
Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los derechos de quienes todavía no existen y el medioambiente como ámbito predilecto de la investigación.
- III. Medioambiente y generaciones futuras: una protección paralela.
- IV. El principio de equidad generacional y posible extensión de su alcance: la acepción neutral del concepto de recurso.
- V. La (;problemática?) proyección intergeneracional del equilibrio presupuestario.
- VI. La sostenibilidad de la deuda en la constitución italiana y la Sentencia n. 18/2019 de la Corte Constitucional.
- VII. Equidad generacional y modelo democrático representativo.
- VIII. Una conclusión en desarrollo.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los ámbitos del conocimiento humano se han visto directamente implicados en el intento de encontrar soluciones a los interrogantes que la sociedad presente, frente a la percepción de necesidades o riesgos, elaboran en relación al futuro¹.

1 El ser humano siempre ha demostrado una atracción natural hacia el mundo del futuro. Esto depende de que el ignoto –y particularmente todo lo de que es objetivamente imposible tener algún tipo de conocimiento– requiere el ejercicio de la fantasía, obligando al intelecto a un esfuerzo perpetuo dirigido a la proyección en el tiempo presente de lo que existirá en el tiempo futuro. En general, el arte es una clara demostración de esto, donde todas sus formas han dado lugar a ejemplos increíbles de este esfuerzo de la imaginación, también a la luz de una inspiración fundada en exigencias o cuestiones sociales actuales. Piensen, por ejemplo, en las alas de Ícaro, que, pasando por la máquina voladora de

Y esto viene justificado, como no podría ser de otro modo, por la preocupación del ser humano de garantizar su supervivencia o por encontrar factores –sociales, tecnológicos, económicos– que permitan una mejora de la calidad de su existencia.

La ciencia jurídica no es ajena a todo esto puesto que su función, y en particular la tutela de los derechos fundamentales se dirige en cierto sentido también a la supervivencia –no solo física, sino también social y económica– del individuo. Sin embargo, aquí hallamos un elemento más de complejidad puesto que el Derecho, normalmente calibrado para dar orden a lo cierto, parece disponer solamente de débiles instrumentos frente a lo incierto.

En este sentido, es aceptable afirmar que el futuro –es decir, todo lo que todavía no existe– constituye el ejemplo máximo de incertidumbre, consistiendo en todo lo que es natural e inevitablemente aleatorio².

Sin embargo, y a pesar de las evidentes dificultades teóricas, la doctrina se interroga desde hace tiempo sobre la posibilidad de configurar un modelo de protección de los derechos fundamentales de quienes todavía no existen o, dicho de otra manera, de un modelo que reconozca la existencia de obligaciones de las generaciones actuales frente a las futuras³.

A la luz de estos presupuestos, en el presente trabajo se intentará reconstruir la evolución teórica que permite formular un principio de equidad generacional⁴. En

Galileo, han servido de inspiración para la invención del avión. *Cfr.* U. BECK, *Risk Society. Towards a New Modernity*, SAGE, Londres, 1992.

2 En general, *cfr.* J. E. PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, 2.^a edición, Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–Sao Paulo, 2013.

3 En su teoría de la justicia, RAWLS nos habla de la equidad generacional en su acepción de imparcial distribución de la riqueza entre la generación presente y las futuras. *Cfr.* J. RAWLS, *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971; *Cfr.* J. C. TREMMEL, *A Theory of Intergenerational Justice*, Routledge, Londres, 2009; D. PARFIT, *Reasons and persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984, trad. it. *Ragioni e persone*, Il Saggiatore, Milán, 1989.

4 Parece oportuno desarrollar una precisión terminológica, en relación tanto al concepto de equidad como a la adjetivación generacional. Con respecto al primer término, se señala que la Corte Constitucional italiana –como veremos en el curso del trabajo– utiliza el concepto de *equità* y afirma expresamente su sinonimia con *solidarietà* y *mutualità* en la Sentencia núm. 18/2019. También por esta razón, en este artículo parece oportuno utilizar el concepto de equidad, aunque en otros trabajos (*cfr.*, por ejemplo, G. PALOMBINO, “El medioambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la imparcialidad generacional en la perspectiva del constitucionalismo multinivel”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, en prensa) se ha recurrido al término imparcialidad. Este último, en efecto, corresponde a la traducción española de la noción de *fairness* utilizada por J. RAWLS, *op. cit.*, que en la versión italiana se ha traducido justamente con la palabra “equità”. Sin em-

particular, se reflexionará sobre los motivos que han llevado al derecho al medioambiente sano a erigirse en el ámbito de investigación donde tradicionalmente ha tenido origen dicho principio y, posteriormente, cómo la doctrina y la jurisprudencia han ampliado el alcance del mismo, extendiendo su formulación a otras ramas del Derecho.

En concreto, se centrará la atención del análisis en el equilibrio presupuestario y su problemática configuración como mecanismo de protección para las generaciones futuras. A este respecto, en la Sentencia n. 18/2019 de la Corte Constitucional italiana encontramos significativos elementos de reflexión que, como se verá de manera detallada, permiten plantear si el principio de equidad generacional tiene un espacio de aplicación –potencial o efectiva– en las reglas o criterios que gobiernan el modelo democrático representativo. Por ello, es a partir de esta perspectiva que el trabajo se interroga acerca de la posibilidad de establecer la existencia de una “democracia sostenible”; es decir, un modelo de democracia que permita considerar actualmente representados o representables a los sujetos que todavía no existen⁵.

II. LOS DERECHOS DE QUIENES TODAVÍA NO EXISTEN Y EL MEDIOAMBIENTE COMO ÁMBITO PREDILECTO DE LA INVESTIGACIÓN

La cuestión preliminar relativa a la construcción del principio de equidad generacional consiste en saber si las generaciones futuras tienen derechos subjetivos, lo que conlleva implica revisar tanto el concepto de derecho como al de sujeto⁶. En relación al primer término, cabe recordar la doctrina que afirma que un derecho fundamental se reconoce a todos, y no solo en referencia al respeto de los tradicionales criterios que fundan el principio de igualdad –raza, género, religión, etc.–, sino

bargo, se señala también que estudios de matriz anglosajón más recientes sobre el mismo tema de este artículo utilizan, en inglés, la palabra *equity* (cfr. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*), así que traducirlo en castellano con el término equidad parece favorecer una mayor homogeneidad. Por lo que concierne al segundo término, la adjetivación “generacional” corresponde a su implicación. Como en los textos jurídicos leemos frecuentemente tanto la formulación “inter-generacional” como aquella “intra-generacional” –más adelante se explicará también este binomio– aquí queremos adoptar un concepto que aglutine ambos significados.

5 Cfr. R. BIFULCO y A. D'ALOIA (coords.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Nápoles, 2008.

6 R. MACKLIN, “Can future generations correctly be said to have rights?”, en E. PARTRIDGE (coord.), *Responsibilities to future generations. Environmental Ethics*, Prometheus, Buffalo, 1980.

también prescindiendo de la situación temporal del individuo⁷. Y es así porque a pesar de la concreta “traducción histórica de las necesidades individuales y sociales, la cual responde a una evolución continua, la naturaleza profunda de estas necesidades –que traducimos como ‘derechos fundamentales’– permanece inalterada en el tiempo”⁸.

Para proseguir con este asunto en el plano teórico, se ha puesto en evidencia que es esencial “disociar el concepto de relación jurídica de la necesaria relación entre sujetos” y acceder a una noción más actual que se funda en la “relación entre situaciones subjetivas”⁹. En este sentido, los derechos de las generaciones futuras no van enumerados entre los tradicionales derechos individuales en cuanto a que pertenecen a la categoría de los derechos grupales –*group rights*¹⁰– y más en concreto a los que se han definido “derechos generacionales”.

7 Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990; Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

8 Traducción propia de A. SPADARO, “L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione”, en R. BIFULCO y A. D'ALOIA (coords.), *op. cit.*, p. 72; cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017.

9 Traducción propia de R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milán, 2008.

10 “The use of the notion of group rights and of its synonym, collective rights, in international law is often ambivalent and imprecise. Some authors tend to call by the name of group rights all rights that have a collective element. Art. 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), for example, which confers on persons belonging to minorities the right, ‘in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language’, has been qualified as a group right. To mark the difference from individual rights, however, most authors concur in defining group rights with reference to the holder of the right. In contrast to individual human rights, the holder of a group right is not the individual but the group itself. The most well-known example of a group right in international law is the right to self-determination which is conferred on peoples. If groups are acknowledged as possible right holders, the question arises how to define a group. Not every plurality of persons qualifies as a group for the purpose of group rights. Rather, to be able to be holder of a right, a plurality of persons must have a certain organizational structure. This is necessary, because, to be able to assert its rights, the group must be represented by legitimized members that have been chosen as representative organs by the group. The requirement of an organizational structure does not imply that the group has to be incorporated according to national law, however. If such incorporation may be necessary for the implementation of certain group rights, it is not a prerequisite for the general ability of an entity to be holder of rights”, N. WENZEL, “Group rights”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

De hecho, este asunto permite solucionar también la problemática conectada con el segundo término, es decir, la calificación de sujeto de quien todavía no existe. Efectivamente, construir la condición de sujeto de un individuo solo potencial arroja muchas dificultades teóricas. De quien no existe, por ejemplo, no solo no pueden conocerse los rasgos físicos, sino tampoco las exigencias y las necesidades concretas. La consecuencia de este asunto es que la forma actual de proteger un derecho podría ser en el futuro insuficiente o, por el contrario, innecesaria; de igual manera, la obligación atribuida a los seres actuales –que tal vez corresponde a un sacrificio– podría demostrarse insuficiente o incluso excesiva¹¹.

Sin embargo, la configuración inter-temporal de los derechos fundamentales y, de una cierta manera, de su titularidad, lleva a la adopción de una ficción; es decir, un expediente práctico, útil para extender la aplicación de reglas a hipótesis no previstas, siendo esta una técnica interpretativa muy común en el estudio de nuevas experiencias jurídicas¹². Se ha afirmado que esa ficción puede corresponder a la irrelevancia del factor temporal; esto es, una reducción a cero de la diferente colocación temporal que permite fingir la coexistencia de la generación presente y las futuras¹³.

Esto es posible a través de un proceso de proyección tras el cual se puede demostrar, en el tiempo presente, la posibilidad de conocer las exigencias de las generaciones futuras. A su vez, esta proyección es realizable gracias a la utilización de un modelo conocido, el hombre actual, y donde el hombre del futuro se configura como su símil¹⁴. Esto quiere decir que, si se toma en consideración, por ejemplo, el ámbito de investigación del medioambiente, las exigencias vitales del hombre del presente corresponden a las del hombre del futuro¹⁵. Para entender esto, piensen,

11 R. BIFULCO, “Rappresentare chi non esiste (ancora)?”, en L. CHIEFFI, *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 256 y ss.; L. SÓLYOM, “The rights of future generations, and representing them in the present”, *Acta Juridica Hungarica*, 2002, pp. 43 y ss.

12 Cfr. S. PUGLIATTI, voz “Finzione”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, p. 673.

13 Cfr. H. SIDGWICK, *The methods of ethics*, Dover Publications, New York, 1907; Cfr. G. PONTARA, *Etica e generazioni future*, Laterza, Bari, 1995.

14 D. F. THOMPSON, “Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship”, *Critical review of international and political philosophy*, 2010; en general, cfr. J. C. TREMEL, *op. cit.*

15 Cfr. A. MALHOTRA, “A commentary on the status of future generation as a subject of international law”, en E. AGIUS y S. BUSUTTIL (coords.), *Future generations and international law*, Earthscan, Londres, 1998, pp. 39 y ss.

por ejemplo, cómo la contaminación, el cambio climático o la deforestación de los pulmones verdes del planeta son capaces de afectar tanto a quien existe, como a quien todavía no existe. Por lo tanto, la repercusión de los daños al medioambiente sobre los seres humanos es, tal vez, calculable y previsible.

La referencia al tema del medioambiente no es casual. Y esto, porque la reflexión jurídica dirigida a la configuración de un principio de equidad generacional encuentra precisamente en el medioambiente su ámbito predilecto de investigación.

Esta observación tiene su fundamento tanto en la jurisprudencia como en la producción normativa –nacional e internacional– relativa a este tema. Según una perspectiva estrictamente jurídica, como se analizará en el siguiente apartado, la reflexión sobre las generaciones futuras se ha desarrollado en paralelo a la investigación sobre el medioambiente. Es más, bajo un punto de vista textual la referencia al futuro y a la necesidad de una protección de quien lo vivirá aparece de lleno en materia medioambiental¹⁶.

III. MEDIOAMBIENTE Y GENERACIONES FUTURAS: UNA PROTECCIÓN PARALELA

En los últimos años, el medioambiente ha adquirido una evidente centralidad en el debate público, gracias a una masiva movilización de la sociedad civil y, quizás como consecuencia de ello, a una renovada atención de los actores políticos ante la protección ambiental. A este respecto, las Cumbres sobre el cambio climático celebradas por Naciones Unidas en Madrid en 2019 han generado un significativo crecimiento de la preocupación social frente la necesidad de construir un modelo económico sostenible y, por ende, dirigido también a la protección de las generaciones futuras¹⁷.

En realidad, la intervención jurídica en materia de medioambiente ha marcado, a lo largo de los años, una evolución relativa a esta conexión entre un modelo de desarrollo económico-productivo y la tutela de las generaciones futuras. Puede afirmarse, además, que la construcción de un derecho humano a un medioambiente sano se funda justamente en el desarrollo de la mencionada

16 Cfr. E. B. WEISS, D. B. MAGRAW y P. C. SZASZ, *International Environmental Law: Basic Instruments and References*, Brill–Nijhoff, Leida, 1992.

17 Cfr. E. BROWN WEISS, *In fairness to future generations: international law, common patrimony and intergenerational equity*, Tokio, The United Nations University, 1989; Cfr. E. BROWN WEISS, *Our rights and obligations to future generations for the environment*, *American journal of international law*, 1990; Cfr. A. MALHOTRA, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

conexión entre el sistema económico-productivo y el principio de equidad generacional¹⁸.

Efectivamente, se señala cómo la configuración del bien jurídico medioambiente está estrictamente relacionada con la evolución del modelo económico-social y, por lo tanto, la reconstrucción de esta evolución puede ser útil en la perspectiva analítica adoptada en el presente trabajo.

Una primera fase de este desarrollo corresponde al periodo posbélico tras la segunda guerra mundial. En un contexto social caracterizado por el proceso de reconstrucción, el medioambiente no era considerado como algo directamente relacionado con la tutela de la persona; o, dicho de otro modo, el entorno natural era considerado como objeto de la iniciativa económica del individuo. La Constitución italiana de 1948, por ejemplo, no preveía en ninguna disposición de su formulación originaria la tutela del medioambiente¹⁹. La misma ausencia se registra también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1960²⁰.

En realidad, a partir de los años Cincuenta se va solapando con una segunda fase. En el contexto internacional, diversos actores políticos empezaron a notar que una explotación irracional de los recursos naturales representaba un riesgo para sus economías. Sin embargo, los Estados advirtieron estos riesgos, no con referencia al propio modelo productivo, sino al proveniente por otros Estados. Este asunto puede comprobarse a la luz de la jurisprudencia de Tribunales arbitrales y, sobre todo, de

18 Cfr. C. HAMILTON, “Ecologically Sustainable Development: Implications for Governance in Australia”, *Canberra Bulletin of Public Administration*, núm. 69, 1992, pp. 65 y ss.

19 Cfr. G. M. FLICK, “L’art. 9 della Costituzione: dall’economia di cultura all’economia della cultura. Una testimonianza del passato, una risorsa per il futuro”, *Rivista AIC*, núm. 1, 2015; M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, Padova, 1991; T. MONTANARI, *Costituzione italiana: articolo 9*, Carocci, Roma, 2018; Cfr. M. CECCHETTI, “Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell’art. 9 della costituzione avente ad oggetto l’introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell’ambiente tra i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. Audizione presso la 1a commissione permanente del Senato della Repubblica *Affari costituzionali, Affari della presidenza del consiglio e dell’interno, Ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione*”, *Diritto pubblico europeo rassegna online*, núm. 1, 2020.

20 Cfr. A. SCARCELLA, “Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell’ambiente: i principali ‘filoni’ della Corte di Strasburgo”, *Ambiente e Sviluppo*, núm. 2, 2013, pp. 129 y ss.; N. COLACINO, “La tutela dell’ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: alcuni elementi di giurisprudenza”, *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2001, pp. 2 y ss.; M. DE SALVIA, “Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1997, pp. 2 y ss.; A. MOWBRAY, *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, sus pronunciamientos permiten configurar un primer principio en el tema del medioambiente: cada Estado puede explotar sus recursos sin perjudicar los intereses de otros Estados²¹. Y por eso no es una casualidad que la necesidad de una regulación jurídica relativa al medioambiente nazca precisamente con referencia al fenómeno de la contaminación transfronteriza; es decir, tras la resolución de controversias que tuvieron como objeto el caso en que un Estado, a raíz de su actividad productiva, contaminaba el territorio de otro Estado generando de esta manera una lesión económica²².

Algo cambia en el curso de los años tras tomar conciencia de la evolución del conocimiento y de la capacidad del ser humano en relación a la explotación de los recursos naturales. Por eso, la doctrina empieza a intuir la estricta conexión entre la tutela del medioambiente y los derechos humanos tanto de la generación actual como de las futuras.

21 Cabe recordar, por ejemplo, la controversia surgida entre Francia y España con referencia a la gestión de las aguas del Lago de Lanoux. Aunque este se sitúe en la vertiente sur de los Pirineos y en territorio de la República Francesa, las aguas del Lago constituyen uno de los orígenes del río Carol, el cual, después de haber discurrido por territorio francés, atraviesa la frontera española y continúa su curso en España. En 1950, *Electricité de France* planeó, de acuerdo con el Gobierno francés, desviar las aguas del Lago con la finalidad de incrementar su producción de energía. El Gobierno español criticó ese proyecto en cuanto capaz de comprometer su capacidad de explotar el recurso natural representado por las aguas del Lago. El Tribunal arbitral encargado de la controversia afirmaría, en aquel caso, la existencia de un principio que no permite al Estado donde se sitúa el origen del recurso perjudicar la disponibilidad del mismo por parte del otro; sin embargo, la resolución arbitral consideró la intervención estructural planeada por parte de Francia como no dañosa para los intereses del Estado español. *Lake Lanoux Arbitration* (France v. Spain), en *Revue Générale de Droit International Public*, 1958, p. 88. Otra controversia significativa en el desarrollo en la construcción del tema es el *Trail smelter case*. En los años sesenta, la actividad de una fábrica de Canadá situada muy cerca de la frontera estaba afectando, con sus emisiones, los cultivos presentes en el territorio de EEUU. En este caso, el Tribunal arbitral encargado declararía un principio aún más general, afirmando que ningún Estado puede explotar sus recursos comprometiendo el territorio y los ciudadanos de otros Estados. *Trail smelter case* (Unites States, Canada), *United Nations Reports of international arbitral awards*, vol. III, p. 1965.

22 En una sentencia de 1949, por ejemplo, la Corte ha declarado la responsabilidad de Albania por haber puesto minas en el Estrecho de Corfú sin advertir del peligro, y por haber causado daños a barcos militares de la flota británica. Como se lee en la Sentencia, Albania tenía que notificar la presencia del campo minado en base a la obligación por la cual un Estado no puede permitir que su territorio sea utilizado generando el riesgo de afectar a los derechos de otros Estados. *Affaire du détroit de Corfou*, fallo de 9 de abril de 1949, C.I.J. Recueil, 1949, p. 4.

La explicación de esta consideración se encuentra en los estudios de Hans Jonas y en su teorización del “principio de responsabilidad”²³. El autor alemán reconduce la necesidad de construir un modelo ético intergeneracional vinculado a la evolución de la *techné*, término griego entendido en sentido amplio como técnica y como tecnología. Sostiene que la evolución de la técnica ha transformado totalmente la interrelación entre hombre y naturaleza. Si en un primer momento el ser humano modificó el entorno ambiental sin tener la capacidad de perjudicar su conservación y reproducción, luego el desarrollo de la técnica generó un poder del ser humano cada vez más invasivo y capaz de influir de manera irreversible sobre la naturaleza²⁴.

Tomar conciencia sobre este asunto supone introducir en el vocabulario jurídico el principio de sostenibilidad y la inclusión de quien todavía no existe. Esto se puede comprobar merced a la regulación de la tutela del medioambiente que, a partir de los años setenta, ha tenido lugar también en el ámbito de los instrumentos internacionales y de las Cartas Constitucionales. Estas medidas marcan la tercera y última fase de nuestra reconstrucción acerca del nexo establecido entre el modelo económico-productivo y la salud medioambiental, permitiendo además afirmar cómo el desarrollo de la configuración jurídica del medioambiente se ha movido en paralelo a la afirmación del principio de sostenibilidad y la protección de las generaciones futuras²⁵.

La Declaración de Estocolmo de 1972 y la de Río de 1992 constituyen la principal demostración de esto. Sobre la base de ellas, se señala la evidente intención de dar una regulación coordinada de los conceptos de desarrollo y de medioambiente en la perspectiva de configurar un modelo de economía sostenible. Siempre en el marco internacional, relacionado con esto encontramos otro ejemplo en la Declaración sobre el desarrollo sostenible celebrada en la Cumbre mundial de Johannesburgo en 2002.

Como es sabido, la Unión Europea no es ajena a todo esto²⁶. Tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales como en el Tratado de Funcionamiento notamos

23 H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel-Verlag, Frankfurt-Main, 1979; *Idem*, *Philosophische Untersuchungen und metaphysische Vermutungen*, Insel-Verlag, Frankfurt-Main, 1992.

24 Aunque el enfoque sea diferente, en F. BALAGUER CALLEJÓN, “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *ReDCE*, núm. 32, 2019, en <http://www.ugr.es/~redce/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020) se analizan las cuestiones del desarrollo de la tecnología respecto a la aceleración del tiempo y la ampliación del espacio público.

25 A. KISS y D. SHELTON, *Guide to International Environmental Law*, Leiden-Boston, 2007; A. POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, Jovene, Napoli, 1982.

26 En general, *cfr.* F. BALAGUER CALLEJÓN, “Niveles y técnicas internacionales e internas

que la construcción de un modelo económico basado en la tutela del medioambiente y en el principio de sostenibilidad también tiene una dimensión que refleja el compromiso común de los Estados miembros. Se señala, además, la celebración del Pacto Verde Europeo al principio de 2020, un acuerdo con el que se pretenden una masiva conversión del modelo social y productivo de la Unión hacia una economía verde dentro de 2050²⁷.

Dicho esto, vemos que la construcción del principio de equidad generacional se ha ido desarrollando en paralelo al proceso de configuración del bien jurídico medioambiente, en tanto que este no se ha considerado un bien jurídico en sí, sino intrínsecamente conectado a la tutela de los derechos fundamentales. Por esta razón la jurisprudencia, mediante un proceso deductivo, ha establecido la existencia de un derecho humano a un medioambiente sano, por el cual el derecho al medioambiente se revela como un derivado de otros derechos fundamentales y, sobre todo, de los derechos a la vida y a la salud²⁸.

Sin embargo, es interesante notar que el medioambiente no sólo es un derivado sino también un prerequisite de los derechos fundamentales, ya que de su protección depende la tutela de los derechos conectados a la esfera individual. Por lo tanto, es precisamente en esta perspectiva desde la que la protección del medioambiente se dirige de manera inevitable a la tutela de las generaciones futuras. Si se acepta su consideración de “prerequisite”, los efectos favorables de la conservación de su bienestar y de la explotación sostenible de sus recursos se proyectan, evidentemente, hacia el futuro y a quien lo vivirá²⁹.

de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, *ReDCE*, núm. 1, 2004, en <http://www.ugr.es/~redce/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020); *Idem*, “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en M. A. GARCIA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 593-612; *Idem*, “Las competencias de la Unión Europea y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 4, 2003, pp. 9-30.

27 Cfr. S. CAVALIERE, “Il progetto *Green New Deal* e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?”, *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, núm. 1, 2020.

28 Cfr. F. M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua: una prospettiva internazionalistica*, Mondadori, Firenze, 2017, p. 63; B. BURGOS GARRIDO, “El derecho humano al agua”, en A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. C. RAFFIOTTA y M. P. IADICICCO (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. II: *Derechos fundamentales*, BOE-CEPC, Madrid, pp. 471 y ss., disponible en línea en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2 (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

29 A este respecto, se señala la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que,

IV. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD GENERACIONAL Y LA POSIBLE EXTENSIÓN DE SU ALCANCE: LA ACEPCIÓN NEUTRAL DEL CONCEPTO DE RECURSO

A la luz de esta evolución interpretativa, y merced a la emersión del concepto de sostenibilidad, se ha formulado una definición del principio de equidad generacional según la cual cada generación tiene que explotar los recursos disponibles sin perjudicar la oportunidad de las generaciones futuras de utilizar los mismos³⁰. La formulación adoptada, en realidad, plantea algunas cuestiones terminológicas.

La primera coincide con la necesidad de definir el concepto de generaciones futuras. Del término generación quiere adoptarse su acepción común, es decir, el conjunto de individuos nacidos en un periodo de tiempo cercano. La adjetivación futura, sin embargo, requiere una aproximación que vaya más allá de la referencia al conjunto genérico de quienes todavía no existen, no siendo obligatorio conocer en qué preciso momento temporal se hallan dichos individuos³¹.

Otra apreciación terminológica concierne al concepto de recurso. Se ha referido previamente cómo la formulación del principio de equidad generacional tiene su origen en la protección jurídica del medioambiente y encuentra su fundamento en el principio de sostenibilidad³². Por eso, es necesario hacer una primera precisión: el

a pesar de una referencia expresa en el Convenio, deduce la tutela del medioambiente tras la protección de los derechos de “primera generación”. En particular, *Arrondelle c. Reino Unido*, de 5 de agosto de 1960, demanda núm. 715/60; *X. e Y. c. Republica federal alemana*, de 13 de mayo de 1976, demanda núm. 7407/76; *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, demanda núm. 16798/90; *Guerra y otros c. Italia*, de 6 de julio de 1995, demanda núm. 14967/89; *L.C.B. c. Reino Unido*, de 19 de junio de 1998, demanda núm. 23413/94; *Kyrtatos c. Grecia*, de 26 de noviembre de 2000, demanda núm. 41666/98; *Oneryıldız c. Turquía*, de 18 de junio de 2002, demanda núm. 48939/99; *Hatton y otros c. Reino Unido*, de 7 de julio de 2003, demanda núm. 36022/97, par. 96; *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004, demanda núm. 4143/02.

30 “A review of juridical writings and legal instruments indicates that the core of the principle is that while the present generation has a right to use the Earth and its natural resources to meet its own needs, it must pass the Earth on to future generations in a condition no worse than that in which it was received so that future generations may meet their own needs. This generally applies both to the diversity of the resources and to the quality of the environment”, *cit.* E. BROWN WEISS, voz “Intergenerational equity”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

31 Es decir, conjetura que una generación futura pueda pertenecer tanto a un tiempo relativamente cercano como a un tiempo extremadamente remoto. Es también en este sentido que podemos diferenciar entre la equidad intra-generacional y la equidad inter-generacional (véase la nota núm. 4).

32 *Cfr.* C. D. STONE, “Safeguarding future generations”, en E. AGIUS y S. BUSUTTLIL

concepto de recurso natural tiene que interpretarse en conexión con las condiciones generales de vida del ser humano y no solamente como objeto de su explotación³³, otorgándole una dimensión interpretativa amplia. Sin embargo, la construcción semántica de este concepto, así como aparece en la formulación indicada del principio de equidad generacional, ha evolucionado en el tiempo; o, mejor dicho, ha sido el ámbito aplicativo del principio el que ha ido extendiéndose.

Efectivamente, la doctrina ha ilustrado que el estudio de las generaciones futuras, o, dicho de otra manera, la adopción de una serie de obligaciones de la generación actual frente a las futuras impregna todas las ramas del ordenamiento jurídico. Antes se ha visto cómo el desarrollo tecnológico ha influido en la explotación de los recursos naturales, pero, en realidad, son más los interrogantes que ha arrojado sobre el futuro. Pensamos, en particular, en la vigencia de la reflexión en materia de inteligencia artificial y su impacto sobre la sociedad del futuro, por ejemplo, respecto al ámbito laboral o la construcción de una idea actualizada de responsabilidad³⁴.

El tema de la biotecnología también está parcialmente conectado a esta temática. Algún autor se ha planteado si la investigación producida en esta específica rama científica podría condicionar, en el futuro, la supervivencia del hombre, y esto no solo en sentido negativo sino también en sentido favorable al ser humano³⁵.

(coords.), *op. cit.*, pp. 65 y ss.; E. AGIUS, "Obligations of justice towards future generations: a revolution in social and legal thought", *ibid.*; R. ST. J. MACDONALD, "Future generations: searching for a system of protection", *ibid.*; P. SANDS, "Protecting future generations: precedents and practicalities", *ibid.*, pp. 83 y ss.

33 J. M. GABA, "Environmental ethics and our moral relationship to future generations: future rights and present virtue", *Columbia Journal of International Law*, 1991, pp. 249-288.

34 J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, "El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional", *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2, 2016, pp. 225 y ss.; y, en general: *Idem*, "El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red", *ReDCE*, núm. 26, 2016, disponible en <http://www.ugr.es/~redce/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

35 *Cfr.* L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993; *Idem*, "La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le 'due culture'", *federalismi.it*, núm. 21, 2015; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università degli Studi di Trento, 2006; *Idem*, "Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale", en C. CASONATO y C. PICIOCCHI (coords.), *Biodiritto in dialogo*, CEDAM, Padova, 2006; F. CORTESE y S. PENASA, "Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati", *Rivista AIC*, núm. 4, 2015; G. CATALDI, "La convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina", en L. CHIEFFI (coord.), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia, Torino, 2000, p. 267 y ss.

Y piénsese –para concluir esta reconstrucción claramente aproximativa– en el vasto tema de la cultura. Este ámbito de investigación contiene tantas implicaciones que su estudio merecería un espacio de análisis más amplio. Sin embargo, sólo por mencionar un aspecto de su proyección inter-temporal, es suficiente recordar cómo el patrimonio artístico es normalmente objeto de un proceso no sólo de conservación sino también de promoción³⁶, cuyos significados de identidad se transmiten de generación en generación³⁷.

Por lo tanto, tras esta rápida reconstrucción quiere afirmarse que el concepto de recurso es interpretado en su concepción neutra, puesto que la equidad generacional dirige su acción a todos los factores y criterios de comportamiento capaces de producir consecuencias –que pueden ser positivas o negativas– a largo plazo.

V. LA (¿PROBLEMÁTICA?) PROYECCIÓN INTERGENERACIONAL DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO

De manera consciente, en la reconstrucción anterior se ha omitido la referencia a la calificación del concepto de recurso en sentido económico. Esto porque, ya desde el principio, encontramos la necesidad de advertir sobre la problematicidad de afirmar no tanto su alcance inter-temporal, sino la posibilidad de construir tras su estudio un instrumento de protección para las generaciones futuras.

En general, a la luz de la estricta conexión entre las decisiones de gasto público y la tutela de los derechos, es evidente cómo el aspecto económico de las políticas del Estado y de las otras entidades territoriales representa un parámetro importante de verificación del impacto, negativo o positivo, de las generaciones presentes frente a las generaciones futuras. En particular, si por un lado hay decisiones virtuosas que pueden determinar efectos benéficos de repercusión futura, por el otro lado hay decisiones políticas que circunscriben sus ventajas a un periodo limitado y, al contrario, proyectan sus consecuencias negativas en el largo plazo³⁸.

36 Cfr. A. PAPA, *Strumenti e procedimenti della valorizzazione dei beni culturali*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2006.

37 Cfr. P. BILANCIA (coord.), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato. Studio dei modelli di gestione integrata*, Franco Angeli, Milán, 2005; cfr. M. FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 1986; cfr. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.

38 M. LUCIANI, “Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali”, *Diritto e società*, 2008, pp. 145-167.

En este último sentido, el legislador no solo no deja de configurar un modelo de protección de las generaciones futuras, sino que con esta acción incluso aumenta el riesgo de afectar a sus derechos. Es evidente, en efecto, que el Estado social³⁹, y en concreto las prestaciones mínimas que el mismo tiene que garantizar, pueda ser comprometido por ajustes presupuestarios desequilibrados⁴⁰. Un uso irracional de los recursos económicos disponibles en el tiempo presente, determinando una subida de la deuda pública, puede comprometer las oportunidades de crecimiento en el tiempo futuro.

Resulta oportuno recordar que este argumento, en realidad, se funda en un debate que se remonta en el tiempo. En los años Ochenta del siglo XVIII, Thomas Jefferson y James Madison debatieron acerca de la posible influencia negativa que las políticas económicas del presente podrían producir en el futuro; las dos figuras de la

39 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 338 y ss.

40 “La crisi economica sta generando, specialmente nei paesi europei che la stanno subendo in maggiore misura nella zona Euro, un processo di smantellamento dello Stato sociale, con aggiustamenti di bilancio che determinano forti limitazioni dei diritti sociali. Sembra che in Europa si stia arrivando alla fine di quella che potremo definire come ‘epoca dorata del Diritto costituzionale’. Questa epoca dorata è stata rappresentata dalle costituzioni normative, che assunsero una nuova fase nello sviluppo del costituzionalismo, vincolando, in maniera indissolubile, il concetto di costituzione all’idea di democrazia pluralista, impedendo così, sul piano teorico, lo svuotamento del principio dello Stato di Diritto, che non sarà più applicabile ad uno Stato caratterizzato dall’assenza di condizioni democratiche. In effetti, solo la democrazia rende possibile l’effettiva sottoposizione dello Stato al Diritto. Sul piano costituzionale, anche se non tutta la costituzione democratica è necessariamente costituzione normativa, non è possibile una costituzione normativa che non sia democratica. (...) La tensione non è motivata dalla crisi ma dal discorso economico che si sta promuovendo in relazione alla crisi, che vuole imporre un’unica soluzione ai problemi derivati dalla crisi, basata sui tagli ai diritti sociali. L’economia è, possibilmente, l’unica delle scienze sociali che mantiene ancora la finzione di una capacità di predire con esattezza l’evoluzione delle condizioni economiche. Questa finzione è stata comune alle altre scienze sociali durante il periodo di introduzione del primo costituzionalismo, come ricorda García Pelayo, come conseguenza dell’intento di trasferire a queste scienze i progressi delle scienze naturali, che derivò da un concetto di legge giuridica che rifletteva il concetto di legge scientifica”, cit. F. BALAGUER CALLEJÓN, “La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto”, en *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, pp. 14 y ss.; *Idem*, “Constitución normativa y ciencia del Derecho”, en AA.VV., *Estudios de derecho Publico en Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Madrid, 1997, pp. 89-112; *Idem*, “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en M. A. APARICIO PÉREZ (coord.), *Derechos Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, vol. II, Barcelona, 2001, p. 93 y ss.

ilustración americana se preguntaban, entonces, si la generación de los padres tenía el derecho de transferir sus deudas a la generación de los hijos⁴¹.

A parte del atractivo casi literario de esta referencia, el debate entre Jefferson y Madison tiene, en verdad, un significado más profundo a causa del momento histórico en el que tenía lugar: la celebración de la Convención de Filadelfia que instauró la federación norteamericana, superándose en aquel momento la anterior dimensión confederal⁴².

El interés de este aspecto puede apreciarse de manera significativa tomando en cuenta que aquel debate ha visto renovada su vigencia tras la celebración del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2012 y las sucesivas revisiones de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea⁴³. Y todo esto sugiere que podría existir una correlación entre el citado debate americano y el desarrollo del proceso de integración europea y su andamiaje económico⁴⁴.

41 Cfr. R. BIFULCO, “Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione. A proposito della riforma costituzionale sull’equilibrio di bilancio”, *Rivista Aic*, núm. 2, 2012.

42 “But can they be made unchangeable? Can one generation bind another, and all others, in succession forever? I think not. The Creator has made the earth for the living, not the dead. Rights and powers can only belong to persons, not to things, not to mere matter, unendowed with will. The dead are not even things. The particles of matter which composed their bodies, make part now of the bodies of other animals, vegetables, or minerals of a thousand forms. To what then are attached the rights and power they held while in the form of men? A generation may bind itself, as long as its majority continues in life; when that has disappeared, another majority is in place, holds all the rights and powers their predecessors once held and may change their laws and institutions to suit themselves. Nothing then is unchangeable but the inherent and unalienable rights of man” *cit.* T. Jefferson, *Lettera a J. Cartwright*, 5 de junio de 1824, en M. Barbato, *Thomas Jefferson o della felicità*, Palermo, 1999.

43 En general, *cfr.* M. J. ARJONA SÁNCHEZ, “Las características del constitucionalismo neoliberal”, en A. PÉREZ MIRAS *et al.*, *Setenta años de Constitución... cit.*, vol. V: *El Estado social y la economía*, BOE–CEPC, Madrid, pp. 25 y s., disponible en línea en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2 (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

44 Cfr. R. BIFULCO, *op. cit.*; en general, *cfr.* F. BALAGUER CALLEJÓN, “La Constitución Española en el proceso de integración europea”, en M. L. BALAGUER CALLEJÓN (ed.), *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas*, CEDMA, Málaga, 2004, pp. 71-75; *Idem*, “European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform”, en R. ARNOLD (ed.), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016, pp. 15-25; *cfr.* P. Bilancia, *The Dynamics of the European Integration and the Impact on the National Constitutional Law*, Milano, Giuffrè, 2012; *Idem*, “Il processo di integrazione europea alla prova della crisi economica”, en

Efectivamente, una parte de la doctrina que ha investigado la equidad generacional opina que la formulación del principio del equilibrio presupuestario, introducida en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión tras la aprobación del Pacto Fiscal Europeo, permite elaborar un modelo de protección de las generaciones futuras. La contención del gasto público y la delimitación de la capacidad de endeudamiento de los Estados son un freno al desplazamiento de la deuda que, entonces, recaería de manera más sostenible a las siguientes generaciones⁴⁵.

En realidad, aunque este argumento posee una cierta racionalidad, no faltan opiniones críticas. El aspecto más problemático parece consistir en la correlación entre el respeto del equilibrio presupuestario y la tutela de los derechos. Esta consideración se funda en una doble razón. Por un lado, se opina que el principio del equilibrio presupuestario encamina sus efectos al general mantenimiento de un sistema social —y quizás político— y, de rebote, a los derechos individuales. Esto quiere decir que mientras que en materia de medioambiente el modelo de protección se dirige directamente, al menos en principio, a la tutela de los derechos de las generaciones futuras, desde el enfoque económico esta proyección intertemporal, aunque sea posible de modo abstracto, aparece imprevisible en su concreta verificación.

Por el otro lado, sin solución de continuidad, la interrelación entre equilibrio presupuestario y tutela de los derechos desvela también un paradójico elemento de incongruencia, puesto que una tutela más eficaz de los derechos corresponde, tal vez, a una inversión pública en sectores estratégicos o sociales, determinándose así un crecimiento de la deuda justificado legítimamente en la protección de los derechos⁴⁶. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que el vínculo

A. IACOVELLO (coord.), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 58-77; *cfr. Idem*, “Il governo dell’economia tra Stati e processi di integrazione europea”, en A. Ciancio (coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, pp. 319 y ss.

45 C. PINELLI, “Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario”, en A. RUGGERI (coord.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 551.

46 F. BALAGUER CALLEJÓN, “Derecho y derechos en la Unión Europea”, en J. CORCUE-RA ATIENZA (coord.), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, 2002, pp. 39-60; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48, 2013, p. 37-74.

a la capacidad de endeudamiento no puede comprometer y, por ende, restringir la tutela de los derechos⁴⁷.

Naturalmente, son muchos los ejemplos útiles para demostrar la concreción de este asunto. Sin embargo, con la perspectiva de seguir el razonamiento relativo al alcance inter-temporal de las decisiones públicas, parece oportuno proponer otra vez la comparación entre equilibrio presupuestario y tutela del medioambiente. En este sentido, un paradigma de reflexión extremadamente eficaz y actual lo ofrece de nuevo la Unión Europea y, sobre todo, el Pacto Verde Europeo. Se ha mencionado ya sintéticamente el objetivo de este acuerdo con el que la Unión quiere promocionar e implementar la construcción de un modelo socioeconómico sostenible, fundado en la explotación de recursos renovables al fin de determinar una conversión hacia una economía verde. Es significativo observar al respecto cómo uno de los puntos del debate interno de los órganos de la Unión ha sido el relativo a las reglas que rigen su presupuesto y a la necesidad, por lo tanto, de reformularlas. En definitiva, se considera que a una conversión del modelo social y productivo conlleva en este sentido una inversión significativa de los recursos económicos⁴⁸.

La evolución y la realización de este proceso demostrará, a lo largo de los años, la eficacia de la proyección —y respectiva tutela— intergeneracional debida a esta política sostenible común. Ahora, sin embargo, es suficiente demostrar que, aunque el principio de equidad generacional conserva un espacio de reflexión autónomo en el ámbito de las reglas del equilibrio presupuestario, la configuración de éste como “escudo” protector de los derechos de las generaciones futuras sigue irradiando algunos elementos problemáticos. Y esto se señala no para excluir el alcance inter-temporal de las políticas económicas, sino más bien para afirmar que el resultado de su aplicación futura se demuestra incierto en línea de principio⁴⁹.

47 Cfr. AA.VV., “La tutela dei diritti e i vincoli finanziari. Quaderno di giurisprudenza costituzionale”, en *www.cortecostituzionale.it*, 2013.

48 Cfr. A. ROMANI, “Tocca ai mercati mobilitare le risorse”, *Il Sole 24 ore*, 19 de enero de 2020, p. 3; cfr. A. SOLA, “Sostenibilità ambientale e Green New Deal: prime analisi in commento alla legge di bilancio 2020”, *federalismi.it*, núm. 10, 2020.

49 Cfr. P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996; *Idem*, “L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione”, *federalismi.it*, núm. 5, 2019; cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Costituzione economica e globalizzazione”, *ibid.*; cfr. A. PAPA, “Passato e (incerto) futuro delle nazionalizzazioni tra dettato costituzionale e principi europei”, *ibid.*; cfr. G. DI PLINIO, “Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano”, *ibid.*; cfr. S. STAIANO, “Notazioni conclusive. Regolazione giuridica ed economia: un problema di diritto costituzionale”, *ibid.*

VI. LA SOSTENIBILIDAD DE LA DEUDA EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LA SENTENCIA N. 18/2019 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los procesos de revisión constitucional emprendidos tras el Pacto Fiscal Europeo de 2012, han dado lugar a una reflexión doctrinal más amplia, también desde una óptica comparativa. No obstante, un sector de la doctrina ha opinado que en Italia el debate no ha sido tan vivaz como en otros países, llegando incluso a calificar de “silenciosa”⁵⁰ a la reforma constitucional de 2012. Esto no quiere decir que falten estudios sobre el tema, ya que el desarrollo interpretativo de los artículos constitucionales 81 y 97 sigue aún hoy suscitando cierto debate sobre algunos de los aspectos innovadores que alberga.

En general, podría afirmarse que un perfil novedoso del texto constitucional actualizado reside justamente en el concepto de sostenibilidad. Ya se ha analizado el modo en que la doctrina ha construido una definición de equidad generacional basándose concretamente en este principio; además, se ha observado cómo esta construcción paralela tiene su origen en el desarrollo de la configuración del medioambiente como bien jurídico autónomo.

Aun así, creemos oportuno señalar que el término sostenibilidad aparece en la Constitución italiana sin vinculación al medioambiente –cuya genérica protección se ha previsto tras la reforma de 2001⁵¹– sino precisamente con respecto al equilibrio presupuestario regulado tras la revisión de 2012. En particular, el artículo 97 establece que las Administraciones Públicas, conforme con el ordenamiento de la Unión Europea, deben garantizar el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad de la deuda pública.

Esta disposición, en verdad, ni cambia ni invierte la problemática del tema que hemos mencionado anteriormente. La formulación de la norma, de hecho, corresponde a una traducción interna establecida sobre la base del contenido del Pacto Fiscal Europeo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha enriquecido significativamente el debate en torno a la interpretación del equilibrio presupuestario, permitiendo su proyección inter-generacional.

50 Cfr. M. Bergo, “Pareggio di bilancio all’italiana. Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi”, *federalismi.it*, núm. 6, 2013.

51 Cfr. R. NEVOLA (coord.), “La tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale”, *www.cortecostituzionale.it*, 2015.

En este sentido, varias sentencias pronunciadas en el contexto del contencioso Estado-Regiones⁵² demuestran una tendencia de los magistrados a reconocer la función protectora que el equilibrio presupuestario ejerce a favor de los “derechos del mañana”⁵³. En particular, la Corte ha interpretado incompatibles con la Constitución normas que, admitiendo un recurso desequilibrado al endeudamiento, afectan no solo a la generación actual sino también a las generaciones venideras. En verdad, en los primeros fallos que desvelan esta interpretación, la Corte parece referirse a las generaciones futuras como argumento “*ad adiuvandum*”⁵⁴; es decir, por un lado, no fundan la ilegitimidad de la norma exclusivamente en base a la protección de las generaciones futuras y, por el otro, se refieren al futuro sólo como reflejo de una garantía que los jueces reconocen principalmente al tiempo actual⁵⁵.

Al contrario de esta última consideración, la Sentencia n. 18/2019 contiene algunas novedades significativas. Al fin de analizarlas, parece oportuno aclarar brevemente los aspectos del caso. Con la ordenanza 28 de febrero de 2018 el Tribunal de Cuentas⁵⁶ recurrió ante la Corte Constitucional sobre la inconstitucionalidad de una norma estatal referida a la instauración de mecanismos de rescate de ayuntamientos

52 Cfr. M. LUCIANI, “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117 comma 2, lett. m della Costituzione)”, *Politica del diritto*, núm. 3, 2002, pp. 345 y ss.; A. PAPA, “La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?”, *federalismi.it*, núm. 4, 2018; Cfr. F. M. BOMBILLAR SÁENZ y A. PÉREZ MIRAS, “El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 299-331; S. STAIANO, *Art. 5. Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2017.

53 Cfr. C. PINELLI, *op. cit.*, p. 551.

54 Cfr. G. ARCONZO, “La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.”, *Osservatorio AIC*, núm. 3, 2018, p. 644.

55 Sentencia núm. 88/2014 de la Corte Constitucional; cfr. L. GRIMALDI, “La Corte accoglie solo parzialmente alcune istanze regionaliste, ma conferma, nella sostanza, la disciplina di attuazione del principio di equilibrio dei bilanci pubblici (note a margine della sentenza Corte Cost., núm. 88 del 2014)”, en *www.amministrazioneincammino.it*; sentencia núm. 49/2018 de la Corte Constitucional; Cfr. G. A. Ferro, “Chiarezza dei conti pubblici e democrazia rappresentativa (Osservazioni a prima lettura su C. cost. núm. 49 del 2018)”, en *www.ambientediritto.it*; sentencia núm. 1002/1988 de la Corte Constitucional; sentencia núm. 259/1996 de la Corte Constitucional.

56 M. SALVAGO, “I nuovi controlli della Corte dei conti sulla gestione finanziaria regionale (art. 1, d.l. n. 174 del 2012) nei più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale”, *federalismi.it*, núm. 19, 2015.

en riesgo de quiebra financiera –en italiano, en estado de “*pre-dissesto*”– pues ésta admitía un fraccionamiento de la deuda en un plazo máximo de treinta años⁵⁷.

Los magistrados han declarado la norma inconstitucional al considerarla contraria al principio de equidad entre generaciones. Refiriéndose a los artículos 81 y 97 de la Constitución, configuran textualmente este principio que encuentra su fundamento también en el principio de solidaridad, afirmado por el artículo 2⁵⁸. En este sentido, la Corte sostiene expresamente la sinonimia entre los conceptos de equidad, solidaridad y mutualidad.

Ahora bien, con respecto al tema objeto del presente artículo, la Sentencia n. 18 no solamente registra la aparición en el vocabulario del juez constitucional del principio de equidad generacional, sino que precisamente funda la decisión de la Corte en base a este principio⁵⁹.

57 Ley núm. 208, de 28 de diciembre de 2015, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*.

58 Cfr. A. BARBERA, “Comentario all’art. 2”, en G. BRANCA (coord.), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli–Foro it., Bologna–Roma, pp. 50 y ss.; Cfr. G. BONGIOVANNI, *Comentario all’art. 2. Diritti inviolabili e libertà*, en A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Bari, 1998, pp. 67 y ss.; D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE y F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un’introduzione*, Giappichelli, Torino, 2011; Cfr. M. FIORAVANTI, *Art.2 – Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2018, p. 32.

59 “La categoria dell’abuso può essere interpretata secondo diverse declinazioni e, in effetti, la dottrina costituzionalistica che negli ultimi anni sta indagando questo tema ha individuato diverse ipotesi idonee a configurare un abuso del diritto, come ad esempio e senza pretesa di exhaustività: l’adozione di interventi normativi o di revisione costituzionale volti a minare il principio di separazione dei poteri; o ancora l’esercizio di diritti fondamentali che possa non solo essere lesa ma nel contempo possa essere fonte di un abuso di un diritto altrui; o ancora l’abuso della propria posizione di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. Infine (...) vi è l’ipotesi che il decisore pubblico odierno possa adottare atti vincolanti destinati ad avere ripercussioni negative sulle generazioni future che sono già ragionevolmente preventivabili, andando a ledere un principio di solidarietà intergenerazionale, ancora tutto da scrivere ma del quale sembra avvertirsi sempre più l’esigenza”, cit. A. PAPA y G. PALOMBINO, “Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire”, en L. CARPENTIERI (coord.), *L’abuso del diritto e la sua rinnovata rilevanza “trasversale” nell’ordinamento giuridico italiano: considerazioni introduttive*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 239 y ss.; Cfr. G. SILVESTRI, “L’abuso del diritto nel diritto costituzionale”, *Rivista AIC*, núm. 2, 2016; P. CARETTI, “L’abuso del potere legislativo o del problema dei limiti del legislatore”, en G. FURGIUELE (coord.), *Diritto Privato*, vol. III: *Labuso del diritto*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 121 y ss.; D. BIFULCO, “L’abuso del diritto costituzionale. Un’ipotesi di lavoro”, *Costituzionalismo.it*, 2018.

Debemos además centrar la atención en un elemento ulterior. Si por un lado la Corte argumenta su decisión en la perspectiva –conforme a la reconstrucción hecha anteriormente– de garantizar las oportunidades de crecimiento del futuro y, por ende, los derechos sociales de las generaciones que lo vivirán, por el otro lado la ilegitimidad de la norma se basa en el parámetro de la responsabilidad política⁶⁰. Efectivamente, fraccionar el pago de la deuda en un periodo tan largo podría acarrear dos consecuencias principales. La primera, que los representantes actuales no se habrían podido someter al control de sus electores puesto que teóricamente 30 años representan un periodo suficiente para la renovación de la clase política. La segunda, que los representantes futuros habrían tenido que adecuar su programa e iniciativa a la existencia de una deuda heredada y responder, por eso, de las decisiones políticas de sus predecesores.

VII. EQUIDAD GENERACIONAL Y MODELO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO

La inclusión de la responsabilidad política en la construcción argumentativa de los magistrados constitucionales desvela un ulterior escenario. Esto no se debe sólo por la individuación de una responsabilidad del representante hacia el futuro, sino porque esta responsabilidad justifica la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Por lo tanto, si se acepta la configuración jurídica del principio de equidad generacional, parece oportuno reflexionar sobre cómo este principio fundamenta su función con respecto a la democracia representativa. Y esto porque, en los términos utilizados en la Sentencia mencionada, la equidad generacional parece ocupar una dimensión propia y, por ende, una función en la composición de la representación política⁶¹.

60 V. G. U. RESCIGNO, voz “Responsabilità politica”, en *EdD*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1344; véase asimismo G. PITRUZZELLA, “Responsabilità politica”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997, pp. 290 y ss.; S. COTTA, “Rappresentanza politica”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO (coords.), *Dizionario di Politica*, UTET, Novara, 2006, vol. 3, pp. 227 y ss.

61 *Cfr.* P. BILANCIA, “Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica”, *federalismi.it*, núm. 1, 2017; *Cfr.* F. BALAGUER CALLEJÓN, “La democrazia rappresentativa e l’Unione Europea”, *ibid.*; *Cfr.* S. STAIANO, “La rappresentanza”, *Rivista AIC*, núm. 3, 2017; *Cfr.* G. CAVAGGION, “La democrazia rappresentativa e le sfide della società multiculturale”, *federalismi.it*, núm. 1, 2017; *Cfr.* C. DRIGO, “Los parlamentos nacionales en Eu-

Desde un punto de vista teórico, la configuración de la responsabilidad del representante actual hacia las generaciones futuras parece admisible refiriéndose a la “situación representativa” y no, por supuesto, a la “relación representativa”⁶². Al respecto, es importante recordar aquella doctrina que afirma que, aunque la representación se componga de los dos elementos –situación y relación– la combinación de ellos es variable⁶³. En este sentido, por un lado, hay que excluir la existencia de una relación representativa, no habiendo un ejercicio de soberanía por parte de quienes no existen y, de consecuencia, no instaurándose una relación con el representante⁶⁴; sin embargo, por el otro lado, la interpretación de los magistrados constitucionales favorece la emersión de la situación representativa, es decir, la función del representante de “hacer presente a quien está ausente”⁶⁵.

Es en la base de este asunto donde se plantea la posibilidad de configurar una democracia sostenible tras la configuración del principio de equidad generacional.

ropa”, en A. PÉREZ MIRAS *et al.*, *Setenta años de Constitución... cit.*, vol. III: *Instituciones políticas y democracia*, BOE–CEPC, Madrid, pp. 59 y ss., disponible en línea en https://www.boe.es/biblioteca_juridical/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2 (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

62 Cfr. D. NOCILLA y L. CIAURRO, voz “Rappresentanza politica”, en *Enciclopedia del diritto*, *cit.*, p. 554; Cfr. D. NOCILLA, “Situazione rappresentativa e rapporto nel diritto positivo e nelle prospettive di riforma della rappresentanza politica”, *L'Archivio giuridico*, vol. 1, 1990, pp. 87 y ss.

63 Cfr. V. CRISAFULLI y D. NOCILLA, voz “Nazione”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977; C. DE FIORES, *Sulla rappresentazione della Nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, *Diritto e società*, núm. 1, 2017, p. 19 y ss.

64 “Quando dall’astratto si passa al concreto, come necessariamente avviene ogni volta che si tratti di libertà, poteri, manifestazioni di volontà, decisioni ‘del popolo’, i morti e i non ancora nati, ovviamente, non vengono in considerazione; o in altri termini ci si deve allora riferire al popolo come complesso di cittadini viventi”, *cit.* V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 110, nota núm. 13; Cfr. R. BIN, “I principi fondamentali: Democrazia, sovranità, lavoro, potere, eguaglianza, autonomie, decentramento”, en M. IMPERATO y M. TURAZZA (coords.), *Dialoghi sulla Costituzione. Per saper leggere e capire la nostra Carta fondamentale*, Effepi, Monte Porzio Catone, 2013; cfr. D. PORENA, *Il principio di sostenibilità: contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

65 A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998; Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “La democracia representativa y la Unión Europea”, en A. PÉREZ MIRAS *et al.*, *Setenta años de Constitución... cit.*, vol. I: *Balances y perspectivas en la Europa constitucional*, BOE–CEPC, Madrid, p. 389 y ss., disponible en línea en https://www.boe.es/biblioteca_juridical/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2 (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

Es decir, una formulación del modelo democrático representativo que permita entender como representables en el presente a quienes todavía no existen⁶⁶. Parece oportuno señalar, por lo tanto, que la elección de utilizar la declinación representables en lugar de representados responde a la siguiente exigencia específica: evidenciar cómo la construcción que quiere intentarse no se dirige a la individuación de un modelo alternativo de representación política, sino a la de un instrumento con el que los cargos electos podrían dirigir su acción a la protección de sujetos del futuro y, en consecuencia, estar vinculados a una responsabilidad política ante ellos.

De hecho, bajo una perspectiva formal, la ley, el instrumento propio de la democracia representativa, desvela una natural tensión hacia el futuro⁶⁷. Esto se da porque, si es verdad que el modelo democrático se refleja en las reglas que gobiernan el sistema de las fuentes del Derecho, es también cierto que en aquel mismo sistema se hallan elementos de inter-temporalidad. Ciertamente, aunque existan excepciones⁶⁸, la ley normalmente no dirige sus efectos al pasado sino al futuro. Este aspecto lo podemos comprobar de manera concreta tras varios ejemplos y, en particular, si nos detenemos a observar la irretroactividad de la ley penal y de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales⁶⁹.

Sin embargo, la tensión hacia el futuro de la ley –y en general del Derecho– se funda en las tradicionales técnicas adoptadas por los sistemas normativos para garantizar la vitalidad de los ordenamientos jurídicos. Una clara demostración de esto la podemos encontrar en la pérdida de validez de una norma como consecuencia de su derogación en caso de un conflicto normativo, es decir, una incompatibilidad entre la norma derogada y la norma posterior. La vigencia *ex nunc* de esta última permite la sucesión de las normas en el tiempo y hace que el poder legislativo, ejercido por una nueva composición parlamentaria, pueda expresarse de manera diferente

66 Cfr. F. CIARAMELLI y F. G. MENGA, *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; Cfr. F. G. Menga, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2016.

67 Cfr. J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

68 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pp. 81 y ss.; cfr. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Cambiar el pasado. Posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2008.

69 Cfr. F. MENCARELLI, “Tempo e processo. Profili sistematici”, *La giustizia penale*, 1975, p. 13; S. SILVANI, “Lineamenti per una storia della prescrizione”, *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2003, p. 429; *Idem*, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 13.

respecto a la voluntad de la corporación parlamentaria anterior; de hecho, la prevalencia de la norma más reciente es “la consecuencia de un principio fundamental en un sistema representativo en base al cual la voluntad de un Parlamento (y de la generación que representa) no puede vincular la voluntad de los parlamentos (y de las generaciones) futuros”⁷⁰.

Razonando en estos términos, es útil recordar la afirmación de Temistocle Martines acerca de la colocación temporal de los poderes del Estado⁷¹ cuando sostenía que el legislador puede considerarse el “hombre del futuro”, mientras que el juez es el “hombre del pasado” y el gobierno el “hombre del presente”⁷². Más concretamente, planteaba que mientras el juez ejerce su función en la base de una norma aprobada antes de su decisión y el gobierno representa un “constructor que produce ideas” para intervenir en el tiempo actual, el legislador, aunque se sitúa en el presente, no solo se dirige al futuro sino también lo “anticipa”.

Esta consideración se apoya exactamente en los criterios que gobiernan el sistema de las fuentes del Derecho. Sin embargo, si la perspectiva formal permite construir esta distribución cronológica, el enfoque práctico y jurisprudencial desvela otra conclusión. Al tomar como punto de referencia la tutela de los derechos y, en particular, su alcance inter-generacional, no puede sostenerse que el representante formule su voluntad y construya su decisión política en la perspectiva de otorgar garantías a quienes no existen. Esto depende de una patología del modelo democrático representativo que ha sido definida con el concepto de *presentismo*, el cual considera al representante como intrínseca e inevitablemente ligado al presente por diversas razones⁷³. Entre las

70 Traducción propia de R. BIN y G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 343.

71 Cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, en AA.VV., *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1978, p. 810.

72 Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, edición de A. Tovar, CEPC, Madrid, 1990.

73 “Democracy is partial toward the present. Most citizens tend to discount the future, and to the extent that the democratic process responds to their demands, the laws it produces tend to neglect future generations. The democratic process itself amplifies this natural human tendency. These characteristics of democracy lead to what I call its presentism—a bias in the laws in favor of present over future generations. Democracy’s presentism is not entirely unwelcome. Compared to other forms of government, democracy is not disposed to sacrifice citizens or a whole generation for some distant future goal. It is less vulnerable to the claims of utopian idealists, religious zealots, or radical revolutionaries who call for great sacrifices from the present generation to bring about even greater good for the future of mankind. It is a virtue of democracy that it pays attention to actual citizens and seeks to hold actual rulers accountable for the actions they take on behalf of citizens. Nevertheless, this

principales encontramos la formulación del programa político sobre la base de las necesidades actuales expresadas por la ciudadanía y la dirección de la actividad parlamentaria en función del presente, tanto para consentir el mantenimiento del estatus adquirido como para garantizar las oportunidades de reelección⁷⁴.

En efecto, la oportunidad política mira normalmente hacia la contingencia del tiempo presente y esto, al menos en principio, no podría ser de otro modo. Por supuesto, es cierto que también pueden calcularse beneficios hacia las generaciones futuras. Cuando se adopta una medida que repercute en el futuro frecuentemente se pone en movimiento por alguna demanda popular del presente, es decir, volvemos a la influencia del *presentismo*. Pero ello no quita que los beneficios de la acción legislativa presente puedan extenderse al futuro, sin embargo, es una consecuencia impredecible e involuntaria.

Por todo esto, aunque podamos formalmente calificar la ley como el instrumento que mira al futuro, cuesta considerar al responsable político actual como representante de quienes todavía no existen. Por lo tanto, estos últimos parecen componer una generación silenciosa, es decir, un conjunto de individuos que, aún potenciales, están sujetos a las políticas actuales, sin tener la posibilidad de expresar un juicio o una voluntad específica⁷⁵. Sin embargo, las orientaciones de la jurisprudencia constitucional y la tradicional función que los Tribunales Constitucionales cumplen en ámbito de garantía de los derechos permiten dar una solución a esa patología⁷⁶. De este modo la experiencia jurídica ha demostrado que el representante

virtue of democracy becomes a vice when the good of future citizens are at stake. Presentism manifests itself in laws that neglect of long-term environmental risks, the consequences of genetic engineering, problems of population growth, and development of the democratic process itself. It also is evident in effects in the nearer term in laws that favor the elderly at the expense of children. Examples include the disproportionate allocation of resources for health care of the elderly and the financing of social security out of current taxes. In these and other similar instances, the persons who are most adversely affected are not yet citizens (and therefore have no voice). The policies are not sustainable at a level that would enable the young to enjoy similar benefits when they grow old”, *cit.* D. F. THOMPSON, “Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship”, *Critical review of international and political philosophy*, 2010, pp. 1 y ss.

74 Cfr. L. RUSSI, “La critica della democrazia in Carlo Pisacane”, en G. M. BRAVO (coord.), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell’Ottocento*, Olschki, Firenze, 2004, pp. 175 y ss.

75 En general, cfr. M. BELLOCCI y P. PASSAGLIA, “La tutela dei ‘soggetti deboli’ come esplicazione dell’istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale”, en *www.cortecostituzionale.it*.

76 Aunque el enfoque sea diferente, esta patología corresponde, de alguna manera, a la “tiranía

político no es el hombre del futuro, sino que es el juez, y en particular el magistrado constitucional.

De hecho, la jurisprudencia constitucional ha venido demostrando que es tras su interpretación evolutiva de las Constituciones cuando se registra una efectiva anticipación del futuro. Y esto se aprecia tanto en la efectiva tutela de nuevos derechos reconocidos como en las advertencias al representante relacionadas con su intervención legislativa ante la ausencia de una tutela expresa de un derecho⁷⁷.

A la luz de todo esto, el magistrado constitucional parece erigirse como un guardián de los derechos de las generaciones futuras. Esto se fundamenta en que, en los términos de la cuestión aquí traída, las generaciones futuras no habrían tenido la oportunidad de exigir la responsabilidad del representante en la manera tradicional que es, normalmente, acudiendo a las urnas⁷⁸. Por ello, en la Sentencia n. 18/2019, la Corte Constitucional italiana parece representar a quienes todavía no existen, exigiendo así una responsabilidad que, de otro modo, no se habría materializado. Y esto se ha ido llevando a cabo mediante la configuración de un principio que los magistrados interpretan como parámetro de constitucionalidad: el principio de equidad entre generaciones.

VIII. UNA CONCLUSIÓN EN DESARROLLO

A pesar de la ausencia de una disposición constitucional expresa, la Sentencia de la Corte aclara que la equidad generacional, siendo un parámetro interpretativo, es algo intrínseco al Constitucionalismo⁷⁹. Y no podría ser de otro modo, pues la tutela de los derechos fundamentales se dirige naturalmente hacia el futuro

de la mayoría”. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, “La démocratie en Amérique”, en *Alexis de Tocqueville-Oeuvres Complètes*, tomo I, vol. 1, Paris, 1961, pp. 257-270, trad. it. N. MATTEUCCI, *Alexis de Tocqueville-Scritti politici*, UTET, Torino, 1973.

⁷⁷ A este respecto, un ejemplo eficaz es la “Ordinanza Cappato” y la decisión de la Corte Constitucional de dejar un año de tiempo para permitir la intervención del legislador antes de emitir su sentencia. Cfr. P. BILANCIA, “Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita”, *federalismi.it*, núm. 5, 2019. En general, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002.

⁷⁸ Cfr. V. BALDINI, “La responsabilità politica nella esperienza della forma di governo parlamentare italiana. Tra istanze di razionalizzazione del modello costituzionale e decritizzazioni della comunicazione pubblica”, *Rivista Aic*, núm. 4, 2011.

⁷⁹ Cfr. J. TREMMEL, “Constitutions as intergenerational contracts: flexible or fixed?”, *Intergenerational Justice Review*, núm. 1, 2017; cfr. R. ALBERT, “Constitutional handcuffs”, *ibid.*

merced a la rigidez y a la jurisdicción constitucional⁸⁰. En efecto, aunque pueda cambiar la forma de tutelar los derechos y evolucione su concreta interpretación⁸¹, la declaración de los derechos queda invariada en el tiempo y se liga a las generaciones futuras⁸².

Para seguir en esta perspectiva, cabe recordar las palabras de Peter Häberle, el cual configura el contrato generacional como una forma del contrato social⁸³. Es por ello que la equidad generacional se aprecia en su acepción amplia, esto es, no sólo en su alcance patológico de responsabilidad frente al futuro, sino también en su configuración de deber de quienes existen ante quienes todavía no existen. Por lo tanto, esta configuración del principio se dirige, al menos en abstracto, hacia su profunda

80 Cfr. G. LATTANZI, "Attualità della Costituzione", *Rivista AIC*, núm. 3, 2019.

81 Cfr. M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

82 Cfr. K. CHATZIATHANASIOU, "Constitutions as chains? On the intergenerational challenges of Constitution-caking", *Intergenerational Justice Review*, núm. 1, 2017.

83 "En el nivel presente de desarrollo del 'Estado constitucional', la interpretación científico-cultural del derecho constitucional ha llevado a muchas formas evidentes, y disfrazadas, de 'derecho constitucional generacional': desde los preámbulos que insinúan la protección generacional por medio de los objetivos educacionales y las cláusulas para la protección medioambiental, hasta los textos relativos a la salvaguarda los bienes culturales y naturales, o respectivamente el patrimonio cultural, así también como la protección de los ancianos y de los jóvenes. Un grado dosificado de 'derecho constitucional generacional' diferenciado es una expresión normal de la fase de crecimiento del actual Estado constitucional. En este contexto, se busca un punto de equilibrio entre la libertad de la generación actual y las obligaciones concernientes a los intereses de futuras generaciones. La 'protección generacional' prueba ser un verdadero problema material para la constitución, incluso en aquellos casos en los que se prefiere contratos sociales limitados en el tiempo por sobre los contratos generacionales ficticiales/reales. El origen, la preservación, la transmisión y el desarrollo posterior de la cultura es en todos los casos una cuestión generacional. (...) Además, debería existir una competición productiva para la mejor implementación de justicia intergeneracional en las constituciones, más allá de los límites europeos. Todavía resta advertirse si la superposición de las escalas de tiempo mencionadas deben ser complementadas por un extensivo gasto territorial, excediendo los Estados de derecho. Dicho gasto territorial implicaría un 'contrato generacional mundial', uniendo todos los pueblos y ciudadanos de nuestro planeta azul. Un contrato de este estilo podría llegar celebrarse paso por paso. Las demandas globales para la protección del medioambiente, la naturaleza y la cultura y las varias legislaciones interestatales apuntan en esa dirección. Esto también aclararía la conexión intertemporal entre las generaciones humanas. Y así, la intención de 'ciudadanía mundial' de Kant ganaría a dimensión de profundidad en el tiempo, en paralelo a la de espacio", *cit.* P. HÄBERLE, "Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional", *Lecciones y Ensayos*, núm. 87, 2009, pp. 33 y ss.

integración en los mecanismos de la democracia representativa y, por ende, en las apreciaciones que anticipan y determinan las decisiones públicas.

Una comprobación práctica de este asunto se revela en el Derecho Constitucional Europeo⁸⁴. El Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una vez referidas las comunes tradiciones constitucionales, afirma que el disfrute de los derechos “origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones”. Por lo tanto, una democracia sostenible según el significado que se le ha dado antes, para ser posible, sin embrago, tiene que desarrollar anticuerpos contra la patología del *presentismo*⁸⁵. El control de constitucionalidad es sin duda uno de ellos y, por supuesto, el más eficaz⁸⁶.

84 Cfr. P. HÁBERLE, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, *ReDCE*, núm. 1, 2004, pp. 7 y ss.; Cfr. G. CÁMARA VILLAR, “Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *ReDCE*, núm. 4, 2005, en <http://www.ugr.es/~redcel/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020); *Idem*, “Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo”, *ReDCE*, núm. 11, 2009, en <http://www.ugr.es/~redcel/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020); Cfr. P. RIDOLA, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo”, en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 463-484; Cfr. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 TUE”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, (coord.), *Derecho constitucional y cultura...*, cit., pp. 369-386; Cfr. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho constitucional europeo”, *ReDCE*, núm. 12, 2009, en <http://www.ugr.es/~redcel/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020); *Idem*, “Globalización y Europa: pasado y presente”, en A. PÉREZ MIRAS *et al.*, *Setenta años de Constitución...* cit., vol. I, cit., pp. 347 y ss., disponible en línea en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2 (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

85 En general, cfr. P. MAZZINA, *Quali strumenti per tutelare le generazioni future?*, en R. BIFULCO y A. D’ALOIA (coords.), *op. cit.*, pp. 361 y ss.

86 En general, cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *ReDCE*, núm. 7, 2007, en <http://www.ugr.es/~redcel/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020); E. GUILLÉN LÓPEZ, “Metodología del Derecho constitucional europeo. Un Derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico”, *ReDCE*, núm. 12, 2009, en <http://www.ugr.es/~redcel/> (visitado última vez el 18 de mayo de 2020); J. M. PORRAS RAMÍREZ, “Propuestas para superar la parálisis en el proceso de integración política y económica de la Unión Europea”, en A. PÉREZ MIRAS *et al.*, *Setenta años de Constitución...* cit., vol. I, cit., pp. 437 y ss., disponible en línea en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2 (visitado última vez el 18 de mayo de 2020).

Resumen

El presente trabajo intenta reconstruir la evolución teórica del principio de equidad generacional. En particular, evidencia por qué el derecho al medioambiente sano constituye el ámbito de investigación donde tradicionalmente ha tenido origen dicho principio y cómo la doctrina y la jurisprudencia han ampliado el alcance del mismo, extendiendo su formulación a otras ramas del Derecho; entre ellas, también a las reglas del equilibrio presupuestario. Precisamente con respecto a este último, la Sentencia n. 18/2019 de la Corte Constitucional italiana permite plantear si el principio de equidad generacional tiene un espacio de aplicación en el modelo democrático representativo. Desde esta perspectiva que el trabajo se interroga acerca de la posibilidad de establecer la existencia de una “democracia sostenible”.

Palabras clave

Generaciones futuras; principio de equidad generacional; medioambiente; principio de sostenibilidad; equilibrio presupuestario; representación política.

Abstract

This paper aims to describe the theoretical evolution of the principle of generational equity. In particular, it highlights why the right to a healthy environment represents the research field where this principle has its origins and how both scholars and case law have widened its scope, so as to extend its application to other normative fields, including the rules on budget balance. With respect to the latter, the Italian Constitutional Court's Judgment No. 18/2019 raises the question whether the principle of generational equity is symptomatic of a representative democratic model. Moving from this perspective, it is this author's intention to establish to what extent the existence of a sustainable democracy may be ascertained.

Keywords

Future generations; principle of generational equity; environment; principle of sustainability; budget balance; political representation.

Recibido: 22 de mayo de 2020

Acceptado: 1 de junio de 2020



Perfiles/noticias



DESPEDIDA DE JÖRG LUTHER*

Farewell to Jörg Luther

GUSTAVO ZAGREBELSKY

Profesor emérito de Derecho Constitucional. Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana

Tristeza y dolor nos reúnen aquí, hoy, en el nombre de Jörg: tristeza y dolor que compartimos con Antonella, Claudia y Suján. Al mismo tiempo, percibimos una ola de cariño, que quizás no habíamos imaginado que fuese tan fuerte, justamente ahora, cuando ya es tarde para demostrar ese cariño a Jörg. Unimos nuestro duelo con el de una familia muy especial en tantos aspectos, que ahora pierde a uno de sus dos pilares. Querida Antonella, os prometemos permanecer a vuestro lado, con más intensidad aún que lo hayamos hecho en el pasado, a sabiendas de que hemos perdido más de una ocasión para hacerlo.

Tengo el privilegio de recordar a Jörg –junto a vosotros, esta tarde– porque tal vez soy el que durante más tiempo lo ha conocido en Turín.

Apareció en el Instituto Jurídico, en bermudas (¡escándalo!), con su violonchelo a las espaldas y una carta de presentación del profesor que había dirigido –en Alemania– su tesis doctoral sobre la justicia constitucional en Italia y que él entonces estaba revisando para la publicación (lo que ocurrió en 1990, en la prestigiosa editorial Nomos). Hablaba ya un buen italiano, si bien con algunas dificultades que nos hacían sonreír; por ejemplo, no conseguía pronunciar correctamente la palabra *qui* (aquí), y siempre le salía *qui*. Entonces tenía pensado pasar un semestre académico

* Traducido del italiano por Angelo Schillaci.

en Italia, siguiendo la muy alemana costumbre (que su padre había cultivado con su familia) del “viaje a Italia”. Ese semestre muy pronto se transformó en un peculiar arraigo que, sin embargo, no pudo cancelar sus raíces culturales alemanas, ni el *genius loci* de su matriz. Desde entonces estuvo con nosotros una persona perfectamente bi-nacional que nos parecía a veces demasiado alemán y tal vez les pareciese –en Alemania– demasiado italiano. Jörg ha sido un puente muy firme y eficaz, como dijo en su momento su principal mentor alemán, Peter Häberle. Fue muy feliz cuando se le acogió en la *Associazione italiana dei costituzionalisti*, primer socio alemán, así como cuando se le acogió en la Asociación alemana de los profesores de Derecho público, como primer socio italiano.

Reuniendo ideas y recuerdos para esta despedida, me he dado cuenta de muchos aspectos de la personalidad de Jörg que nunca había considerado en su conjunto. Ahora que los he unido es como si tuviera en las manos una paleta llena de muchos colores, entre los cuales cada uno de nosotros podría extraer su favorito, o incluso todos los colores a la vez. Digo extraer, porque presumir o alardearse nunca fue costumbre de este discípulo mío tan amable, dulce, delicado y hasta frágil, tímido, esquivo y casi incómodo en eventos académicos, como si hubiese tenido miedo a no ser aceptado como “uno de nosotros”, cuando en realidad era mucho más que esto. En aquellas ocasiones en las que se enfrentó a las dificultades de las relaciones (humanas y) académicas –choque que nos han tocado a todos, a incluso más– nunca conseguía seguir el consejo: déjalo estar, olvídalo, sigue en tu buen camino sin preocuparte de otras cosas, o de los otros.

Creía en la cultura, siendo él mismo muy culto y no solamente en el ámbito jurídico. De su padre heredó una inclinación hacia el pensamiento filosófico, teológico y político de la Reforma, al que dedicó incluso unos estudios. En su biblioteca hay una estantería con los libros de su padre –en particular, muchos textos kantianos– que él enseñaba a los visitantes con gran reverencia. Y la música, cultivada hasta sus últimos días de manera amateur pero profunda, casi siempre junto a otros instrumentistas, que interpretaba sintetizando con un lema de Telemann (si mal no recuerdo): la música se compone de notas que van y vienen como quieren, y nunca sabes hacia dónde.

Las “notas” de las cuales Jörg disponía eran efectivamente muchísimas y cuando tomaba la palabra –incluso en circunstancias estrictamente jurídicas– nunca se sabía dónde acabaría parando, con efectos inesperados y, en apariencia, incluso chocantes o extravagantes: pero tan sólo a primera vista porque, deteniéndose en ellas, se daba uno cuenta de que abrían nuevas perspectivas. En fin: no era alguien que repitiese pensamientos ordinarios, sino más bien buscaba nuevas mezclas que abrían perspec-

tivas y daban estímulos para seguir adelante en un mundo complejo, casi todo por construir.

Su carácter era abierto al diálogo y al acuerdo entre ideas distintas, pero siempre permaneciendo firme en sus principios. La justicia era su compás, pero no una justicia sin contenidos, sino la justicia de los débiles que se oponen a la opresión y finalmente conduce a la paz en la justicia. Habría podido compartir, sin duda alguna, el lema del Antiguo Testamento: tres cosas rigen el mundo, verdad, justicia y paz, con la justicia en el centro. Y aun cuando –como pasaba a menudo– tomaba posiciones que parecían legalistas o formales, ocurría porque en ellas encontraba correspondencias con algo más profundo y bien arraigado en el Derecho constitucional como “derecho cultural”, que no quiere decir derecho “irónico” (como tal vez se ha dicho) sino derecho como resultado de una larga lucha por la justicia, a la que Jörg miraba de manera “moderadamente optimista”. En esta lucha, lo ideal y lo real se encuentran y a menudo chocan en una perspectiva muy concreta, que no es otra cosa sino la cultura tal y como él la entendía.

A pesar de su timidez –o quizás precisamente por esta tendencia suya a quedar en segundo plano, y por el deseo de reaccionar a ella– no conseguimos recordar un congreso, una mesa redonda, una conferencia en la que Jörg no levantase su mano para pedir la palabra y, cuando no podía hacerlo, recordamos bien sus murmullos que eran asimismo un comentario pertinaz, una reflexión continua acerca de lo que se estaba diciendo, o de lo que se estaba haciendo, como ocurría en muchas ocasiones de la vida administrativa de la Universidad.

Su visión de la vida académica era la de una profunda solidaridad laboral y profesional, una idea de “compañerismo” que no siempre encajaba con el individualismo, el arribismo y la disolución de la comunidad de espíritu y experiencias que lamentablemente caracteriza la Universidad en el tiempo presente.

Para él, el Derecho constitucional debía tener vocación internacional –mejor dicho, global o cosmopolita– así como globales tenían que ser la paz y los derechos. Su recopilación de escritos en el volumen *Europa constituyente* (2007) atestigua que para él Europa era un tema crucial, quizás por el recuerdo de las consecuencias nefastas del histórico conflicto franco-alemán.

Y finalmente, su verdadera pasión por la enseñanza. ¿Cuántos cursos ha impartido, cuántas horas les ha dedicado, cuántos experimentos didácticos ha intentado? No sería capaz de enumerarlos. En los más jóvenes veía a los que debían continuarlos. Durante su enfermedad Jörg ha dedicado lo que quedaba de sus fuerzas a una meditación que es a la vez un balance y un legado, titulándola *Il corso della vita mia* (El curso de mi propia vida). Esta meditación amplia, a campo abierto, escrita en

el recogimiento impuesto por una enfermedad sin salida y de la cual él era perfectamente consciente, coincide con una apertura conmovedora a la continuidad de la vida y del compromiso, que él ha entregado a sus discípulos y a la comunidad científica de la que ha formado parte. En su despedida, escribe:

Questo corso giunge alla sua fine. Vorrei innanzitutto ringraziare tutti coloro che mi hanno concesso il loro amore e la loro amicizia, includendo tutti coloro —e temo che tra parenti, colleghi ed amici del tempo libero siano tanti— che non sono stati nominati. A questo si devono aggiungere degli auguri di felicità e serenità per il futuro di ognuno personalmente e di tutti. Non è facile pensare e gestire questo futuro in un contesto di crisi molteplici, politiche, economiche e culturali, che rendono i nostri piccoli mondi più insicuri. Il corso della vita mia mi ha insegnato a restare moderatamente ottimista.

Nell'ambito politico, il cuore di tutti batte a sinistra, anche se poi sentimenti e ragioni portano a dividersi su posizioni molto diverse. Nel corso della vita mia ho avuto più posizioni spesso critiche di quelle maggioritarie e vicine a partiti come la socialdemocrazia, i verdi, i radicali e democratici, anche se non ho mai preso tessere e da costituzionalista ho sempre cercato il dialogo anche con altre posizioni. Queste forme di pluralismo possono regredire di fronte al populismo, ma fino a quando abbiamo un minimo di speranza e volontà di una politica migliore e pacifica resteranno difese indispensabili per una democrazia anche europea e cosmopolita.

Nell'ambito economico, il capitalismo non ha vinto nel 1989, perché il modello europeo dell'economia sociale di mercato resiste ai modelli statunitensi e cinesi. La diseguaglianza e la povertà non sono il destino. La responsabilità per la prevenzione delle emergenze ambientali del pianeta e la tutela dei beni comuni è già stata rivendicata dalla generazione prossima.

Nell'ambito culturale infine emergono tante nuove sfide, dalla tutela delle diversità culturali nello sviluppo sostenibile fino all'impatto delle nuove forme di intelligenza artificiale. Occorre mantenere l'autonomia delle culture dall'economia e dalla politica. Serve ottimismo nella capacità di innovazione delle culture.

Quindi nessuno disperi ma tutti abbiano fiducia in sé stessi. La vita andrà avanti.

La vida seguirá: eso dirán no solamente los optimistas moderados como Jörg, sino también los pesimistas moderados. Y seguirá sin él: ¿de verdad?

En las conversaciones espirituales de las últimas semanas y en el Curso citado hay muchas reflexiones acerca de lo que quedará de nosotros. Jörg no era religioso

en el sentido de pertenecer orgánicamente a una confesión religiosa, si bien su vida y su muerte han sido profundamente luteranas. Creía en una realidad espiritual superior –respecto a la cual cada uno de nosotros queda muy pequeño– y que, sin embargo, no nos aplasta, ya que está formada de lo que aportamos espiritualmente a lo largo de nuestras vidas y a través de ellas. Es una realidad, no simplemente un recuerdo. No todo es materia, cuerpo. No es verdad que los muertos vivan solamente en el recuerdo de los vivos, como sombras condenadas a desvanecerse. El espíritu es una realidad que puede separarse de los cuerpos, sobrevivir a ellos para que pueda ser comprendido nuevamente, aferrado y vivificado para así vivificarnos a nosotros.

Tal y como ocurre con los que están físicamente vivos, podemos dialogar con aquellos que viven en esa esfera superior que sobrevive a los cuerpos. Y si nos volcamos hacia ellos, no es solo para otorgarles ofrendas fugaces, sino también para recibir sus duraderos dones. ¿Es éste el Dios en el que podemos creer? En las palabras pronunciadas en esos momentos no podemos mentirnos a nosotros mismos: en esas palabras no podemos no creer. Y entonces decimos a nuestra vez: hasta siempre profesor Jörg Luther.

Resumen

Este texto recuerda la figura de Jörg Luther, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Turín y recientemente fallecido.

Palabras clave

Jörg Luther, derecho constitucional.

Abstract

This text recalls the figure of Jörg Luther, professor of constitutional law at the University of Turin and recently deceased.

Keywords

Jörg Luther, constitutional law.

Recibido: 29 de junio de 2020

Aceptado: 20 de junio de 2020



ECONOMÍA DE LOS SENTIMIENTOS

The economy of feelings

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional. Catedrático Jean Monnet ad personam. Universidad de Granada

Hoy, 23 de marzo de 2020, noveno día de confinamiento, he abierto un libro muy especial. Sus hojas están en blanco y en cada una de ellas he dibujado tres columnas, señaladas con una línea roja. La primera está dedicada a nombres de personas, las otras dos son como las de los libros contables, con un debe y un haber. En una de esas columnas voy anotando cada día los abrazos y los besos que debo a amigos y amigas que no podré ver durante este período. Los que dejé de dar durante los días previos al aislamiento, cuando paraba en seco a quien se me acercaba con la idea de saludarme. Los muchos abrazos o besos que voy enviando en mensajes cada día a mi familia y a quienes me escriben para preguntarme si estoy bien y para decirme que me cuide y que no salga. No puedo evitar que me recuerden, a la vez, a mi tía Lola (la Tita, para mis hermanas y para mí) y a la canción de Léo Ferré, *avec le temps*. Solo que yo no he olvidado, con el tiempo, esa voz que me decía “no vuelvas tarde y, sobre todo, no cojas frío”. Este es también un momento para la memoria de quienes se quedaron en los caminos que hemos transitado y para que ese recuerdo nos dé fuerzas para seguir.

En la otra columna escribo los abrazos y los besos que me deberán todas las personas que no veré durante estos treinta días. Casi me da miedo pensarlo porque recuerdo a mis tías de Balerna y las mejillas doloridas que me dejaban de pequeño, cuando me veían y me comían a besos. Anoto también los que me envían tantas personas queridas, algunas de las cuales hacía meses o incluso años que no contactaban conmigo y ahora escriben cada cierto tiempo para hacerme llegar su afecto. Si se

podría medir la cantidad de ternura que está circulando por las redes, seguramente habremos superado en unos días la de bastantes años anteriores, mensajes de navidad incluidos.

Hay una economía real, que tendremos que reconstruir quién sabe cómo cuando todo esto termine. Pero hay también una economía de los sentimientos que no se ha debilitado lo más mínimo y que va creciendo día a día. En ella encontraremos todos los recursos que necesitamos para resistir y para vencer. Lo conseguiremos.

Hace ahora veinte días que nos dejó Jörg, víctima de un cáncer. El 3 de febrero tuve la primera noticia de su enfermedad, a través de Peter Häberle, y le llamé para ver cómo estaba. El día 4 yo tenía que salir de viaje para México, pero quedamos en que iría a verlo a mi vuelta cuando estuviera impartiendo el curso que tenía en Milán a mediados de febrero. Ya desde Milán fui a su casa en Turín en la mañana del jueves 20. Estuvimos hablando más de dos horas, de muchas cosas, sobre todo de derecho constitucional. Estaba sereno y tranquilo, como si nos hubiéramos visto el día anterior y estuviéramos reanudando una conversación ya iniciada. Cuando me fui, me regaló un libro sobre el futuro de la constitución y nos despedimos con un abrazo. Después vino el estallido de la epidemia y la necesidad de cortar cualquier contacto físico con otras personas. Tuve la fortuna de poder darle mi último abrazo a Jörg y soy consciente del privilegio que eso supone en un momento en el que ya no es posible despedirse de los seres queridos en un trance tan difícil.

Siempre he considerado a Jörg como una especie de hermano menor. No sabría decir por qué es así. Teníamos la misma edad (incluso él era tres meses mayor que yo) pero siempre tuve un sentimiento de protección sobre él quizás debido a que era un tanto despistado en relación con las cosas prácticas de la vida. A veces tenía que ayudarle con la organización de algún viaje o sacarle de algún apuro, como cuando se ponía muy alemán en un contexto mediterráneo en plena crisis financiera. Una de sus muchas cualidades era precisamente la inocencia, una ingenuidad que le llevaba a defender sus planteamientos sin ser consciente a veces del lugar y el ambiente en que lo hacía.

Me resulta difícil precisar cuándo conocí a Jörg. Recuerdo que estuvimos hablando en Turín sobre cuándo fue la primera vez que estuvo en Granada y ninguno de los dos consiguió fijar la fecha. En realidad, era de esas personas que tienen la impresión de haberlas conocido toda la vida. Empezó a acompañar a nuestro maestro en sus viajes a Granada hace ya bastantes años y después en los congresos que organizábamos desde la Fundación Peter Häberle fuera de Granada, en Italia, en Francia, en Portugal, en Alemania o en Brasil. Cuando Peter Häberle dejó de viajar fuera de Alemania por motivos de salud, Jörg siguió viniendo con nosotros allí don-

de alguien de la comunidad häberliana en el mundo organizaba algún encuentro. La última vez fue en Hamburgo en mayo del año pasado y unos meses antes en diversas ciudades de Brasil. Además, teníamos otros amigos alemanes e italianos comunes, así que habíamos coincidido últimamente en diversos congresos en Milán, en Salerno o en Berlín.

Guardo las fotos de todos esos congresos y en ellas suele salir Jörg con su expresión entre amable y despiadada, la de un intelectual que parece estar pensando en otra cosa. Recuerdo especialmente algunos de ellos, por ejemplo, el que celebramos en Granada con un concierto en el Palacio de los Córdova que ofrecieron Peter Häberle y él. Años después repetirían concierto, con otro repertorio, en otro congreso que celebramos en Catania. La música, siempre la música, hasta el final, con la pieza de Telemann que sonó, según nos contó Antonella, en el momento de la despedida. Un vínculo que le uniría especialmente a Peter Häberle, un consuelo también para todos nosotros en las horas tristes, que tanto se han prodigado en los últimos años, como lo será para Antonella y para sus hijos.

En los días del congreso de Catania, sentados los tres (Peter Häberle, Jörg y yo) en el parque que hay junto a la *Oreja de Dionisio*, en Siracusa, ideamos ese hermoso proyecto que después sería el libro *Peter Häberle. Ein Portrait*, en el que Jörg prestó una inestimable ayuda en la revisión de los textos que acompañan a las fotos. Fue un hermoso regalo que preparamos para el 80 cumpleaños de Peter Häberle, el 13 de mayo de 2014, en el marco de un Congreso en Lisboa organizado por nuestro amigo Vasco Pereira da Silva. El próximo 13 de mayo teníamos también una cita en Düsseldorf en el Congreso organizado por Lothar Michael, que hemos tenido que aplazar hasta que sea posible, quizás hasta el año próximo, cuando termine la crisis sanitaria.

Sea cuando sea el Congreso de Düsseldorf, en esa cita no estará ya físicamente Jörg. Pero su ausencia no será un motivo para el olvido sino para el recuerdo. No solo porque le dedicaremos ese Congreso y porque su imagen presidirá las sesiones, sino porque la dimensión de su pérdida, oscurecida hoy por la multitud de tragedias cotidianas a las que estamos asistiendo en el mundo, alcanzará plena relevancia cuando las aguas se calmen y haya que comenzar a hablar del futuro del derecho de constitucional. Justamente el título de ese libro que me regaló la última vez que nos vimos y que guardo como un tesoro.

En la aplicación de contactos de mi teléfono mantengo los nombres de los amigos y las amigas que ya no están. Sé que no podré llamar a esos números y que, si lo hiciera, contestarían otras voces distintas a aquellas que reconocían la mía. Pero nunca he podido borrar sus nombres porque para mí eso equivaldría a darles un

adiós definitivo. Voy pasando la lista cuando tengo que llamar a alguien y siempre te da algún vuelco el corazón porque sabes que detrás de ese nombre solo hay un número en el que ya no contestarán. Ahora, sin embargo, con las nuevas aplicaciones de mensajería, el nombre de Jörg sigue unido a su foto de perfil y a las fotos que le envié de algunos de los últimos congresos que hemos compartido. Ahora los nombres de las personas que nos dejaron, como el de Jörg, van unidos a un trozo de vida que seguirá ahí siempre, mientras las aplicaciones informáticas lo permitan.

En el libro de los abrazos pendientes que he abierto hoy, noveno día de confinamiento, aparece el nombre de Giorgione, como cariñosamente llamábamos a Jörg algunos de sus amigos. Sé que nunca podré devolverle ya los que le debo o recibir los que él me hubiera podido dar. Los sigo apuntando, sin embargo, cada vez que me llegan mensajes de amigos y amigas que me lo recuerdan en estos días. Desde Brasil hasta Alemania, pasando por Italia, Francia, España, Portugal o México. Quién sabe si no le llegarán también a él esos abrazos virtuales con nuestros recuerdos y nuestro afecto.

Los intelectuales nunca mueren del todo, porque su obra queda y, con el paso de los años puede seguir inspirando la labor de las generaciones futuras. Pero las personas como Jörg no sólo seguirán viviendo a través de sus libros y sus escritos, sino también en nuestra memoria y en la amistad que compartimos. Porque son una parte muy importante de la economía de nuestros sentimientos. Con su aspecto algo despistado, su talante afectuoso, su indisimulable timidez y la bondad que irradiaba a su alrededor, Jörg ocupará siempre un lugar en nuestros corazones.

Resumen

Este texto recuerda la figura de Jörg Luther, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Turín y recientemente fallecido.

Palabras clave

Jörg Luther, derecho constitucional.

Abstract

This text recalls the figure of Jörg Luther, professor of constitutional law at the University of Turin and recently deceased.

Keywords

Jörg Luther, constitutional law.

Recibido: 6 de junio de 2020

Aceptado: 8 de junio de 2020

Textos clásicos



**DISCURSO DE VÁCLAC HAVEL EN EL
PARLAMENTO EUROPEO EL 11 DE NOVIEMBRE
DE 2009***

**Speech by Václav Havel in the European Parliament on
November 11, 2009**

VÁCLAV HAVEL
Antiguo Presidente de la República Checa

Señorías, les agradezco su invitación y la oportunidad que me brindan de dirigirme a ustedes con motivo del vigésimo aniversario del día en el que cayeron de forma espectacular las barreras de las fronteras, fueron cortados los alambres de púas y desaparecieron los muros que separaban las naciones de Europa y, en el caso de Alemania, el muro que dividía las dos mitades de una misma nación. Supuso el final de la división bipolar no solamente de Europa sino también, en un sentido mucho más amplio, de todo el planeta. Fue un momento de tal relevancia histórica que muchos tuvieron la impresión de que, en adelante, la paz y la prosperidad reinarían en el mundo.

Pero no fue así. La Historia, como no podía ser de otra manera, siguió su curso. Y por ello es aún más importante, si cabe, que no sólo aprovechemos este aniversario como una invitación para reflexionar acerca del presente, sino, sobre todo, como una oportunidad para meditar sobre lo que nos depara el futuro. Me gustaría contribuir a dicha reflexión a través de cinco observaciones sobre el tema de la unificación europea.

Nadie estaba realmente preparado para una caída tan increíblemente rápida del Telón de Acero. Nadie podía estarlo. Lo contrario habría resultado ilógico. Por ello,

* <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20091111&secondRef=ITEM-001&language=ES>.

sobrevino un periodo de perplejidad, de búsqueda de diferentes alternativas, de incertidumbre. La OTAN tomó la valiente decisión de aceptar a nuevos miembros, garantizándoles así su seguridad, lo que les permitió concentrarse en su preparación para entrar en la Unión Europea. Más tarde, la UE comenzó realmente a abrir sus puertas a las nuevas democracias de Europa Central y Oriental. En ocasiones, estos países le provocan dolores de cabeza de muy diversa índole, pero es perfectamente comprensible. La cultura política democrática no puede crearse ni renovarse de la noche a la mañana. Es un proceso largo, plagado de todo tipo de imprevistos que hay que superar mientras se continúa avanzando. El comunismo solamente se ha impuesto en una ocasión en la historia moderna –esperemos que también se trate de la última–, por lo que el fenómeno del poscomunismo era nuevo para nosotros. Tuvimos que hacer frente a las secuelas del imperio del miedo que había reinado durante largos años, así como a los peligros que entrañaba una redistribución de la propiedad sin precedentes en nuestra historia. Eran muchos los obstáculos –y lo siguen siendo–, y sólo ahora empezamos a poseer la experiencia necesaria para abordar una situación de estas características.

Creo, no obstante, que Occidente hizo bien las cosas. Cualquier otra alternativa habría ocasionado muchas más complicaciones tanto a sí mismo como al resto del mundo, y habría resultado mucho más costosa. Podría haber dado lugar a una nueva lucha por las esferas de influencia o por la dominación directa de un grupo sobre otro y, además, los Estados que se hubieran quedado a las puertas de Occidente probablemente se habrían convertido en el terreno de juego de nacionalistas y populistas acompañados de sus milicias armadas, y quizás también en el escenario de peligrosos conflictos locales; un peligro que podría haberse visto multiplicado por el hecho de que, tras la Segunda Guerra Mundial, por razones sobradamente conocidas, no se celebró ninguna conferencia de paz para fijar de forma vinculante, precisa y duradera los términos de la posguerra en Europa. Creo que muchos de los que hasta hacía poco habían enarbolado una bandera con la hoz y el martillo ondearon, con gran premura, la bandera nacional. Pudimos constatar, en la antigua Yugoslavia, adónde podía conducir ese camino. Los demonios –por todos es sabido– siempre despiertan otros demonios. Por ello, nadie sabe con certeza si esta epidemia podría haberse incluso propagado en la mitad occidental de Europa. Vivimos en una época en la que todo conflicto local, como consecuencia de la globalización, puede fácilmente devenir en conflicto internacional.

Así pues, el enfoque adoptado fue el más lógico desde un punto de vista histórico y el más adecuado en la práctica. Además, también podía ser interpretado como la expresión de una corresponsabilidad meditada, fruto del modo en que habían evolucionado las cosas en el pasado más reciente; una evolución cuyos orígenes se

remontaban en parte a una serie de concesiones que el mundo democrático había hecho pensando únicamente a corto plazo.

En resumen, por muchos problemas que hayamos podido causarle a la Unión Europea hasta ahora, han valido la pena, porque cualquier otra alternativa al curso que tomaron los acontecimientos habría resultado, con casi toda probabilidad, mucho más peligrosa y sencillamente peor. En estas circunstancias, todo lo que se puede pedir a Europa es paciencia y comprensión.

No obstante, lo que de verdad cuenta es lo que nosotros podemos ofrecer a Europa. Desde hace mucho tiempo pienso que, después de lo que padecemos bajo los regímenes totalitarios, necesitábamos –incluso diría que estábamos obligados a ello– compartir nuestra experiencia con los demás, con convicción y de forma sencilla, y realizar recomendaciones concretas basadas en sus implicaciones. No es tarea fácil, y no estoy seguro de que lo hayamos logrado por el momento. En realidad, las formas de gobierno totalitario o autoritario suelen llegar al poder sin hacer ruido y recurren a métodos muy ingeniosos para controlar la sociedad. Sólo ahora, gracias a la perspectiva que nos brinda el paso del tiempo, muchos nos damos cuenta de hasta qué punto nos habíamos dejado atrapar por la red del totalitarismo. Todo ello nos obliga a actuar con prudencia. Esta prudencia nos permitirá contribuir al logro de un objetivo: garantizar que lo que padecemos nunca volverá a repetirse.

¿Cómo hacerlo? Sobre todo, hemos de ser clara e inequívocamente solidarios con todos aquellos que, hoy en día, en cualquier parte del mundo, se enfrentan a un régimen totalitario o autoritario. Dicha solidaridad no deber estar sometida a intereses económicos o de otra índole. Incluso un compromiso de poco alcance, discreto y bienintencionado puede tener fatales consecuencias, aunque éstas sólo se manifiesten a largo plazo e indirectamente. Frente al mal no podemos retroceder, porque el mal, por su naturaleza, saca provecho de hasta la más mínima de nuestras concesiones. Además, Europa ya ha atravesado por desafortunadas experiencias cuando ha tratado de imponer sus políticas de paz a cualquier precio. Nuestro apoyo puede ayudar, más de lo que creemos, a los espíritus libres o a los testigos que se hacen eco de la situación que se vive en Corea del Norte, Birmania, Irán, el Tíbet, Bielorrusia, Cuba, etc. Pero también supondrá una ayuda para nosotros. Nos ayudará a construir un mundo mejor siendo fieles a nosotros mismos, o, en otras palabras, a poner en práctica los valores que defendemos públicamente.

El Parlamento Europeo concedió recientemente el Premio Sájarov a “Memorial”, asociación rusa que vela por el respeto de los derechos humanos en Rusia. Creo que se trata de una decisión muy significativa. Recuerdo la repercusión que tuvo en mi país el hecho de que en una ocasión, en contra de la voluntad del Gobierno, el

Presidente francés nos invitó –a nosotros, la oposición– a un desayuno de trabajo durante su visita de Estado. Son situaciones que pueden resultar aparentemente superficiales. Pero las cosas funcionan así en un régimen totalitario: un simple desayuno o la represión de una insignificante manifestación estudiantil pueden, en determinadas circunstancias, cambiar el curso de la Historia.

Nuestra identidad no solamente se compone de lo que nos es propio y único como individuos, sino también de las llamadas capas compartidas de identidad. Nuestra identidad, en mayor o menor medida, también es el resultado de nuestra pertenencia a una familia, comunidad, región, empresa, iglesia, asociación, partido político, nación o civilización, y, evidentemente, de nuestra pertenencia a la Humanidad. Todo ello está relacionado con los diferentes tipos de hogar que podemos tener, ya sean de carácter geográfico, de opinión, lingüístico, étnico, etc. Todos y cada uno de estos aspectos contribuyen a crearnos. La identidad también se asocia a los diferentes tipos de patriotismo y a nuestros objetivos, afinidades, inclinaciones, fuentes de orgullo, símbolos, tradiciones, costumbres, hábitos y peculiaridades. En resumen, el mundo es variado, la Humanidad es variada y cada uno de nosotros también lo es.

Evidentemente, esta pertenencia compartida también constituye el origen de la soberanía compartida. Todos los niveles de nuestra identidad encierran un determinado grado de soberanía, pero en ninguno de ellos dicha soberanía es absoluta; en realidad, no puede serlo. Lo que realmente importa es que estas soberanías se complementen y, en la medida de lo posible, no se opongan entre sí.

Estoy seguro de que ya se imaginan por qué estoy planteando esta serie de consideraciones precisamente ahora: al fin y al cabo, los debates sobre la Constitución Europea y el Tratado de Lisboa se centran, en gran medida, en determinar qué relación ha de establecerse entre la soberanía nacional y la europea. La respuesta es evidente: ambas han de complementarse. Que yo me sienta europeo no significa, en absoluto, que deje de ser checo. Al contrario, puesto que soy checo, soy europeo. Suelo decir en un modo un tanto poético que Europa es la patria de nuestras patrias.

Al mismo tiempo, estoy convencido de que la soberanía europea se reforzará gradualmente en el futuro. No sé si lo hará rápida o lentamente, ni qué sinuosos caminos tomará, pero lo que sí sé es que el proceso de integración debe continuar, ya que nos beneficia de forma sustancial, mejor dicho, existencial, a todos, no solamente a los europeos. Las razones no pueden ser más claras: formamos parte de una única civilización globalizada en la que poco importa que el propietario de una empresa de pesca de Groenlandia viva en Taiwán y posea parte de un banco en Brasil, o que el dueño de unas minas de la República Checa dirija su explotación a través de un ordenador desde Islandia. En este contexto, las asociaciones supranacionales o continentales des-

empeñan, y desempeñarán, un papel cada vez más importante. No se trata de la desaparición de los Estados nacionales, ni ahora ni más adelante. Simplemente seguirán asociándose y actuando juntos en diferentes áreas. La evolución técnica y económica no les deja otra opción. Por otra parte, en una época en la que el mundo se encamina hacia una desastrosa homogenización, la creación de pequeñas asociaciones de Estados y naciones, más o menos afines, puede constituir uno de los medios más eficaces de garantizar la protección de las identidades regionales o nacionales.

Asimismo, la asociación progresiva y no forzada de diferentes Estados refuerza lógicamente la coexistencia pacífica. ¿No fueron la mayoría de las guerras de los últimos siglos conflictos entre Estados-naciones? ¿Existe un modo mejor de controlar los demonios nacionalistas que la colaboración real entre diferentes naciones? Sin embargo, solamente podemos aceptar el principio de una soberanía de múltiples capas si se asocia a una identificación cívica y política. He observado que, en mi país –y probablemente en muchos otros–, solemos hablar de “nosotros”, en mi caso, los checos, y de “ellos”, refiriéndonos a esos malvados extranjeros de Bruselas. Pero ¿no estamos nosotros también en Bruselas? Esta distinción entre “nosotros”, los buenos por antonomasia, y “ellos”, los malos que quieren perjudicarnos a toda costa demuestran la incomprensión que se cierne sobre el principio de integración. Se trata, pues, de una cuestión que también debemos abordar armados de paciencia.

Todos estamos en el mismo barco; un barco que navega en la dirección correcta. Y mantendrá ese rumbo siempre y cuando todos sus pasajeros asuman una responsabilidad compartida y no emprendan la marcha solos en beneficio propio. Hacer mucho ruido en torno a imprecisos intereses nacionales no nos permitirá alcanzar una posición única o de prestigio en la comunidad existente; tan solo sirve para ocultar la falta de confianza en nosotros mismos. Esa posición solamente puede alcanzarse a través de una interacción significativa con los demás y de nuestro compromiso con la causa común.

Durante largos siglos, Europa fue el centro de la civilización mundial, e incluso cuando no lo era, al menos ella así lo creía. Por ello, se sentía autorizada a exportar su cultura, su religión y sus invenciones al mundo entero; poco importaba si los demás se lo habían pedido. Y eso no es todo, pues en numerosas ocasiones estos valores se exportaron mediante el uso de la fuerza. De hecho, podríamos incluso afirmar que toda la civilización moderna –con todo su esplendor, pero también, y en igual medida, con su miopía actual– vio la luz en Europa. Europa debería aprender de todo ello y hallar un nuevo modo de servirse de esta experiencia, para dejar de imponer su criterio al mundo, convirtiéndose únicamente en una fuente de inspiración, proponiendo un ejemplo que los demás pueden optar por seguir libremente, sin que estén obligados a ello.

Es difícil encontrar en nuestro planeta una región en la que se concentren tantas naciones o grupos étnicos diferentes, por no mencionar a todas las minorías y las minorías dentro de las minorías. Pese a ello, a lo largo de las últimas décadas, Europa ha logrado crear la que probablemente sea la unión supranacional más sólida del mundo actual. Y, sin embargo –y esto es lo más importante–, esta unión no nació, como siempre había sucedido en el pasado, de la subyugación de los más débiles por parte de los más fuertes. Al contrario, fue el fruto de un acuerdo pragmático. De este modo, la integración pasó del campo de batalla a la sala de reuniones. Este logro constituye por sí solo todo un desafío para el resto del mundo.

Ya he mencionado la creciente importancia de las entidades supranacionales en el mundo actual. Para mí, la obtención de un orden político óptimo en las próximas décadas pasa por la cooperación y asociación creadoras de estas grandes entidades supranacionales o continentales, basadas en unos principios mínimos comunes, de orden moral más que político. Sin embargo, para que estas relaciones tengan sentido, han de descansar sobre dos principios fundamentales: la total igualdad recíproca y la máxima sinceridad. Una relación en la que por razones prácticas –por ejemplo, el miedo a la interrupción del suministro de gas o de petróleo– algunos prefieren apartar la vista y olvidarse de todos los periodistas asesinados por haber defendido la libertad de expresión o de cualquier otro suceso similar, que, en otras circunstancias, habrían denunciado abiertamente, no es una relación de asociación, ya que se basa en la hipocresía. Los verdaderos socios han de ser totalmente sinceros el uno con el otro: no deben ocultar la verdad y también tienen que ser capaces de escucharla.

La integración europea, gracias a la que la mayor parte de nuestro continente vive en paz desde hace años, representa la única tentativa real de unión democrática entre Estados. No se trata de una verdadera federación, ni siquiera de una confederación tradicional; aún queda mucho para llegar a ese estadio. Es simplemente algo completamente nuevo. ¡Ojalá esta experiencia pueda servir de ejemplo a otros! Pero no es eso lo principal. Yo creo que la Unión Europea puede servir de inspiración al resto del mundo en relación con algo mucho más profundo que su modelo de cooperación internacional. Me refiero a la oportunidad que tiene de esforzarse por corregir de forma sistemática todos los controvertidos principios con los que Europa ha predeterminado o modelado el carácter de la civilización contemporánea. Se trata de un proceso que puede que ya haya comenzado.

Lo que quiero decir es que hemos de dejar de idolatrar la obtención de beneficios a cualquier precio sin tener en cuenta sus irreversibles efectos a largo plazo, el crecimiento cuantitativo y el “crecimiento del crecimiento”, el viejo ideal de alcanzar o incluso superar a los Estados Unidos, a China o a cualquier otro país que nos lleve

ventaja, así como la peligrosa y arbitraria colonización de la Tierra y el saqueo irracional del planeta sin consideración alguna por el medio ambiente ni los intereses de las generaciones futuras. Estoy pensando, lógicamente, en los ingeniosos modos de ahorrar energía que hemos descubierto, en un momento en el que el éxito de un Estado no se mide por el crecimiento, sino por la caída, de su consumo.

No obstante, todo esto solamente es posible si algo comienza a cambiar en el fuero interno de los europeos de hoy en día. A la luz de los últimos descubrimientos cosmológicos, los europeos deberían mostrarse un poco más humildes y meditar acerca de lo que sucederá tras su muerte. Deberían inclinarse ante el misterio del Universo y del ser propiamente dicho. En resumen, deberían volver a tener constantemente presentes la eternidad y la infinidad, tal como sucedía en las primeras etapas de la evolución europea. No podemos olvidar que nada de lo que ha sucedido puede deshacerse y que el recuerdo de lo acaecido nunca desaparece por completo, aunque no sea ahora más que una reminiscencia fugaz, por lo que nada se perdona para siempre.

Pero retomemos la cuestión de Europa en su calidad de socio: la abrumadora mayoría de las guerras que han asolado la Humanidad perseguían el control de una frontera o un territorio. De ello podemos extraer una importante lección: no solamente los Estados-nación sino también las comunidades supranacionales han de saber dónde comienzan y dónde terminan sus territorios. Los límites difusos o controvertidos suelen ser fuente de conflictos. La Unión Europea debería tenerlo presente. Por ello, ha de definir con mayor precisión sus fronteras exteriores. Si quiere echar abajo las fronteras, primero tiene que saber dónde se encuentran. Así pues, la idea de autoidentificación geográfica debería entenderse en un contexto mucho más amplio, a escala planetaria. Constituiría asimismo una importante y concreta contribución al objetivo que todos anhelamos: la paz entre los pueblos y las naciones de este planeta.

En los debates sobre Europa, la cuestión de la soberanía compartida suele tratarse en conexión con la organización institucional de la Unión Europea. Respeto los esfuerzos que la UE ha realizado en este campo en los últimos años, así como sus logros. Y desde este respeto, me permito el atrevimiento de analizar la cuestión desde una perspectiva a largo plazo. Este Parlamento del que ustedes forman parte es elegido por sufragio directo y el reparto de los escaños entre los distintos países se realiza en función de su tamaño. Creo que el Parlamento Europeo debería gozar de mayores poderes de los que posee en la actualidad, puesto que se trata del único órgano directamente elegido por todos los ciudadanos europeos. Así pues, la actividad legislativa debería transferirse con mayor claridad del poder ejecutivo al poder

legislativo. Nadie debería percibir el Parlamento Europeo como un simple, pero costoso, adorno de la UE.

No obstante, estoy convencido de que en el futuro podría ver la luz otro organismo, si bien de menor tamaño; los parlamentos nacionales elegirían entre sus miembros a sus representantes en este nuevo órgano y cada Estado miembro contaría con igual número de miembros. Esta estructura, u otra de similares características, permitiría resolver dos cuestiones al mismo tiempo: en primer lugar, los Parlamentos nacionales dejarían de sentirse excluidos del proceso europeo de toma de decisiones y, en segundo lugar, se contaría con un órgano europeo en el que quedaría garantizada la absoluta igualdad de todos los Estados miembros. Dicho órgano solo se reuniría en ocasiones excepcionales, únicamente cuando un determinado número de miembros lo solicitara y solamente en relación con materias que requieran un consenso. Además, si se adopta esta solución, la composición de la Comisión ya no tendría que basarse en una ponderación nacional tan complicada y el Consejo no tendría que contar sus votos de un modo tan complejo. En mi opinión, es más importante que los comisarios sean realmente los mejores en su campo que el hecho de que sean mis compatriotas a toda costa o de que pertenezcan a mi partido.

Por lo que respecta al Consejo Europeo, se trata en la actualidad de una extraña mezcla de autoridad ejecutiva y representativa. Su estatus también debería ser objeto de clarificación. Debería asemejarse al estatus de los Jefes de Estado en una democracia parlamentaria; en otras palabras, debería constituir una forma de dirección colectiva, semioculto y semimanifiesta, de la unión de Estados, cuyo representante visible, conocido por todos, sería naturalmente una persona física: el Presidente. Esta figura, que ya ha sido prevista por el Tratado de Lisboa, reviste una gran importancia: no debemos olvidar que siempre que emerge determinada forma de liderazgo colectivo, generalmente existe un riesgo de colapso. No quiero decir con ello que esta premisa deba necesariamente aplicarse a las comunidades supranacionales, pero tengo la impresión, no obstante, de que solamente debería existir un único semblante humano en representación de esta compleja maquinaria, lo que permitiría garantizar una mejor comprensión de la misma.

Ya he mencionado más de una vez que, en mi opinión, sería formidable que, en algún momento futuro, existiese una Constitución Europea breve, inteligible y fácil de leer, que incluso los niños puedan comprender, y el resto –que ya se compone de miles y miles de páginas– tan sólo serían anexos a la misma. Naturalmente, una parte de dicha Constitución, o incluso su primera sección, debería ser una Carta de Derechos Fundamentales, en la que se establecerían los valores e ideales en los que se basa la Unión Europea, por cuyo respeto aboga y que tiene presentes a la hora de tomar decisiones.

Señorías, permítanme una última observación para enlazar con el comienzo de mi intervención. Vista desde la distancia, la Unión Europea parece un organismo altamente tecnocrático que solamente se ocupa de cuestiones económicas y monetarias. Las interminables conversaciones sobre el presupuesto, las cuotas, los derechos aduaneros, los impuestos, las normas comerciales y todo tipo de reglamentaciones son probablemente necesarias, y no seré yo quien las desdeñe lo más mínimo. Es más, de hecho, creo que las notorias recomendaciones o normas relativas a la preparación del goulash, tradicionales objetivos del sarcasmo euroescéptico pretenden en realidad proteger algo típicamente checo o húngaro y, en ningún caso, atacan a un Estado miembro determinado o a su identidad.

No obstante, creo que la UE debería hacer mayor hincapié, y de forma más ostensible, en aquello que reviste verdadera importancia, a saber, sus fundamentos espirituales y sus valores. Al fin y al cabo, se trata de una tentativa sin precedentes de construir una gran y excepcional comunidad supranacional basada en el respeto de la dignidad y las libertades humanas y en una verdadera democracia, que no sea solamente formal o figurada, dotada de sentido común, honradez y la capacidad de mantener un diálogo en pie de igualdad tanto dentro de la propia comunidad como fuera de la misma, y cimentada asimismo en el respeto de las naciones individuales, sus tradiciones y logros y los territorios que ocupan, y de sus hogares y las regiones en las que estos se hallan, así como en el respeto de los derechos humanos y la solidaridad humana.

La rica historia espiritual y cultural de Europa, en la que se combinan elementos de la antigüedad, el judaísmo, el cristianismo, el islamismo y, más recientemente, el Renacimiento y la Ilustración, ha dado forma a un conjunto de valores incuestionables, que la Unión Europea no se cansa de repetir –no cabe duda de ello–, pero de los que a menudo sólo se sirve como el bonito envoltorio de lo que de verdad le importa. Pero ¿no constituyen estos valores su verdadera esencia? ¿No son ellos los que sirven de guía para todo lo demás?

No defiendo, con esto, nada realmente revolucionario o radical. Tan solamente invito a reflexionar con más profundidad sobre los cimientos de la unificación europea, a cultivar en mayor medida nuestra especificidad europea y establecer una relación mejor articulada con el orden moral que va más allá de nuestro beneficio inmediato, o de un mundo que avanza a la deriva movido únicamente por la búsqueda de la prosperidad y determinado exclusivamente por indicadores cuantitativos.

Ya hace veinte años que dejamos atrás la Europa dividida en dos mitades. Creo firmemente que Europa nunca permitirá que la dividan de nuevo; por el contrario, se convertirá en la pionera de una mayor y más profunda solidaridad y cooperación.

Mi deseo es que la «Oda a la Alegría» de Schiller deje de ser para nosotros y nuestros descendientes simplemente un poema que celebra la amistad entre los pueblos y que se transforme en un poderoso símbolo de nuestra lucha común por un mundo más humano.

(La Cámara, puesta en pie, aplaude al orador).

Presidente. – Señorías, si el premio Sájarov hubiese existido hace treinta años, señor Havel, usted hubiese sido nuestro candidato perfecto. Afortunadamente, hoy ya no necesita este premio, pues ya no es necesario distinguir entre una Europa actual y anterior. Sólo tenemos una Europa. Como políticos, hoy en día, tenemos la obligación de respetar los valores de la reconciliación y la solidaridad sobre los que se ha fundado la Unión Europea. Por tanto, hagamos todo lo posible para garantizar que no sean olvidados.

Señor Havel, quisiera mostrarle mi agradecimiento una vez más. Gracias Primer Ministro, Ministro, Presidente en ejercicio del Consejo, Presidente Barroso y Comisario, por haber estado con nosotros.

Señor Havel, su visita al Parlamento Europeo es muy importante para nosotros. Nuestras puertas siempre están abiertas para nuestros héroes europeos. Muchísimas gracias por haber venido. Siempre recordaremos su discurso y le deseamos todo lo mejor.

(Ovación prolongada).

Resumen

Este texto recoge el discurso ofrecido por el Presidente checo Václav Havel en el Parlamento Europeo el 11 de noviembre de 2009. Es una reflexión que conmemora la caída del muro, pero sobre todo plantea los derroteros que había de seguir la Unión Europea, en especial como garante de la democracia.

Palabras clave

Unión Europea, caída del muro, democracia.

Abstract

This text is the speech offered by the Czech President Václav Havel in the European Parliament on November 11, 2009. The speech commemorates the fall of the wall, but above all it analyzes the paths that the European Union would have to follow, especially in the protection of democracy.

Keywords

European Unión, the fall of the Wall, democracy.

Jurisprudencia



¿PUEDEN BROTAR FRUTOS SANOS DEL ÁRBOL ENVENENADO? LA ADMISIBILIDAD COMO PRUEBA DE LA LISTA FALCIANI

Can healthy fruit sprout from the poisoned tree? Admissibility as proof of the Falciani list

REGINA HELENA FONSECA FORTES-FURTADO

Profesora Asociada de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

Doctora en Derecho penal por la Universitat Pompeu Fabra. Abogada

Miembro de la FICP

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Las modulaciones jurisprudenciales con relación a la prueba obtenida por particulares con violación de derechos fundamentales: la excepción a la regla de exclusión y la limitación impuesta por la regla de moderación.
- III. La regla de no indagación o supervisión y la cadena de custodia de la prueba.
- IV. Conclusiones y sugerencias.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina de la prueba ilícita sigue siendo el pilar que confiere a los derechos fundamentales solidez, a la vez que sirve de obstáculo frente a la eventual realización de pruebas ilícitas que atenten contra dichos derechos, pues, como se ha afirmado en varias ocasiones, “la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio”¹, lo que indudablemente se aplica al Estado que en el ejercicio del *ius puniendi* penal no puede –y no debe– quebrantar las reglas constitucionales del juego.

Inicialmente, analizaremos la denominada “Sentencia Falciani”², en la que el Tribunal Supremo se pronunció por vez primera sobre el valor probatorio de documentos bancarios y ficheros contables procedentes de una actuación ilegítima de un

1 *Cfr.* ATS 18 de junio de 1992, rec. 610/1990.

2 *Cfr.* STS 471/2017, Sala de lo Penal, resolución núm. 116/2017, de 23 de febrero, ponente Manuel Marchena Gómez.

particular con violación de derechos fundamentales, así como la posterior resolución del recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional³, permitiendo bajo determinadas circunstancias la admisión de una fuente ilícita de prueba.

A continuación, nos detendremos en dos cuestiones estrechamente relacionadas con este caso: primera, la aplicación de la regla de no indagación o supervisión y, segunda, la eventual ruptura de la cadena de custodia de la prueba. Finalmente, trataremos de solucionar el interrogante puesto al inicio de si del árbol envenenado pueden, o no, brotar frutos sanos, para concluir con una crítica a la solución adoptada.

II. LAS MODULACIONES JURISPRUDENCIALES CON RELACIÓN A LA PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y LA LIMITACIÓN IMPUESTA POR LA REGLA DE MODERACIÓN

La doctrina de la prueba ilícita bien se podría denominar doctrina de la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debido a la redacción misma de la regla general del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, diferenciándola, así, del régimen de apreciación de la prueba producida con quebrantamiento de la normativa legal a la que se alude como prueba irregular, con la consecuencia procesal de que esta última es una mera ilegalidad probatoria cuya exclusión no es obligatoria *per se*.

Y con relación a la doctrina de la exclusión de la prueba ilícita⁴, lo primero que cabe decir es que no es novedosa la admisión de excepciones a la regla de exclusión⁵.

3 Cfr. STC, Pleno, 97/2019, de 16 de julio de 2019, recurso de amparo 1805-2017.

4 Sobre el origen y evolución de la doctrina de la prueba ilícita con especial referencia al derecho norteamericano cfr. M. MIRANDA ESTRAMPES, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Barcelona, 2019, *passim*.

5 Ya en el Anteproyecto del Código Procesal Penal, de diciembre de 2012, se ampliaba el ámbito de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita: “Artículo 13.- Exclusión de la prueba prohibida 1.- No surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos. Tales pruebas serán de valoración prohibida. 2.- Como excepción a la disposición establecida en el apartado anterior, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean: a) favorables al encausado; o b) consecuencia indirecta de la vulneración de

En el caso del que nos ocuparemos, conocido en términos periodísticos y sociales como “Lista Falciani”, la reciente jurisprudencia respecto a la validez de este tipo de pruebas, es decir, de las listas de evasores fiscales obtenidas en el extranjero por un particular con eventual violación de derechos fundamentales, además de suponer un alineamiento con la jurisprudencia de otros países europeos como Bélgica, los Países Bajos, Francia, Italia y Alemania, en gran medida se vio facilitada por una no lejana jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶, que consolida una excepción a la regla de la exclusión, como veremos con más detalle a continuación.

Se trata, como dijo el ponente de la STS 116/2017, de 23 de febrero, de una llamada a la necesidad de ponderar las circunstancias en cada caso concreto, de “modular aquello que necesita ser modulado”,⁷ siguiendo así la línea argumental del TEDH conforme a la cual la exclusión de la prueba ilícita es tan solo una de las opciones que alberga el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pero siempre, claro, que las referidas modulaciones sean compatibles con el derecho a un juicio justo.

Es importante hacer una aclaración previa: en la “Lista Falciani” los datos sustraídos a la entidad bancaria engloban aspectos económico-financieros de clientes obtenidos en el extranjero por un informático del Banco HSBC Private Bank Suisse-filial de Ginebra, el Sr. Hervé Falciani, con violación, conforme al derecho suizo, del derecho a la intimidad de los clientes, pero los hechos no se produjeron en un

un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o c) *consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas*” (la cursiva es nuestra); en la misma línea, en el art. 129 del Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 se admitía la validez de las pruebas derivadas o reflejas “... si no guardan una conexión relevante con la infracción originaria”.

6 Cfr. la STEDH, secc. 5.ª, de 6 de octubre de 2016, en el caso *KS y MS c. Alemania*, asunto 33696/11, en la que el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de si una prueba obtenida con vulneración del derecho interno e internacional y empleada, posteriormente, por el poder público y, en concreto, por la Administración tributaria, para la consecución de una orden judicial de registro domiciliario vulnera el art. 8 CEDH y, en particular, el requisito de legitimidad de la injerencia previsto en el apartado 2 del citado precepto.

7 Cfr. M. MARCHENA, “La ‘Sentencia Falciani’: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 2017, pp. 43-57.

contexto de investigación de eventuales delitos fiscales sino que acabaron siendo revelados posteriormente a la tentativa de venta de estos datos por el Sr. Falciani, a través de un registro autorizado llevado a cabo en su domicilio en Francia⁸. Posteriormente, los mencionados datos fueron trasladados a España mediante el convenio de colaboración en materia tributaria existente entre ambos países⁹.

Efectuada la aclaración anterior, y entrando en el análisis del tema, el TC pone de manifiesto en su sentencia 97/2019, de 16 de julio, que la regla de exclusión de la fuente de conocimiento ilícita tiene por límite la proporcionalidad de la afectación del derecho fundamental violado –menos intensa cuanto más se aleja del núcleo duro de protección constitucional del referido derecho–, con lo cual, el análisis de la regularidad constitucional de la prueba se asentaría sobre dos pilares: a) el fundamento de la regla de exclusión consiste en generar un efecto disuasorio (limitando el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales), que no tiene por qué abarcar automáticamente a los particulares si son los únicos responsables de la transgresión de los derechos fundamentales; b) hay que acomodar la regla de exclusión al alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental sustantivo menoscabado.

De ahí que, con relación al primer requisito, se avala la conclusión a que llega el Supremo en la STS 117/2017, de 23 de febrero que, en contraposición a la actuación de un agente de la autoridad que, “a priori”, se vuelca en la obtención de pruebas para su futura utilización en un eventual procedimiento penal, entiende que el “efecto disuasorio” de la regla de exclusión de la prueba ilícita no tiene que aplicarse de forma automática al particular, pues éste actúa totalmente desvinculado del ejercicio del *ius puniendi* estatal y no tiene que ser disuadido de su actividad. Se trata, por lo tanto, de la consolidación en la jurisprudencia de una excepción a la regla de ilicitud de la prueba.

Pero, como afirma el TS, el razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente no busca formular una regla con pretensión de validez general. Tampoco aspira a proclamar una regla dirigida a la aceptación incondicional de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal.

8 La información obtenida por las autoridades francesas es fruto de la solicitud de cooperación cursada por las autoridades suizas, a resultas de la cual se acordó por parte de la Fiscalía de Niza el registro del domicilio francés del Sr. Hervé Falciani. Sobre los antecedentes de hecho, *cf.* la STC 97/2019, de 16 de julio, apartado I. a).

9 Art. 27 del Convenio celebrado el 10 de octubre de 1995 entre el Reino de España y la República Francesa sobre doble imposición y prevención de la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio.

Y es que la regla prohibitiva no excluye entre sus destinatarios, siempre y en todo caso, al particular que despliega una actividad recopiladora de fuentes de prueba que van a ser utilizadas con posterioridad en un proceso penal. También el ciudadano que pretende hacer acopio de datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de terceros (FJ 7.º); junto a esta circunstancia, se destaca también la necesidad de someter la regla de exclusión a un juicio de ponderación relacionado con el “alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental sustantivo menoscabado”¹⁰.

Con relación al segundo requisito, y volviendo a los postulados de la STC 114/1984, de 29 de noviembre¹¹, el TC retoma las tres ideas que constituyen los principios rectores en esta materia:

a) la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado;

b) la pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE);

c) la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo.

Como afirma el TC, son necesarios dos pasos para valorar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: a) se ha de determinar, en primer lugar, si esa

10 *Cfr.* A. J. MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, *InDret*, núm. 3, 2018. La grave laguna de la resolución, señalada por el autor, consistente en condicionar la aplicación del artículo 11 LOPJ a los casos de pruebas obtenidas por particulares a un juicio cuyos criterios no se enuncian, parece haber sido colmada por el TC, lo que confirmaría que, al contrario de lo que afirmó el Supremo, sí se trata de una regla con validez general.

11 En la que descartó que se hubiera producido la vulneración originaria del derecho fundamental sustantivo (art. 18.3 CE) en un caso de despido ilegal impugnado ante la magistratura de trabajo en el que se había tenido en cuenta como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el empleado, registrada por su interlocutor sin su consentimiento, con violación del derecho fundamental del art. 18.3 CE y de un proceso con todas las garantías.

ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; b) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos¹².

Con relación al primer paso, la vulneración del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) del cliente del banco declarada por la Sala Segunda del TS se estimó existente, pues no corresponde al TC revisar de oficio tal declaración al no constituir objeto del debate planteado en la demanda de amparo.

El segundo paso concentra lo que parece ser el núcleo más importante de la decisión: a partir de la constatación de la vulneración del derecho fundamental sustantivo a la intimidad que, por sí sola, no implica la violación del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, se considera correcta la interpretación efectuada por el TS afirmando que es compatible el art. 11.1 LOPJ con un juicio ponderativo y que no merece ninguna censura desde el punto de vista del citado derecho a un proceso con todas las garantías.

Al enfrentarse al caso concreto de la “Lista Falciani”, el TC realiza dicho juicio ponderativo y llega a las siguientes conclusiones: a) el hecho de que la vulneración del derecho sustantivo fuera cometida por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable; b) estamos ante una intromisión en el derecho a la intimidad que carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública (índole y características de la vulneración); c) por lo que se refiere a la ponderación desde el punto de vista “interno”, los datos que son utilizados por la Hacienda Pública española se refieren a aspectos periféricos e ino-cuos de la llamada “intimidación económica” (no se aportaron concretos movimientos de cuentas, que pudieran revelar o que permitieran deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado), y no es de tal intensidad que exija extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal; d) y sobre la ponderación desde el punto de vista “externo”, se concluye que no hay un riesgo cierto de propiciar, con la admisión de la prueba controvertida, prácticas que comprometan *pro futuro* la efectividad del derecho fundamental en juego, pues en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público

12 FJ 4.º de la STC 97/2019, de 16 de julio.

que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares como el que, en este caso, ha resultado discutido.

Con relación al punto de vista externo del juicio de ponderación efectuado, añade el TC que

“en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios. De hecho, en nuestro ordenamiento, sobre el obligado tributario pesa el deber jurídico de aportar a la hacienda pública datos bancarios como los ahora controvertidos (art. 93 de la Ley general tributaria). No se advierte, pues, tampoco desde un punto de vista externo, que exista una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso que nos ocupa. España no tiene un sistema jurídico de opacidad bancaria que exija instrumentalizar el proceso penal para prevenir este tipo de violaciones de derechos fundamentales verificadas entre particulares. Y no existe, obviamente, dentro del ordenamiento español de derechos fundamentales, una obligación de proteger instrumentalmente un sistema de este tipo, aunque pueda existir en otros estados”¹³.

Cabe observar que la decisión de no excluir a los mencionados medios de prueba se articula, principalmente, sobre el juicio de ponderación del eventual conflicto entre los derechos fundamentales y los fines que justifican su utilización. De todo ello surgen, al menos con relación al *momento* de obtención de la prueba y en su trayecto hasta llegar a las autoridades españolas, dos cuestiones que nos parecen fundamentales y que abordaremos a continuación: primero, si se debe seguir aplicando ciegamente el principio de no indagación o supervisión y, en segundo lugar, el problema de la eventual ruptura de la cadena de custodia de la prueba.

III. LA REGLA DE NO INDAGACIÓN O SUPERVISIÓN Y LA CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA

Como hemos visto, no ofrece dudas que la jurisprudencia más reciente admite como prueba en los procesos penales por delitos fiscales a los datos de evasores fiscales sustraídos en el extranjero cuando se trate de informaciones recopiladas por particulares fuera de la actividad probatoria estatal.

13 FJ 6.º de la STC 97/2019, de 16 de julio.

Con todo, como pone de relieve el profesor Silva Sánchez, “la incorporación al proceso de documentos bancarios fuera del cauce de las Comisiones Rogatorias (o la integración en el proceso de información bancaria reservada, previamente adquirida de empleados infieles, como ocurrió en el ‘caso Liechtenstein’) constituyen prácticas especialmente reprobables en el marco de Estados de Derecho”¹⁴. De hecho, no se solían admitir documentos bancarios obtenidos al margen de las debidas Comisiones Rogatorias internacionales (art. 3.1, Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20/04/1959), lo que implicaría una vulneración del art. 24 CE y del art. 6.º del CEDH.

Y con relación al caso que nos ocupa –la denominada “Lista Falciani”– hay que poner de relieve que no se trata de un supuesto de cooperación judicial internacional; al contrario, los hechos tienen como escenario “una relación entre departamentos ministeriales”¹⁵, aunque hay que matizar que el acceso a los datos bancarios por las autoridades francesas se produjo durante el registro domiciliario llevado a efecto en un caso de cooperación judicial internacional con Suiza. Tales circunstancias nos permiten una perfecta visualización de tres momentos distintos: a) la producción de la prueba (sustracción de los datos bancarios en Suiza); b) la obtención de la prueba (registro domiciliario en Francia); c) la utilización de la prueba (traslado de información por el cauce administrativo de Francia a España).

La regla de la no indagación o supervisión según la cual el Estado receptor de la prueba no tiene la obligación de investigar ni supervisar la forma en la que la prueba ha sido obtenida en el Estado emisor es la teoría utilizada mayoritariamente por los Estados europeos cuando se trata de pruebas obtenidas por vía de la cooperación judicial internacional. Al respecto, es preciso observar que en el espacio de libertad, seguridad y justicia creado en la Unión Europea rige el principio de la confianza mutua, de ahí la afirmación aparentemente simplista de que “los tribunales españoles no pueden erigirse en custodios de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea, ni someter dichas pruebas al contraste con la legislación española”¹⁶; por lo que los tri-

14 Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, Montevideo–Buenos Aires, 2009, p. 179.

15 Como concluye la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23.ª, 280/2016, de 29 de abril; cfr. Antecedentes 1. c) de la STC 97/2019, de 16 de julio. En este punto, interesa observar que la jurisprudencia citada proviene de pruebas obtenidas en supuestos de comisiones rogatorias o entre órganos judiciales al amparo del Convenio Europeo de asistencia en materia penal, que no se aplican a este hecho concreto.

16 La jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterativa con relación a la regla de la no indagación. Cfr., entre otras, las SSTs 1281/2006, de 27 de diciembre; 19/2003, de 10 de enero; 480/2009,

bunales nacionales aceptan como regla general que las autoridades extranjeras reúnen regularmente las pruebas de acuerdo con su legislación (*locus regit actum*)¹⁷.

Sobre esta materia entiende el TEDH que se trata de algo que debe resolver cada Estado a su manera y que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de pruebas supuestamente ilícitas. Por otro lado, esta cuestión tampoco se encuentra recogida en el CEDH y, por consiguiente, son los tribunales nacionales de los países signatarios que deben valorar qué decisión tomar.

Pues bien, una vez admitida la prueba practicada en el extranjero, incluso si no cumple con los criterios del país receptor de la misma, como compensación, a la hora de valorarla, debería el juez tener en cuenta las circunstancias que la rodean y que no puedan considerarse pruebas de cargo si no hay otros elementos de contraste¹⁸.

En definitiva, es necesario, en todo caso, justificar que existen indicios de vulneración de los derechos del acusado en el concreto caso, no tan solo en el *balancing test* posterior, sino verificando “ab initio” si hubo en la obtención de la prueba una quiebra de las garantías del investigado que implique la utilización en el proceso de una prueba que no sea lícita y legal.

de 22 de mayo; 1521/2002, de 25 de septiembre; 1281/2006 de 27 de diciembre– conforme la STS. 19/2003 de 10 de enero.

17 Cfr. I. BLANCO CORDERO, “La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, *InDret*, núm. 3, 2015, p. 22, donde subraya que hoy día se pueden relativizar los argumentos clásicos del principio de la no indagación o supervisión: a) respetar la soberanía del Estado cooperador; b) la imposibilidad fáctica de comprobar si la solicitud de cooperación se ha cumplido de acuerdo con la legislación del Estado de ejecución; c) el principio de confianza mutua que existe en el espacio de libertad, seguridad y justicia creado en la UE.

18 Como lo hizo el Tribunal Supremo alemán BGH, sentencia del 29 de octubre de 1992, 4 StR 126/92, donde admitió la declaración de un testigo que había sido realizada sin presencia de su abogado en Turquía, pero teniendo en cuenta que había otras pruebas respecto a la culpabilidad del investigado. Por otro lado, el Tribunal Supremo español, en la STS 829/2006, de 20 de julio, en una causa incoada por delito de terrorismo, se negó validez a un “entrevista policial” de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo, cuyo testimonio fue recuperado como indicio probatorio de refuerzo de la declaración prestada por el acusado. La Sala Segunda concluyó que “la falta de virtualidad probatoria de un testimonio de referencia por más que procedía de agentes de la autoridad españoles expresamente desplazados a territorio estadounidense para la práctica de un interrogatorio que fue ajeno a los principios estructurales de contradicción y defensa y que, por si fuera poco, se practicó en el entorno de coacción moral que es imaginable en un centro de reclusión concedido en los términos en los que aquél fue diseñado”.

Como apunta Blanco Cordero, si el control de licitud y legalidad no se lleva a cabo por la defensa, es decir, si no se les ofrece a los abogados –que pueden contar con la ayuda de otros abogados del Estado suministrador de la prueba– la posibilidad de cuestionar la prueba y oponerse a su utilización, aplicando automáticamente la regla de no indagación –como el propio nombre indica–, estaríamos ante un inaceptable “blanqueamiento” de la prueba¹⁹.

Al respecto, y desde nuestro punto de vista, al no haber sido realizada en el ámbito de la cooperación judicial internacional, sino del intercambio de información, lo que, dejaría abierta la posibilidad de su manipulación bien por terceras personas, bien, incluso, por las autoridades fiscales francesas²⁰, importaría en la inevitable quiebra de la cadena de custodia de la prueba.

También conduce a la conclusión de que no se aplica a este caso la regla de la no indagación o supervisión, por lo tanto, es perfectamente posible que el Estado receptor de la prueba pueda profundizar en el análisis de su licitud y legalidad.

Con todo, no se tomó en cuenta la importante decisión del Tribunal de Apelación de París que declaró irregular la entrada en el domicilio del Sr. Hervé Falciani, con base en que se trataba de un registro para la obtención de datos ilegales, entre otros motivos. La ilicitud de la prueba por posible violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio podría haber sido reconocida también por España para evitar el blanqueamiento de la prueba ilícita inicialmente obtenida en Suiza.

En realidad, como hemos visto más arriba, al particular no hay que exigirle el mismo estándar o patrón que se exigiría al Estado; se le faculta para denunciar hechos ilícitos cometidos estructuralmente en el ámbito interno de las personas jurídicas para las que trabaja, lo que implica, a veces, desvelar información privilegiada de los clientes o de las empresas mismas, con eventual vulneración de derechos fundamentales, todo eso en virtud de la probable comisión de ilícitos penales –incluso por la persona jurídica– de los que tiene conocimiento por ser un *insider*.

Como es conocido, varios ordenamientos jurídico-penales²¹ prevén institutos tales como la delación premiada, cuentan con incentivos procesales o financieros

19 Cfr. I. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 23.

20 Se supo a través de los medios de comunicación que los datos recibidos por las autoridades suizas en enero de 2010 podían haber sido manipulados, argumento que rechaza el TS al afirmar que a la Sala “por tanto no le corresponde formar su personal convicción con el examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes” (STS 116/2017, de 23 de febrero, FD 9.º). Aquí se trata de la aplicación de la regla de no indagación o supervisión claramente.

21 La influencia del derecho norteamericano en este ámbito es incuestionable. Sobre el marco

(derecho al *qui tam*) a los *whistleblowers* (el que suena el silbato, el que denuncia), obligan a ciertas empresas a tener un programas de cumplimiento normativo (*compliance*), admiten como válidas las pruebas obtenidas en investigaciones “internas” llevadas a cabo por oficiales de cumplimiento normativo (*compliance officers*), y muchas de las empresas son multinacionales con sede en otro país, lo que genera infinidad de cuestiones a las que modernamente se enfrentan los tribunales, y muchas de estas cuestiones guardan relación con la fiabilidad de las pruebas obtenidas por particulares, algunos de ellos obligados a actuar como “investigadores”, pero de forma totalmente lícita y legal, sin olvidar, por supuesto, lo previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determina que “los que por razón de sus cargos, profesiones y oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente”.

Sin embargo, al Estado sí se debe exigir que garantice la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba, en lo que se denomina “la mismidad de la prueba”²²; por consiguiente, no puede mirar hacia el otro lado y admitir la fuente próxima –la entrega por las autoridades francesas–, mientras se rechaza la indagación remota –cómo los agentes llegaron a obtener los datos–, además de no tener en cuenta las eventuales rupturas de la cadena de custodia de la prueba que podrían haber ocurrido en una fase anterior, concomitante e, incluso, posterior a los hechos. De no hacerlo, tales pruebas, a nuestro juicio, deberían expulsarse del proceso.

IV. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

La breve incursión realizada en el principio de no indagación o supervisión nos permite concluir que su aplicación al caso de la Lista Falciani fue incorrecta, pues no se trata de pruebas obtenidas vía cooperación judicial internacional. Incluso si así fuera, la aplicación ciega de la regla de no indagación o supervisión supone el riesgo de un indeseable blanqueamiento de la prueba.

internacional y europeo de los programas de cumplimiento normativo en materia penal se puede consultar el sitio web de la *World Compliance Association*: <http://www.worldcomplianceassociation.com/marco-normativo-internacional.php> (recuperado el 19 de junio de 2020). Sobre el cumplimiento normativo-tributario *cfr.* M. SANTANA LORENZO y C. GARCÍA NOVOA (dirs.), *Practicum Compliance Tributario 2020*, Barcelona, 2019; AA.VV., *Memento Práctico: Compliance Fiscal*, Barcelona, 2019; M. SANTANA LORENZO (dir.), *et al.*, *El compliance tributario en el proceso penal*, Madrid, 2020; I. DE ROS RAVENTÓS, *Delito fiscal y Tax compliance (dúo)*, Pamplona, 2019.

²² Como afirma el propio Tribunal Supremo, *cfr.*, por ejemplo, la STS 1190/2009, de 3 de diciembre.

En el caso de fuentes extranjeras de información, el Estado debe orientar su sistema procesal de manera que se pueda expulsar la prueba extranjera del proceso si se producen irregularidades en el Estado que suministra la información, además de responder de la imparcialidad de los procedimientos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.º del CEDH. El Estado, en este caso, debe salvaguardar el derecho a un juicio justo, con igualdad de armas y en un procedimiento de carácter contradictorio.

Adicionalmente, una vez se constate la ruptura de la cadena de custodia la prueba deberá ser expulsada del procedimiento o, al menos, deberá jueces y tribunales, una vez cuestionada su fiabilidad por la defensa, tener en cuenta las circunstancias que la rodean, rechazando que puedan considerarse pruebas de cargo si no hay otros elementos de contraste.

Por otro lado, el Estado que suministra el material probatorio debe explicar la forma con arreglo a la cual se ha obtenido y proporcionar los datos que eventualmente se soliciten por las partes o por el juzgador.

Una sugerencia final que nos permitimos formular es que si estamos en un subsistema probatorio en el que resulta factible la ponderación de los intereses en juego, incluso en los casos de pruebas obtenidas de forma ilícita y con vulneración de derechos fundamentales, en especial en procesos penales contra la evasión tributaria, nos parece imprescindible que, como ocurre, precisamente, en Francia²³, se contemple esa posibilidad en una ley; de esa manera, se disciplinaría al menos por el legislador, tras el correspondiente debate público y plural en sede parlamentaria, en qué casos un árbol envenenado pueda dar buenos frutos.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Memento Práctico: Compliance Fiscal*, Barcelona, 2019.

I. BLANCO CORDERO, “La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales”, *InDret*, núm. 3, 2015.

I. DE ROS RAVENTÓS, *Delito fiscal y Tax compliance (dúo)*, Pamplona, 2019.

M. MARCHENA GOMES, “La ‘Sentencia Falciani’: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?”, *Revista del Ministerio Público*, núm. 3, 2017, pp. 43-57.

23 Ley sobre la Lucha contra la Evasión Fiscal y la Gran Delincuencia Económica y Financiera, Ley núm. 2013-1117, de 6 de diciembre, que rechaza que el origen remoto de una prueba puesta a disposición de las autoridades francesas pueda contaminar su validez probatoria.

- M. MIRANDA ESTRAMPES, *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Marcial Pons, Barcelona, 2019.
- A. J. MOSQUERA BLANCO, “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero”, *InDret*, núm. 3, 2018.
- M. SANTANA LORENZO (dir.), *et al.*, *El compliance tributario en el proceso penal*, Madrid, 2020.
- M. SANTANA LORENZO y C. GARCÍA NOVOA (dirs.), *Practicum Compliance Tributario 2020*, Barcelona, 2019.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho penal*, BdF, Buenos Montevideo–Buenos Aires, 2009.

Resumen

En este estudio se analiza, en primer lugar, la reciente jurisprudencia sobre la validez probatoria de las listas de evasores fiscales, más específicamente de la denominada “Lista Falciani”, obtenida por un particular a partir de datos bancarios sustraídos en el extranjero con vulneración de derechos fundamentales de los clientes, posteriormente utilizada para acreditar la eventual comisión de delitos fiscales en los respectivos países de origen; en segundo lugar, se examinan los problemas relacionados con la aplicación de la regla de no indagación y la ruptura de la cadena de custodia de la prueba, en aras a garantizar el derecho fundamental a un juicio justo en estos casos.

Palabras clave

“Lista Falciani”, delitos fiscales, validez de la prueba, regla de la exclusión, doctrina de los frutos del árbol envenenado, derechos fundamentales, regla de no indagación o supervisión, ruptura de la cadena de custodia de la prueba.

Abstract

In this study we first analyze the leading case on the validity of proof of the tax evasion lists, specifically the so-called “Falciani List”, obtained by a private individual by stealing bank data from abroad with a breach of fundamental rights of the clients, later used to prove the commission of tax evasion offences in their countries of origin; secondly, we examine the problems related to the application of the non-inquiry rule and the break of the chain of custody of the evidence, in order to guarantee the fundamental right of a fair trial in these cases.

Keywords

“Falciani list”, tax offences, validity of proof, exclusionary rule, fruit of the poisonous tree doctrine, fundamental rights, rule of non-inquiry, break of the chain of custody of the evidence.

Recibido: 22 de junio de 2020
Aceptado: 26 de junio de 2020



Legislación



CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.
PRIMER SEMESTRE DE 2020
Chronicle of European Legislation. First Semester 2020

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.
- II. Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 31 de enero de 2020.
- III. Directiva (UE) 2020/284 Del Consejo de 18 de febrero de 2020 por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a la introducción de determinados requisitos para los proveedores de servicios de pago.
- IV. Recomendación (UE) 2020/403 de la Comisión, de 13 de marzo de 2020 relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa el COVID-19.
- V. Decisión (UE) 2020/430 del Consejo de 23 de marzo de 2020 relativa a una excepción temporal al Reglamento interno del Consejo habida cuenta de las dificultades para viajar como consecuencia de la pandemia de COVID-19 en la Unión.
- VI. Decisión (UE) 2020/491 de la Comisión de 3 de abril de 2020 relativa a la concesión de una franquicia de derechos de importación y de una exención del IVA respecto de la importación de las mercancías necesarias para combatir los efectos del brote de COVID-19 durante el año 2020.
- VII. Decisión (UE) 2020/440 Del Banco Central Europeo de 24 de marzo de 2020 sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia (BCE/2020/17).

I. DECISIÓN (UE) 2020/135 DEL CONSEJO DE 30 DE ENERO DE 2020 RELATIVA A LA CELEBRACIÓN DEL ACUERDO SOBRE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA

Esta Decisión la toma el Consejo con la finalidad de facilitar la interlocución entre los diferentes actores en juego en la Unión en el periodo transitorio por el que ha de pasar el Reino Unido hasta la desvinculación total de la UE. En tal sentido se

considera necesaria la adición como sujeto de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y se exige que la aprobación acuerdo haya de ser firmada también por esta institución.

La Decisión define las modalidades de la representación de la Unión tanto en el Comité Mixto como en los especializados. En algunos será la Comisión, en otros el Consejo, pero también podrán ser sujetos los estados miembros. Así el art. 2 de este Acuerdo prevé que uno o varios estados puedan solicitar a la Comisión un representante de cada estado cuando vayan a tratarse asuntos de su interés, y señala a Irlanda, Chipre o España de manera particular, en relación con asuntos específicos. En el caso de España, por referencias a Gibraltar.

Igualmente, el Consejo deberá tener puntual información de los debates y reuniones del Comité Mixto, a fin de poder definir sus políticas y toma de decisiones propias. También el Parlamento Europeo conservará sus competencias en las materias de que se trate, y deberá ser informado de las actuaciones que se lleven a cabo por las demás instituciones.

También en los casos en que algunos estados lleguen acuerdos bilaterales deberán notificarlo a la Comisión dando cuenta de la fecha de entrada y posibles modificaciones posteriores.

II. ACUERDO SOBRE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE LA UNIÓN EUROPA Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA DE 31 DE ENERO DE 2020

Se trata de un documento extenso que regula el procedimiento del periodo transitorio de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, y lo hace con la exhaustividad que exige entrar en los detalles respecto de cómo han de irse terminando todas las cuestiones pendientes. Empieza con una determinación de las fuentes por las que se ha de regir y a continuación se van tratando todas las materias.

De modo que a los efectos este acuerdo se entenderá por derecho de la Unión el Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo TUE), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE) el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica tal y como ha sido completado o modificado así como los tratados de adhesión la Carta de los Derechos Fundamentales denominados conjuntamente Tratados y los principios del derecho, los actos adoptados por las instituciones, los acuerdos internacionales en los que sea parte la Unión o los estados miembros de acuerdo celebrado entre estados miembros, los actos de

los representantes de los gobiernos de estados miembros y la declaraciones que en la conferencia intergubernamental adopten también los propios estados miembros que se enumeran.

En el artículo 10 se regulan las disposiciones generales y los requisitos de ciudadanía para definir el ámbito de la aplicación personal y el concepto de residencia, y en el artículo 12 el concepto de no discriminación de los derechos relacionados con la residencia o documento de residencia de las personas afectadas. Igualmente, que debe comprobarse esta identidad en así la regulación de los derechos de entrada y salida de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales del Reino Unido en un periodo que durará cinco años.

El artículo 24 establece los derechos de los trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia y su regulación atiende sobre todo a los criterios de discriminación, de que no exista por razón de la nacionalidad ni de las condiciones de empleo, ningún tipo de discriminación. Así que el hecho de tener una nacionalidad no debe conllevar una discriminación en el empleo o en la retribuciones o demás aspectos como la condición social. También se reconoce el derecho a ejercer la actividad económica conforme a la norma aplicable a los nacionales del Estado de acogida o del Estado en el que se está prestando el trabajo, el de la asistencia a la oficina de empleo y la equiparación de derechos a tener un trato igualitario, ventajas sociales y fiscales, derechos colectivos, derechos de alojamiento, derechos de enseñanza para los hijos etc.

En relación con el país en el que se esté desarrollando el trabajo, se prevé el reconocimiento de títulos o de cualificación profesional; en la Seguridad Social se establece una coordinación de los diferentes sistemas con el recíproco reconocimiento de las normas de la Seguridad Social para lo que debe tenerse en cuenta en función de la normativa y de los reglamentos que rigen en la Unión Europea y también en Inglaterra, con algunas particularidades para algunas naciones como Islandia Noruega y otras.

A partir del artículo 40 se regula de manera pormenorizada el tratamiento de los bienes introducidos en el mercado de la Unión o del Reino Unido y se establecen criterios generales sobre la prueba de introducción de los bienes mercantiles y de la vigilancia de los documentos y procedimientos que hayan de seguirse en relación, por ejemplo, con la autorización de medicamentos y otros bienes de consumo, así como la declaración sumaria de entrada y salida en cada uno de los modelos de los lugares de origen.

La regulación del IVA en el artículo 51, prevé la solicitud de devoluciones de IVA. Una marca de la Unión Europea que esté registrada con impuestos especiales

en la propiedad intelectual tendrá el reconocimiento en el Reino Unido y, al contrario. En casos de que con arreglo al Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo tenga el aval, en principio se convertirá en titular de una marca en el Reino Unido, siempre con arreglo a los criterios de reciprocidad.

A partir del artículo 62 se regula la cooperación judicial y policial en materia penal. Los procedimientos de cooperación judicial penal en curso se pueden llevar a cabo en función de convenios o de decisiones Marco que los regulen. En cuanto a los procedimientos en vigor, pueden seguir participando los equipos de investigación que ya estuviesen, durante ese periodo transitorio, si se hubiesen creado con la regla artículo 13 del Convenio celebrado por el Consejo, de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y también tendrán derecho a utilizar por un período no superior a un año después del periodo transitorio. En la aplicación de la red de intercambio seguro, se utilizará la normativa del Parlamento y del Consejo.

Otros derechos como la protección de los datos personales se regulan en el artículo 71. Aquí el derecho de la Unión se aplicará en el Reino Unido igualmente también cuando se haya tratado en virtud del derecho de la Unión en el Reino Unido antes del final del periodo transitorio y hasta un año después del final de del período, pero con base en este acuerdo. Así, en todos aquellos procedimientos judiciales que estén pendientes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continuará siendo este tribunal competente para conocer el procedimiento iniciado contra Reino Unido. Antes de la finalización del periodo transitorio se aplicará en toda la fase del procedimiento incluido el recurso ante el Tribunal de Justicia y el procedimiento ante el tribunal será en caso de devolución del asunto al Tribunal General siendo competente también para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial presentadas. A estos efectos se considera que se ha iniciado un procedimiento en función de que haya sido escrita en el registro de la Secretaría del Tribunal de Justicia. Igualmente tendrán fuerza vinculante según el artículo 89 y carácter ejecutivo la sentencias y autos que se habían dictado antes del final del periodo.

El Acuerdo contiene además nueve Anexos y tres protocolos referidos a Chipre, Irlanda del Norte y España en relación con Gibraltar.

Por lo que se refiere al de Gibraltar, es importante entrar en su contenido, por la proximidad de intereses con nuestro ordenamiento jurídico.

Comienza con una declaración de intenciones común de la Unión y el Reino Unido, recordando en primer lugar que el Reino Unido es responsable de las relaciones exteriores de Gibraltar y que el Derecho de la Unión es aplicable a Gibraltar en la medida establecida en el Acta de adhesión de 1972 en virtud del artículo 355, apartado 3, del TFUE.

En segundo lugar dice que la aplicación del presente Protocolo debe llevarse a cabo de conformidad con los respectivos ordenamientos constitucionales del Reino de España y del Reino Unido y en tercer lugar que en virtud del artículo 50 del TUE, en relación con el artículo 106 *bis* del Tratado Euratom, y sujeto a las disposiciones establecidas en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en lo sucesivo, “Acuerdo de Retirada”), el Derecho de la Unión Europea y de la Euratom, en su totalidad, deja de aplicarse al Reino Unido y, por lo tanto, a Gibraltar, a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Retirada, dado que es necesario garantizar una retirada ordenada de la Unión en lo que se refiere a Gibraltar.

Esa retirada ordenada del Reino Unido de la Unión en lo que se refiere a Gibraltar implica que debe darse una respuesta adecuada a todo posible efecto negativo en las estrechas relaciones sociales y económicas entre Gibraltar y la zona circundante, en particular el territorio de los municipios que componen la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar en el Reino de España, y seguir fomentando un desarrollo económico y social equilibrado en la zona, en particular en lo que se refiere a las condiciones laborales, garantizando los niveles más elevados de protección del medio ambiente de conformidad con el Derecho de la Unión, así como la seguridad de los habitantes, en particular a través de la cooperación en materia policial y aduanera.

Todo ello se entiende sin perjuicio de las respectivas posiciones jurídicas del Reino de España y del Reino Unido en relación con la soberanía y la jurisdicción, en función de los Memorandos de Entendimiento celebrados entre el Reino de España y el Reino Unido el 29 de noviembre de 2018 en relación con los derechos de los ciudadanos, el tabaco y otros productos, la cooperación en materia de medio ambiente y la cooperación en materia policial y aduanera, así como el acuerdo alcanzado el 29 de noviembre de 2018 para celebrar un tratado en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros.

III. DIRECTIVA (UE) 2020/284 DEL CONSEJO DE 18 DE FEBRERO DE 2020 POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA 2006/112/CE EN LO QUE RESPECTA A LA INTRODUCCIÓN DE DETERMINADOS REQUISITOS PARA LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE PAGO

Nuevamente en esta modificación se intenta garantizar que no haya fraude en las liquidaciones del IVA, en las relaciones comerciales que se puedan producir en

el ámbito de la Unión. Para ello los Estados miembros exigirán a los proveedores de servicios de pago que mantengan registros suficientemente detallados de los beneficiarios y de los pagos en relación con los servicios de pago que presten cada trimestre civil a fin de permitir a las autoridades competentes de los Estados miembros llevar a cabo controles de las entregas de bienes y prestaciones servicios, con el fin de conseguir el objetivo de lucha contra el fraude del IVA.

El requisito a que se refiere el párrafo primero se aplicará solamente a los servicios de pago que se presten en relación con los pagos transfronterizos. Un pago se considerará transfronterizo cuando el ordenante esté ubicado en un Estado miembro y el beneficiario esté situado en otro Estado miembro, en un tercer territorio o en un tercer país.

Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 31 de diciembre de 2023, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Los Estados miembros aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2024.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

IV. RECOMENDACIÓN (UE) 2020/403 DE LA COMISIÓN, DE 13 DE MARZO DE 2020 RELATIVA A LA EVALUACIÓN DE LA CONFORMIDAD Y LOS PROCEDIMIENTOS DE VIGILANCIA DEL MERCADO EN EL CONTEXTO DE LA AMENAZA QUE REPRESENTA EL COVID-19

En el contexto de la pandemia declarada por la OMS del COVID-19, se produce esta primera Recomendación de la Comisión, en relación con los productos sanitarios. La urgencia de material de asistencia a los enfermos, y la necesidad de incrementar rápidamente la producción de ese material, lleva a la Comisión a flexibilizar algunos criterios de calidad para facilitar la rapidez del suministro en mascarillas, guantes, monos de protección o gafas protectoras, así como de productos sanitarios como mascarillas quirúrgicas, guantes de exploración y ciertos tipos de batas. Para hacer frente a la escasez de EPI necesarios en el contexto del brote del COVID-19, cuando los EPI que no lleven el marcado CE estén destinados a entrar

en el mercado de la UE, las autoridades de vigilancia del mercado pertinentes deben evaluar los productos y, si se considera que cumplen los requisitos esenciales de salud y seguridad establecidos por el Reglamento pertinente, deben adoptar medidas que permitan la introducción en el mercado de la Unión de dichos EPI durante un período limitado o mientras el organismo notificado efectúa el procedimiento de evaluación de la conformidad.

Los requisitos de diseño, fabricación e introducción en el mercado, que se regulan en la Directiva 93/42/UE, del Consejo, de productos sanitarios, sustituida por el Reglamento (UE) 2017/745, del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2017, que deroga también otras Directivas y Reglamentos, prevén garantías para las mascarillas desechables o reutilizables que protegen contra los peligros de las partículas, los monos desechables o reutilizables, los guantes y las gafas protectoras, todos los cuales se utilizan para la prevención y la protección contra agentes biológicos nocivos. De conformidad con el artículo 8 del Reglamento (UE) núm. 2016/425, cuando los fabricantes deseen comercializar EPI, deben someter a estos productos a los procedimientos de evaluación de la conformidad aplicables y, cuando se haya demostrado que los productos cumplen los requisitos esenciales de salud y seguridad aplicables mediante el procedimiento adecuado, deben colocar en los productos el marcado CE.

El artículo 11 de la Directiva 93/42/CEE y el artículo 52 del Reglamento (UE) 2017/745, una vez que este último sea aplicable, exigen a los fabricantes que deseen introducir productos sanitarios en el mercado, que los sometan a los procedimientos aplicables de evaluación de la conformidad y, cuando se haya demostrado que cumplen los requisitos esenciales o los requisitos de seguridad y funcionamiento aplicables mediante el procedimiento adecuado, deben colocar en los productos el marcado CE. Cuando las autoridades de vigilancia del mercado detecten un EPI que no lleve el marcado CE, tienen la obligación de evaluarlo. Cuando, en el transcurso de la evaluación, las autoridades de vigilancia del mercado constaten que el EPI no cumple los requisitos establecidos en el Reglamento, deben pedir al agente económico en cuestión que adopte medidas correctoras para adaptar el EPI a los citados requisitos, retirarlo del mercado o recuperarlo en un plazo de tiempo razonable, proporcional a la naturaleza del riesgo. También han de informar a la Comisión y a los demás Estados miembros de los resultados de la evaluación.

En función de las circunstancias de la pandemia, los Estados miembros pueden autorizar en sus territorios excepciones a los procedimientos de evaluación de la conformidad, a petición debidamente justificada, en relación con la introducción en el mercado y la puesta en servicio de dispositivos individuales cuya utilización sea importante para la protección de la salud.

Aquellos productos que no lleven el marcado CE también podrían ser evaluados y formar parte de una adquisición organizada por las autoridades competentes de los Estados miembros, siempre que se garantice que dichos productos solo estén disponibles para el personal sanitario durante la crisis sanitaria en curso y que no entren en los canales habituales.

V. DECISIÓN (UE) 2020/430 DEL CONSEJO DE 23 DE MARZO DE 2020 RELATIVA A UNA EXCEPCIÓN TEMPORAL AL REGLAMENTO INTERNO DEL CONSEJO HABIDA CUENTA DE LAS DIFICULTADES PARA VIAJAR COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA DE COVID-19 EN LA UNIÓN

Como consecuencia de la situación de la pandemia, los estados han tenido que aplicar medidas para el teletrabajo y la restricción o prohibición de los viajes y desplazamientos. Dichas medidas hacen que para determinados miembros del Consejo sea muy difícil o imposible viajar para asistir físicamente a las sesiones del Consejo celebradas en la sede del Consejo. Para que se pueda alcanzar el quórum que exige el artículo 11, apartado 4, del Reglamento interno del Consejo y únicamente durante dicho período, se adopta la decisión de aplicar el procedimiento escrito ordinario por un mes, prorrogable y precedido de una exhaustiva preparación por el Coreper y debates de los ministros por medio de videoconferencia informal para garantizar la transparencia pública de los debates.

VI. DECISIÓN (UE) 2020/491 DE LA COMISIÓN DE 3 DE ABRIL DE 2020 RELATIVA A LA CONCESIÓN DE UNA FRANQUICIA DE DERECHOS DE IMPORTACIÓN Y DE UNA EXENCIÓN DEL IVA RESPECTO DE LA IMPORTACIÓN DE LAS MERCANCÍAS NECESARIAS PARA COMBATIR LOS EFECTOS DEL BROTE DE COVID-19 DURANTE EL AÑO 2020

Atendiendo a las solicitudes, remitidas por Italia el 19 de marzo de 2020, por Francia el 21 de marzo de 2020, por Alemania y España el 23 de marzo de 2020, por Austria, Chipre, Chequia, Estonia, Grecia, Croacia, Lituania, los Países Bajos, Polonia, Portugal y Eslovenia el 24 de marzo de 2020, por Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Letonia, Rumanía, Eslovaquia y el Reino Unido el 25 de marzo de 2020, y por Suecia y Malta el 26 de marzo de 2020, en las que se pedía una franquicia de derechos de importación y una exención del impuesto sobre el valor añadido (IVA) respecto de las mercancías importadas, la Comisión

concede una franquicia de los derechos de importación que gravan las mercancías importadas cuando se destinen a los fines descritos en el artículo 74 del Reglamento (CE) núm. 1186/2009 y una exención del impuesto sobre el valor añadido (IVA) que grava las mercancías importadas cuando se destinen a los fines descritos en el artículo 51 de la Directiva 2009/132/CE.

La Comisión exige a los estados miembros que comuniquen a la Comisión la naturaleza y la cantidad de las distintas mercancías y su vinculación a los efectos del brote de COVID-19, las organizaciones a las que han concedido autorización con vistas a su distribución o puesta a disposición, y las medidas adoptadas para evitar que dichas mercancías se utilicen con fines distintos a los concedidos, esto es a distribución por organismos a personas afectadas o en riesgo, a profesionales o a entes públicos.

VII. DECISIÓN (UE) 2020/440 DEL BANCO CENTRAL EUROPEO DE 24 DE MARZO DE 2020 SOBRE UN PROGRAMA TEMPORAL DE COMPRAS DE EMERGENCIA EN CASO DE PANDEMIA (BCE/2020/17)

El Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo hace uso del artículo 127, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que le permite operar en los mercados financieros mediante la compra y venta simple de instrumentos negociables, mejorar la transmisión de la política monetaria, facilitar el crédito a la economía de la zona del euro y las condiciones de los préstamos a hogares y empresas, y contribuir a la convergencia sostenida de las tasas de inflación en niveles inferiores pero cercanos al 2% a medio plazo, de conformidad con el objetivo principal del BCE de mantener la estabilidad de precios.

Y se considera que las circunstancias económicas y financieras excepcionales asociadas a la propagación de la enfermedad del coronavirus de 2019 (COVID-19), llevan al Consejo de Gobierno a poner en marcha un nuevo programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia que abarca todas las categorías de activos admisibles al amparo del PAA. Las compras con arreglo al PEPP serán independientes y adicionales a las realizadas de conformidad con el PAA, con una dotación global de 750 000 millones de euros hasta finales de 2020. El PEPP se establece como medida ante una crisis económica específica, extraordinaria y grave, que podría poner en peligro el objetivo de la estabilidad de precios y el correcto funcionamiento del mecanismo de transmisión de la política monetaria.

Para facilitar la transparencia:

1. El Eurosistema publicará semanalmente el valor contable agregado de los valores mantenidos con arreglo al PEPP en los comentarios de su estado financiero semanal consolidado.
2. El Eurosistema publicará mensualmente las compras netas mensuales y las compras netas acumuladas.
3. El valor contable de los valores mantenidos con arreglo al PEPP se publicará semanalmente en la dirección del BCE en internet en la sección de operaciones de mercado abierto.

Resumen

En este texto se recogen las principales novedades normativas de la Unión Europea. Dos son los temas que destacan. De un lado los acuerdos relativos al Brexit. De otro, las medidas que han ido adaptándose en relación a la pandemia, sea en relación a los modos de pago, los viajes, la importación de mercancías o las actuaciones del Banco central.

Palabras clave

Brexit, Covid.

Abstract

This text includes the main regulatory developments in the European Union. Two issues stand out. On the one hand, the Brexit agreements. On the other, the measures that have been adapted in relation to the pandemic, either in relation to the modes of payment, travel, the importation of merchandise or the actions of the Central Bank.

Keywords

Brexit, Covid.

Recibido: 4 de junio de 2020
Aceptado: 9 de junio de 2020

Foro



CONTRA EL ANHELO APOCALÍPTICO – EN DEFENSA DE UNA ESPERANZA PRÁCTICA EN TIEMPOS DE CRISIS

ANUSCHEH FARAHAT

*Profesora de Derecho Público. Friedrich-Alexander Universität
Erlangen-Nürnberg*

SUMARIO:

- I. El camino para salir de la crisis debe ser social.
- II. Repensar la solidaridad transnacional.
- III. Constituciones resilientes como marco para salir de la crisis.

El camino ofrece oscuros escenarios de futuro. Todos los días se profetiza el hundimiento de la Unión, una espiral de nacionalismo o la marcha hacia un Estado policial, autoritario y enemigo de los diferentes. En vista de estas imágenes catastróficas, las historias y las noticias con las que nos enfrentamos diariamente y a la luz de las masivas limitaciones de derechos, no sorprende que nos agote el debate sobre la solidaridad europea. La competencia por ver quién ofrece un escenario más catastrófico deslumbra y amenaza con hacernos creer que las soluciones políticas son inexorables y carecen de alternativa. Pero las alternativas existen y hoy son más importantes que nunca.

Las actuales medidas adoptadas para contener la aguda crisis sanitaria conllevan decisiones políticas entre alternativas, y estas alternativas también existen a la hora de abordar el futuro después del coronavirus. Los daños sobre nuestro sistema político tras la crisis del coronavirus dependen fundamentalmente de tres factores: una posición proactiva a la hora de afrontar las consecuencias de la crisis; las conclusiones que obtengamos respecto a la solidaridad de las organizaciones internacionales; y la resiliencia de nuestras Constituciones frente a la crisis.

I. EL CAMINO PARA SALIR DE LA CRISIS DEBE SER SOCIAL

Dominar la crisis y escapar de los sombríos escenarios, dependerá de cómo se resuelvan las previsibles consecuencias sociales que resultarán del parón económico

absoluto derivado de la contención de la pandemia. En caso de no hacerse bien, se reforzará todavía más la pérdida de confianza en las instituciones públicas y será previsible un mayor crecimiento de los partidos de derechas populistas. Pero la crisis del coronavirus también ofrece la oportunidad de recuperar la confianza perdida y reequilibrar la desigualdad social.

Hoy se nos llena la boca celebrando a los dependientes y dependientas, a los cuidadores y cuidadoras, como “los héroes de nuestro tiempo”, mientras que muchas grandes empresas (por ejemplo, entre las primeras, Adidas) han anunciado que dejaban de pagar los salarios invocando la pérdida de beneficios. Teniendo esto en cuenta, la crisis del coronavirus debería ser la ocasión para corregir el fatal malentendido de los pasados años, en los que se tomó como relevantes desde el punto de vista sistémico de una sociedad, a aquellos que trabajaban en posiciones privilegiadas o que podían crear puestos de trabajo. Era obvio que desde hacía años los ingresos del comercio minorista, del sector sanitario o del transporte estaban por debajo de la media, lo que era prueba de un desplazamiento social y un malentendido fatal sobre la creación de valor social. Este desplazamiento social es una muestra de cinismo en tiempos del coronavirus; la confianza solo se puede recuperar si reabrimos el debate sobre la creación de valor social. La Ley Fundamental no solo ofrece suficiente espacio para esa nueva determinación de lo justo, sino que además da una orientación a través del principio del Estado social. El lado social del Estado federal democrático garantiza ciertas prestaciones y también la conformación social del sistema económico en su conjunto. Desde este punto de vista debería ser obvio que la amortiguación de las consecuencias de la crisis no debe mirar solo a las admiradas empresas con relevancia sistémica, o al mantenimiento de los mercados financieros, sino también a las consecuencias sociales y su base social.

La crisis del coronavirus ha hecho evidente los déficits del sistema sanitario, que van más allá de la infraremuneración del personal sanitario, señalando la relación entre el mercado y el Estado. Nunca antes se había mostrado de modo tan claro de qué manera esta relación, en los últimos años, se había desplazado en favor del mercado, especialmente en el área de los servicios públicos. Por lo demás, es difícil acomodar la atención a los servicios públicos con la búsqueda de la eficiencia orientada al mercado, porque el ahorro en los costes en última instancia conlleva recortes en la calidad y cantidad de las prestaciones públicas. La política de privatización y liberalización de los últimos años no es fruto ni de los hechos naturales ni de un mandato constitucional. Al contrario, la Ley Fundamental es neutral en términos de política económica y deja a la decisión política la forma concreta de la relación entre mercado y Estado, si bien con el principio de Estado social marca la dirección para

una garantía suficiente de los servicios públicos sociales. La crisis del coronavirus da una oportunidad para actualizar los principios constitucionales y equilibrar la relación entre Estado y mercado de tal modo que se posibilite también la refundación de la confianza en las instituciones estatales.

En la crisis del coronavirus, al igual que en cualquier otra crisis, aquellos que ya vivían precariamente han sido los más afectados, quedando en una situación especial de riesgo. Es desalentador lo rápido que ha desaparecido de la atención pública la miseria de los refugiados en las fronteras europeas e indigna ver cómo en situaciones de crisis se activan las cláusulas de necesidad de los tratados internacionales relativos a las fronteras exteriores, sin pensar seriamente las alternativas que podrían vincular la protección de los refugiados con la salud pública. Entretanto, la protección de los refugiados basada en los derechos humanos se ha convertido en una pieza central del derecho constitucional europeo a través de su garantía mediante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 18 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión. Los nuevos retos que conlleva la crisis del coronavirus hacen evidente la situación de los refugiados expulsados y la falta de condiciones de salubridad en las zonas calientes de las fronteras exteriores. Es el momento de dar eficacia al derecho constitucional europeo y acreditar que la protección de los derechos humanos en Europa no es solo un asunto para los tiempos de bonanza.

II. REPENSAR LA SOLIDARIDAD TRANSNACIONAL

En segundo lugar, la crisis del coronavirus ofrece la oportunidad de repensar la solidaridad. En la crisis del coronavirus se ha mostrado la importancia del reparto global de tareas, lo que nos hace depender de cadenas internacionales de producción tanto para los procesos económicos como para la atención de la salud. Anteriormente, la cuestión de la protección de los derechos humanos en la cadena de producción se consideraba un accesorio decorativo, la crisis del coronavirus nos ha ejemplificado el gran interés que tienen los derechos humanos en las condiciones de trabajo y vida a nivel mundial. Cuando el coronavirus, dado el carácter deficitario del sistema de salud y la falta de servicios básicos, frena la producción en muchos lugares, esto tiene consecuencias masivas en la economía europea, que está necesitada de suministros que provienen de todo el mundo. Asimismo, los estándares sociales y de salud de los Estados en los que se ramifican las cadenas de producción, dependen de la magnitud de la crisis en la economía europea y la velocidad de la reconstrucción. Por el momento, poco bueno podemos esperar. Pero podría ser una oportunidad para despertar un interés global por los derechos humanos, las condiciones de trabajo y

de vida, institucionalizar ese interés y reforzar así el respeto global de los derechos sociales. Dada la dimensión global del coronavirus, esto es especialmente relevante para mejorar las estructuras de cooperación y la capacidad del sector de la salud. Hoy es bien clara la importancia de la interconexión global y los recursos comunes.

La crisis del coronavirus y su dimensión global revelan una vez más la destacada importancia de una solución europea a la luz de un riesgo que por definición supera las fronteras. Por ahora, el escenario está dominado por los problemas de coordinación y la disputa sobre la ayuda financiera. Sin embargo, la crisis del coronavirus ofrece en realidad una oportunidad única para originar una nueva legitimidad de los proyectos de cooperación de la Unión y reforzar la solidaridad europea. Los fallos de la eurocrisis, que de facto distanciaron a los Estados, no pueden volver a repetirse; al contrario, los costes y las consecuencias de esta crisis deben soportarse unidos. También para esto existen directrices constitucionales: el artículo 3 establece el objetivo de procurar el bienestar de los pueblos de Europa, combatir la exclusión social y la discriminación y fomentar la justicia y la protección social; la solidaridad es un principio constitucional. Pues bien, estos honorables principios apenas fueron revitalizados durante la eurocrisis, que franqueó el paso a la lógica de la atribución de culpas. Ahora se trata de afrontar las consecuencias de un virus, que no es responsabilidad de nadie. Estamos ante una ocasión sobresaliente para revitalizar la solidaridad y la justicia en la Unión. Y aquí tampoco hay nada obligatorio, sino que se abren muchas posibilidades, siempre que seamos capaces de fundar una conciencia y una voluntad política.

III. CONSTITUCIONES RESILIENTES COMO MARCO PARA SALIR DE LA CRISIS

El derecho constitucional nacional y europeo construyen el marco desde el que tomar las próximas decisiones políticas. Las Constituciones, en tanto que marco de orientación vinculante, están en una relación de tensión directa con la lógica de la crisis, que con su presión para una toma rápida de decisiones pretende neutralizar límites incómodos y los espacios de reflexión que el proceso democrático construye de manera consciente. Por ello, las Constituciones, en las crisis sociales duras, corren el riesgo de ser sustituidas por otros marcos de referencia y símbolos de orientación, como puede ser la querida referencia al pueblo o la nación. Las Constituciones pueden cumplir su función como guion normativo en una situación de crisis, cuando desarrollan resiliencia para superar la crisis sin perder su normatividad.

Esto sucederá si dejamos claro que los análisis jurídico-constitucionales no sustituyen a las decisiones políticas. Sin duda, no ofrecen un camino alfombrado, tan solo un marco de acción reglado, que marca tareas y traza límites; el contenido concreto de una norma constitucional no está fijado de antemano. Las crisis son más bien hitos históricos, en el que se vuelve a definir a través del conflicto el significado de ciertas normas constitucionales. Son precisamente estos conflictos en los que diversos actores hacen suya la Constitución en sentido diverso, los que sostienen la normatividad de la Constitución durante la crisis. La referencia compartida a la Constitución, por más que se le atribuyan significados diferentes, vincula los actores al orden político. Las Constituciones resilientes deben producir al mismo tiempo continuidad y cambio.

Las discusiones sobre la constitucionalidad del confinamiento, el cierre de negocios, la protección de datos o el reforzamiento de los Ejecutivos no son una cortina de humo. Todo lo contrario, poseen un significado constitucional central al margen del resultado que se obtenga en la valoración de las medidas concretas. Discusiones que además han de completarse de manera urgente a través del derecho constitucional de la Unión. Tales debates permiten, también bajo fuerte presión, dejar claro que la Constitución establece límites y que el adagio “¡la necesidad no admite barreras!” en un Estado democrático de derecho ni siquiera vale cuando se trata de una catástrofe natural con miles de muertos potenciales. La Constitución debe ser marco de referencia normativo incluso en una aguda crisis; cómo se ha de realizar este marco, es una decisión genuinamente política.

En este sentido, el debate político no debería estrechar las estructuras y libertades bien ganadas, por mor de un canto lleno de miedos apocalípticos, sino que debería ampliar el horizonte de nuestras posibilidades. No se trata de sueños utópicos, sino de desarrollar una esperanza práctica en el sentido de Martha C. Nussbaum. Una esperanza estrechamente ligada a actuaciones concretas aquí y ahora, atenta a lo realizable. La esperanza práctica es la oportunidad de estas horas.

Resumen

Este trabajo analiza la salida a la crisis del coronavirus como una cuestión que admite diversas posibilidades que han de ser desarrolladas por la acción política. Partiendo de esta premisa y estableciendo una comparación con la crisis del euro, la autora subraya que la salida de la crisis debe ser social. A continuación, plantea las dificultades que padece la estructuración de la solidaridad en el ámbito transnacional. Y, finalmente, analiza la necesidad de que las Constituciones estatales mantengan su capacidad de marco normativo de orientación.

Palabras clave

Coronavirus, crisis del euro, solidaridad, Constitución.

Abstract

This work analyzes the way out of the coronavirus crisis as a question that admits various possibilities that have to be developed by political action. Based on this premise and establishing a comparison with the euro crisis, the author stresses that the way out of the crisis must be social. She then goes on to discuss the difficulties of structuring solidarity at the transnational level. And, finally, it analyzes the need for the State Constitutions to maintain their capacity as a normative orientation framework.

Keywords

Coronavirus, eurocrisis, solidarity, Constitution.

Recibido: 22 de mayo 2020

Aceptado: 25 de mayo 2020

Noticias de libros



**NOTICIA DE LIBRO: *SETENTA AÑOS DE
CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS
DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*, DIRECTORES:
ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL
LOZANO, EDOARDO C. RAFFIOTTA Y MARIA
PIA IADICICCO. COORDINADORES: SILVIA
ROMBOLI, CARMEN MONTESINOS PADILLA,
ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN Y FERNANDO PÉREZ
DOMÍNGUEZ. BOE/CEPC, MADRID, 2020, CINCO
VOLÚMENES**

Book Review

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Del 28 al 30 de noviembre de 2018 se celebró, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, el IV Congreso Internacional ítalo-español con el título de “Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo” merced al impulso e ilusión de los profesores Germán M. Teruel Lozano, de la Universidad de Murcia; Antonio Pérez Miras, de la Universidad de Granada; Edoardo C. Raffiotta, de la Università di Bologna; Maria Pia Iadicicco, de la Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli y Silvia Romboli, de ESADE-Universidad Ramón Llull, los cuatro primeros como directores y la quinta como secretaria técnica. Este cuarto congreso supone, de momento, el último y muy relevante logro de un proyecto iniciado ya en 2012 por Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano y Edoardo Raffiotta

en la Universidad de Bolonia, donde se celebró el 3 y 4 de mayo de 2012 el primer seminario, al que dieron continuidad las ediciones de Madrid en 2014 y Catania en 2016.

Pues bien, el resultado editorial de este IV Congreso, centrado en los setenta años de la Constitución italiana y los cuarenta de la española, es la impresionante obra de la que en estas líneas queremos dar noticia, y que ha sido posible merced al entusiasmo de dichos profesores, al que se sumó el de colegas como Carmen Montesinos Padilla, Aday Jiménez Alemán y Fernando Pérez Domínguez en la coordinación de tres de los volúmenes, y el apoyo editorial del BOE, en coedición con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, junto con la financiación aportada por el Proyecto Jean Monnet y por la Fundación Cajamurcia. Que la publicación esté disponible en *formato electrónico y gratuito* es una más de las numerosas virtudes de este trabajo.

Cabe comenzar la referencia a este voluminoso trabajo, valga la redundancia, tomando buena parte de las palabras que los coordinadores han incluido para traducir a unas pocas líneas el extraordinario contenido de cinco volúmenes. El *volumen I* (Balances y perspectivas en la Europa constitucional) fue coordinado por la profesora Silvia Romboli y está dividido en dos bloques con contenidos diferentes pero complementarios. La primera parte recoge las contribuciones de quienes han querido homenajear a las Constituciones italiana y española en sus respectivos aniversarios, proponiendo un detallado examen tanto de las virtudes como de los elementos susceptibles de revisión en cada una de ellas. La segunda parte se centra en la dimensión constitucional europea, en particular en el estudio de las relaciones que se desarrollan entre los sistemas constitucionales de los distintos países y los ordenamientos, de un lado, de la Unión Europea y, de otro, del Consejo de Europa.

El *volumen II*, coordinado por la profesora Carmen Montesinos, aborda algunos de los principales desafíos a los que se enfrentan los derechos y libertades de las personas en el contexto de un mundo interconectado e inmerso ya en la llamada "Revolución industrial 4.0". Aquí se pueden leer treinta y dos investigaciones sobre la garantía de los derechos, a nivel interno e internacional, como la articulación de mecanismos procedimentales para una protección multinivel eficaz y el resurgimiento de la doctrina de los contra-límites (parte 1); la recopilación, el tratamiento y el uso de datos en la era digital y su difícil conciliación con los derechos de la esfera personal (parte 2); el refuerzo de las reivindicaciones propias del Estado social a resultas tanto de la deriva desigualitaria de las sociedades contemporáneas y de las

vulnerabilidades políticamente inducidas por el orden global de nuestra era, como de la progresiva modernización de instituciones tradicionales como la familia (parte 3); o los desafíos jurídico-prácticos de la regulación de “nuevos derechos” como los relacionados con la seguridad hídrica o el aprovechamiento de los beneficios de la ciencia (parte 4).

El *volumen III*, coordinado por el profesor Ángel Aday Jiménez, recoge treinta y una muestras de diálogo intergeneracional en relación con “Las Instituciones Políticas y la Democracia”. El volumen se estructura en cuatro partes: la primera relativa a la “Democracia parlamentaria” contemporánea, incorpora once estudios que abarcan desde la Jefatura de Estado como “poder neutral” hasta los órganos encargados de la función consultiva. En la segunda parte, “Participación y representación política”, siete trabajos abordan cuestiones que demandan un debate de interés para nuestras democracias constitucionales, como el principio de mayoría, los riesgos que supone una democracia meramente procedimental y las expectativas que genera la democracia participativa. En la tercera parte se presta atención a los “Sistemas y derechos electorales” y en la cuarta a los “Partidos políticos y grupos de interés”.

El *volumen IV* fue coordinado por el profesor Fernando Pérez y afronta a lo largo de veintinueve capítulos tres cuestiones vinculadas a la ordenación jurídico-política del Estado: Sistema de Fuentes, Justicia Constitucional y Organización Territorial. Las investigaciones que aquí se pueden leer ofrecen un tratamiento completo de las distintas instituciones afectadas mediante un equilibrado conjunto de balances, análisis de actualidad y proyecciones de futuro. Así, en materia de Fuentes, se analizan desde categorías clásicas (ley orgánica, ley en materia constitucional, bases-desarrollo...) hasta la evolución del papel de la Jurisprudencia, pasando por la producción normativa de nuevas instancias administrativas independientes. Por lo que respecta a la Justicia Constitucional, se aborda tanto la evolución del propio Tribunal y su configuración orgánica y funcional, como cuestiones de relevancia práctica tales como la determinación del alcance temporal y la efectividad de sus resoluciones. Finalmente, la parte dedicada a la Organización Territorial da buena cuenta de la pretensión secesionista y demás tensiones territoriales vigentes, del desarrollo del regionalismo italiano tras la reforma del año 2001, de las reformas institucionales pendientes, como la del Senado, y de la proyección social y económica de la descentralización, entre otros aspectos.

El *Volumen V*, coordinado como el I por la profesora Silvia Romboli, cierra la obra colectiva recogiendo las contribuciones dirigidas al análisis de los retos a los que tendrá que enfrentarse el constitucionalismo contemporáneo en el siglo XXI. El libro se compone de cuatro bloques: en el primero se incluyen investigaciones que

tratan temáticas relacionadas, de un lado, con la Constitución económica y, de otro, con la compleja problemática de la protección de los derechos sociales. El segundo bloque está dedicado a los nuevos desafíos del Derecho constitucional respecto del creciente desarrollo tecnológico y de las preocupantes mutaciones climáticas. En el tercer bloque se recogen las contribuciones que abordan dos temas de gran actualidad y que acercan los estudios del Derecho constitucional a otras disciplinas jurídicas como la penal y la administrativa: los temas de la seguridad y de la legalidad sancionadora. El cuarto y último bloque temático incluye los trabajos que se centran en nuevas y más actuales dimensiones de la protección de algunos derechos fundamentales “clásicos” como el derecho a la libertad religiosa e ideológica y el derecho a la libertad de expresión, facetas que se han manifestado como consecuencia de las recientes sociedades cada vez más multiculturales.

A través de estos resúmenes puede verse el ambicioso alcance de esta obra y su condición de trabajo de referencia para cualquier constitucionalista, al margen de su edad o condición académica, que quiera iniciarse en algunos de los temas ahí tratados o que pretenda profundizar en los mismos, porque los textos sirven tanto como diagnóstico de lo que ya tenemos como de pronóstico reflexionado sobre la orientación previsible de los constitucionalismos italiano y español y, más en general, europeo.

En las líneas siguientes no nos detendremos en el análisis de los diferentes contenidos de la obra referenciada, pues consideramos que lo ya dicho sobre los mismos debe ser suficiente acicate para acercarse a ella y formarse un juicio propio. Nos limitaremos aquí a situarla en un contexto más amplio para el que supone un extraordinario impulso¹.

Y es que quienes han promovido estos encuentros y la publicación que aquí comentamos se integran y, sobre todo, dinamizan una trayectoria de confluencia que viene teniendo lugar no ya entre dos Constituciones –la italiana de 1947 y la española de 1978– sino, propiamente, entre dos constitucionalismos –el italiano y el español–, trayectoria que es mucho más rica, más prolongada en el tiempo y en ambas direcciones, y que, al menos, puede remontarse a la Constitución española de 1931 y a la incidencia que tuvo en la norma fundamental italiana de 1947 en asuntos, por citar un ejemplo, como el regionalismo.

Esta interacción puede, además, explicar influencias de la Constitución española de 1931 en la de 1978 tamizadas por la Constitución italiana de 1947. Y es

1 Me ocupé de estas cuestiones en “*Impresiones de un constitucionalista español sobre la Constitución italiana en su 60 aniversario*”, *Giornale di Storia Costituzionale*, núm. 16, 2008.

que, como ya comentó en pleno proceso constituyente español Andrea Manzella [“Il sistema parlamentare nel progetto costituzionale spagnolo”]², los materiales y las técnicas empleados forman parte desde hace tiempo del *euroconstitucionalismo* y, añadidos nosotros, en las primeras décadas del siglo XXI no se limita a los ordenamientos constitucionales nacionales, sino que alcanza al proceso de “constitucionalización europea”³.

Desde luego no se pueden dejar de recordar de manera breve algunos ejemplos del, también en afortunada expresión de Manzella, *internacionalismo constitucional* ítalo-español. Las conexiones doctrinales ya se evidenciaron, en el momento constituyente español: así, Manzella recuerda el seminario “sul pre-progetto costituzionale spagnolo” organizado por la Scuola di perfezionamento in scienze amministrative de la Universidad de Bologna en mayo de 1978 y en el que participaron, entre otros, los profesores italianos Galeotti, La Pergola, Galgano, Rescigno, Paladin, Levi y Sandulli, y los españoles De Vega, Santamaría, Lucas Verdú, Martín Retortillo y Martín Mateo. Habrá incluso referencias a este seminario en el debate del proyecto de Constitución a su paso por el Senado.

En este sentido, el proceso constituyente en España es un buen ejemplo de que a través de la lectura de los debates parlamentarios se puede reconstruir la doctrina constitucional que se expone en esos debates. Y la doctrina constitucional empleada por los constituyentes españoles debe mucho a la normativa y al Derecho público italiano. Una primera muestra la encontramos en las intervenciones realizadas por los miembros de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados durante el debate del Proyecto de Constitución. En esta fase es frecuente la apelación a la historia de Italia, a su propio proceso constituyente después de la Segunda Guerra Mundial, a varias de sus instituciones, a alguno de los principios estructurales del Estado italiano, a los derechos fundamentales reconocidos en su Constitución, a los problemas similares a los que también tiene en ese momento España (terrorismo) y a la propia doctrina italiana.

Así, en la Comisión Constitucional se habla del carácter “progresista y moderno” de la Constitución italiana (Peces Barba), de una “democracia vecina a la nuestra y hermana”, donde “existen grupos armados dispuestos, precisamente en nombre de

2 *Politica del Diritto*, IX, núm. 3, 1978, p. 330.

3 Sobre la europeización de los constitucionalistas nacionales y de los tribunales constitucionales véase Peter HÄBERLE en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDSStRL), 50, 1991, p. 156 y sigs.; este autor aboga por una “hermenéutica común europea”, VVDSStRL, 53, 1994, p. 115 y sigs.

su ideal y de su disponibilidad, a entregar la vida, a quitársela también violentamente a determinados ciudadanos” (Pérez Llorca), de que su Constitución es “la más paralela a lo que nosotros queremos hacer” (Fraga), de su “regionalismo político” (Ortí Bordás, Fraga, De la Fuente), de “un Estado fundado en el trabajo” (Cisneros), de la improcedencia de comparar las “actuales instituciones italianas con las de las viejas Repúblicas de Venecia, Pisa o Génova” (Pérez-Llorca), del “referéndum que se celebró en Italia en vísperas de la reunión, en el año 1947, de la Asamblea Constituyente (referéndum sobre cuya limpieza caben las más largas y fundamentales sospechas, según reconoce la Historia, cualquiera que sea la opción política del historiador)” (Herrero), de que “esta doctrina de las nacionalidades la inicia Mazzini, que es el autor de la nación italiana” (Carro), de “la solución, a mi modo de ver muy eficaz, de la Constitución italiana del 47, que distingue entre regiones con estatuto especial y regiones con estatuto ordinario” (Ortí Bordás), de que en Italia “la lengua toscana no es la misma que la napolitana ni la misma que la veneciana y se siguen hablando todas estas variantes de un idioma primitivo, que es la derivación del latín, pero la lengua toscana se ha convertido definitivamente en la lengua italiana” (Fraga), de la “constitucionalización del derecho de sindicación de los trabajadores” (Martín Toval), del silencio de la Constitución italiana sobre la mayoría de edad civil (Alzaga), de los derechos de los extranjeros (Solé Barberá), de la consideración de qué delitos son políticos a efectos de extradición (Alzaga y Herrero), del concepto de “libertades y derechos democráticos” (Herrero), de la abolición de la pena de muerte (Peces Barba, Solé Barberá y Vázquez Guillén), de las relaciones Iglesia-Estado (Alzaga), del control parlamentario sobre los medios de comunicación (Zapatero Gómez), del artículo 17 de la Constitución italiana como modelo para el derecho de reunión (Solé Tura), del divorcio (López Bravo), del artículo 56 de la Constitución italiana sobre el número de diputados (Solé Tura), de los resultados “contradictorios” de la experiencia italiana sobre la iniciativa legislativa popular (Alzaga), de los riesgos del referéndum en la práctica italiana (Peces Barba) y de las virtudes del referéndum revocatorio (Fraga), de la constitucionalización de los grupos parlamentarios (Fraga), de la expropiación de bienes (Barón), sobre el reparto de recursos entre el Estado y las regiones (Letamendía), del procedimiento de reforma constitucional (Zapatero Gómez, Fraga), del riesgo de la partitocracia (Fraga), de la denominación del poder judicial (López Rodó) y del propio Preámbulo (Tierno).

A su vez, la doctrina italiana, fue objeto de invocación frecuente por el diputado Fraga Iribarne, que se refirió a las tesis de Santi Romano, Virga, Zannobini, Ambrosini, Balladore-Palieri, Ranelletti y Pier Luigi Zampetti; Peces Barba mencionó, entre otras, las de Biscaretti di Ruffia.

A su paso por el Pleno del Congreso de los Diputados las referencias al constitucionalismo italiano decaen algo en número, pero siguen siendo frecuentes y de gran relevancia. Surgen, por citar algunos ejemplos, cuando se debate la atribución de derechos políticos a los extranjeros por medio de una ley o un tratado internacional (Zapatero, Alzaga), el derecho de huelga (Saavedra), la propiedad y las garantías en caso de expropiación, la regulación del referéndum (Alzaga, Fraga). Se menciona también con respeto la figura y la política de Aldo Moro (Roca) y dentro de la doctrina se cita a Pellegrino Rossi (Alzaga).

En la Comisión Constitucional del Senado se acudió a la Constitución italiana para ilustrar la posición constitucional de los partidos políticos (Ollero), la promoción de la igualdad efectiva por los poderes públicos a semejanza del artículo 3.2 de la Constitución italiana (Villar), la edad electoral (Sánchez Agesta), la configuración del Senado como Cámara de las Comunidades Autónomas (Benet), los referendos sobre leyes regionales (Monreal), los riesgos de los miembros del jurado (Pedrol)⁴, el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional (Villar), la delegación legislativa (Martín Retortillo), el control de constitucionalidad de los tratados internacionales (Villar Arregui), la demora en la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional como consecuencia de la necesidad de amplios acuerdos parlamentarios (Ollero Gómez),... En lo que respecta a las referencias doctrinales, el profesor y senador Ollero mencionó a La Pergola y Biscaretti, y su colega Sánchez Agesta a Predieri.

Finalmente, en el Pleno del Senado, además de las reiteradas menciones al regionalismo, Villar Arregui insiste en la importancia del artículo 3 de la Constitución italiana; Royo-Villanova habla de la doctrina del Tribunal Constitucional

4 Este Senador dice que “en estos momentos nosotros tenemos delante el ejemplo trágico y decisivo de lo que está ocurriendo en Italia, cuando los Jurados tienen que verse ante delinquentes pertenecientes a las llamadas Brigadas Rojas. Hace dos años, en Turín concretamente, se iba a juzgar a unos miembros de una de estas bandas y ellos se negaron a ser defendidos por los abogados y a ser juzgados por los Jurados, diciendo que si los abogados defendían y si los Jurados juzgaban, los considerarían como siervos del Estado, y atentarían contra sus vidas. El Decano de Turín, haciendo honor a la entrega que cualquier abogado tiene hacia su profesión, asumió el riesgo de la defensa, y pocos días después este Decano de setenta y tres años, en el momento de salir de su despacho, fue cobarde y vilmente asesinado por los miembros de las Brigadas Rojas. Llegó el momento del juicio y, a pesar de lo que le había ocurrido al Decano, los abogados se presentaron allí para ejercer, contra la voluntad de los miembros de las Brigadas acusados, su ministerio de defensa. Quienes no se presentaron fueron los jurados. Ni un sólo miembro del Jurado se presentó allí, porque es natural que al ciudadano se le puedan exigir en tiempo de paz determinados sacrificios, pero no se le puede exigir el heroísmo”.

italiano sobre la huelga y cita a Suppiej y Giugni, y Gamboa previene de los riesgos de inestabilidad gubernamental que se producen en Italia.

En resumen, el constitucionalismo italiano, en el sentido de sistema normativo, doctrina e incidencia de ambos en la sociedad y las instituciones, es el que está más presente entre los constituyentes españoles y, en general, la consideración que les merece es positiva como modelo en el que inspirarse para la incorporación de alguna de sus virtudes a la incipiente Norma Fundamental española. Por supuesto, no es ajena a este conocimiento del constitucionalismo italiano la formación académica iuspublicista o iusfilosófica de varios de los diputados españoles más activos en los debates parlamentarios (Alzaga, Herrero de Miñón, Solé Tura, Fraga Iribarne, Peces Barba, Zapatero Gómez, Tierno Galván...), y lo mismo cabe decir de sus colegas en el Senado (Martín Retortillo, Sánchez Agesta, Ollero Gómez).

Y volviendo al plano académico, los encuentros constitucionales ítalo-españoles como el que ha dado origen a esta obra son cada vez más frecuentes y casi inexcusables cuando se cumplen aniversarios “redondos” como, por citar un precedente de la obra que nos ocupa, los 50 años de la Corte Costituzionale italiana y los 25 años del Tribunal Constitucional español, que se conmemoraron con las IV Jornadas ítalo-españolas de Justicia Constitucional y dieron lugar al libro del mismo título (coordinado por los profesores Revenga Sánchez, Pajares Montolío y Rodríguez-Drincourt Álvarez, Ministerio de Justicia, 2007), pero, desde luego, no es necesario un pretexto cronológico para analizar de forma conjunta ambos sistemas constitucionales en alguna de sus múltiples facetas.

La obra que aquí reseñamos es una prueba muy evidente de que la conexión académico-constitucional ítalo-española se ha incrementado de manera notable en los últimos cuarenta años a través de diferentes iniciativas: primero, por la publicación en lengua española de textos de constitucionalistas italianos (Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace, Gustavo Zagrebelsky...) y de trabajos doctrinales de autores españoles sobre instituciones italianas (por ejemplo, el libro del profesor Martín de la Vega *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, CEPCO, 2003, o, perdón por la autorreferencia, el que tuve la oportunidad de publicar, con el profesor Roger Campione, sobre *Las sentencias básicas de la Corte Costituzionale italiana*, CEPC, 2010).

En segundo lugar, por la elaboración en Italia de estudios de investigación sobre derecho constitucional español (a título de mera muestra, el ya veterano de Giancarlo Rolla *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene Editore, Napoli, 1986, o, ya en el siglo XXI, el de Laura Frosina, *La delega legislativa*

nell'esperienza costituzionale spagnola, Giuffrè, Milano, 2005, o, muy recientemente, el de Myriam Iacometti y Claudio Martinelli *La Costituzione spagnola quarant'anni dopo*, Maggioli Editore, 2020), así como por la publicación en Italia de libros de constitucionalistas españoles, como los de los profesores Aparicio (*Lineamenti di diritto costituzionale spagnolo*, Giappichelli, Torino, 1992), López Aguilar (*Lo stato autonomico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella costituzione spagnola del 1978*, Cedam, Padova, 1999), Varela Suanzes (*Governo e partiti nel pensiero britannico 1690-1832*, Giuffrè, Milano, 2007) o Blanco Valdés (*Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Giappichelli Editore, Torino, 2009).

En tercer lugar, mediante la realización de estudios comparados, bien en forma de libros individuales o colectivos (*Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, coordinado por Gerardo José Ruiz-Rico Ruiz y Silvio Gambino, Tirant lo Blanch, 1997; *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional*, coordinado por Miguel Revenga Sánchez, Tirant lo Blanch, 2004; *Regionalismi e statuti: le riforme in Spagna e in Italia*, coordinado por Silvio Gambino, Giuffrè, 2008 o, en fechas bien recientes, *Autonomie territoriali e principio di indivisibilità nello stato unitario: Italia e Spagna. Atti seminario 7 maggio 2019*, a cura di Fulvio Pastore Fulvio, Jorge Lozano Miralles, Cedam, 2020, y *Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y España*, Bosch, 2020) o de investigaciones doctorales (*Federalismo fiscale e costituzione. Una comparazione fra Spagna e Italia*, tesis de Greta Massa Gallerano dirigida por Francisco Balaguer Callejón y Donatella Loprieno, 2011; *El acceso de los extranjeros a la vivienda en el ordenamiento jurídico español e italiano. Un análisis comparativo*, tesis de Marta Capesciotti dirigida por Marco Benvenuti y Francisco Balaguer Callejón, 2015, y, por citar la propia tesis de uno de los impulsores de esta obra colectiva, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*, de Germán M. Teruel Lozano, dirigida por Ángel Garrorena Morales y Jaime Miguel Peris Riera).

En el momento de escribir estas líneas (20 de junio de 2020) Italia y España, junto con la práctica totalidad de los países del mundo, siguen acusando los devastadores efectos de la pandemia provocada por el Covid-19. Y en ambos países se han venido produciendo, también en estas trágicas circunstancias, no pocas coincidencias aunque, por lo que aquí toca comentar, también alguna divergencia en lo que respecta a las respuestas jurídico-constitucionales a esta crisis sanitaria, pues, no

en vano, una de las diferencias entre las constituciones italiana y española radica, precisamente, en los instrumentos previstos para adoptar medidas extraordinarias como las que han supuesto el confinamiento generalizado de la población en ambos países.

Como es sabido, el Gobierno italiano acudió a la figura del Decreto-ley, prevista en el artículo 77 de la Constitución mientras que en España, justo hasta el día en el que cerraban estas páginas, ha estado vigente el “estado de alarma”, previsto en el artículo 116.2 de la Constitución y desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Pues bien, y aunque no me cabe duda alguna de que Germán M. Teruel Lozano, Antonio Pérez Miras, Edoardo C. Raffiotta y Maria Pia Iadicicco están sobrados de ideas para futuros seminarios, que ojalá puedan seguir siendo presenciales, me permito aquí apuntar como un posible tema a abordar el de la necesaria reflexión sobre si las respuestas que nuestras constituciones diseñaron en el siglo XX para tratar de hacer frente a situaciones catastróficas siguen siendo válidas una vez que se ha constatado que vivimos, como ya advirtió lúcidamente Ulrich Beck, en una *sociedad del riesgo global*, que, en palabras del sociólogo alemán, es ya una sociedad catastrófica donde “el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad”.

Resumen

Noticia del libro Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española. BOE/CEPC, Madrid, 2020.

Palabras clave

Constitución italiana, Constitución española, constitucionalismo, historia constitucional.

Abstract

Book review Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española. BOE/CEPC, Madrid, 2020.

Keywords

Italian Constitution, Spanish Constitution, Constitutionalism, Constitutional History.

Recibido: 18 de junio de 2020

Aceptado: 26 de junio de 2020

**NOTICIA DE LIBRO: *LA JURISPRUDENCIA EN EL
COMMON LAW (DESDE LA PERSPECTIVA DEL
JURISTA CONTINENTAL)*, NATALIA DEL BARRIO,
ARANZADI THOMSON REUTERS, 2018. ISBN 978-
84-1308-325-4, 144 PÁGINAS. CON PRÓLOGO DE
JOSÉ PEDRO PÉREZ-LLORCA**

Book review

ANTONIO PÉREZ MIRAS

*Profesor del Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Granada*

Hay temas que están en el espacio común de cualquier jurista, en una superficie indubitada que permite deslizarnos sin cuestionamientos sobre algo tan nuclear como es el concepto de jurisprudencia. Ese espacio común, empero, es compartido por distintas familias jurídicas que pueden conducir a un choque tectónico al tratarse de un espacio irremediablemente compartido. Una visión fragmentaria del Derecho nunca nos conducirá a un entendimiento global y, por tanto, el Derecho puede verse afectado por los interrogantes vectores de la globalización, cuyo fenómeno alcanza ya de un modo indudable a todas las esferas del saber. El Derecho no sólo no queda al margen, sino que está en el epicentro del cambio al que estamos asistiendo. Por ello, publicaciones como la de la Profesora del Barrio son necesarias.

Con un rigor preciso, con un método impecable y con una pluma grácil, estamos ante una monografía sin artificios, si bien su lectura bien genera fuegos semejantes por la claridad, la contundencia y la elegancia con que presenta un tema del que la mayor parte de los juristas pueden aumentar su conocimiento general. Y eso,

en el mundo de la investigación especializada es harto complicado, pues pocas veces podemos parar para replantearnos cuestiones iniciales que, por no tener una incidencia directa y trascendente en nuestros objetos de estudio, las mantenemos en ese imaginario jurídico que, visto desde la honradez intelectual, es en realidad una nebulosa que atravesamos de puntillas. Por fortuna, Natalia del Barrio ha encendido el faro y nos ofrece una atrevida investigación sobre la archiconocida jurisprudencia del *common law* desde la óptica del jurista continental. Mas con una perspectiva diferente; una investigación de la que bien se aprende y que realmente despierta la curiosidad sobre un tema del que con cierta autosuficiencia podríamos creer por sabido. Dado que todos sabemos que los jueces angloamericanos funcionan de otro modo, el estudio sistemático y metódico de dicha problemática deviene necesario desde dos puntos de vista: el teórico y el práctico.

He aquí, en mi opinión, una de las principales virtudes de esta obra: responde tanto a teóricos como a prácticos del Derecho continental esa cuestión siempre latente sobre la extravagante actuación de la Justicia angloamericana. La experiencia profesional y académica de Natalia del Barrio le permiten esa extraña ambivalencia en los escritos científicos. Colma las más finas expectativas de los estudiosos y resuelve las inquietas dudas de los operadores; y todo ello con un lenguaje claro y preciso que invita a una lectura ágil y amena sin perder nunca un ápice de calidad ni de rigor. Como bien señala el prologuista de la obra, sus párrafos parecieran “tercetos encadenados”.

Este elogio en un prólogo cobra aún más fuerza cuando quien lo firma es uno de los Padres de nuestra Constitución, D. José Pedro Pérez-Llorca, que en paz descanse. La calidad de una obra bien puede medirse por su prólogo, y sin duda la lectura de éste es una merecida antesala de aquélla. Precisamente muestra esa ambivalencia teórico-práctica puesto que nos presenta una obra para el jurista global, tanto para los que están teorizando sobre el devenir del mundo como para los que ya tienen que responder a los innumerables casos que se suceden cada día. Bien puede ser el libro de cabecera de la socia de un bufete español en la *City* londinense que el del doctorando europeo que se atreve a hincar el diente en las fuentes del derecho.

La otra gran virtud es que la obra tiene como objetivo unos lectores determinados, los juristas continentales. Nos conoce con maestría, sabe perfectamente los déficits de nuestra formación y deliberadamente nos guía hacia el abismo de lo que siempre quisimos saber y nunca nos atrevimos a preguntar. La autora evita el folclore y el retrato de la extravagancia al tiempo que se convierte en un lazarillo despojado de superioridad continental. Sin duda es una solvente conocedora de la tradición romano-germánica pero también de la familia del *common law*, por lo que sabe poner

el foco en todas aquellas ideas preconcebidas y, lo más importante, las desnuda para obtener un conocimiento más amplio y puro de la realidad jurídica.

Todo ello es posible por un impecable método comparado. Y ello no podía ser menos de quien se doctoró *cum laude* con una tesis sobre “El derecho comparado como disciplina científica para abordar la diversidad jurídica de un mundo global”¹. Sin lugar a dudas, Natalia del Barrio nos muestra su solvencia como comparatista y su seriedad académica se evidencia en la elección del controvertido tema de la jurisprudencia como fuente del derecho para su primera monografía. Y más aún al adentrarse en materia extraña y presentarla, en cambio, con la naturalidad de quien comprende a la perfección su objeto de estudio. El principal beneficiario es, sin duda, el lector.

Para empezar, se agradece mucho que en el primer capítulo se realice una verdadera introducción científica, estableciendo las premisas y el contexto de la investigación. Como no podía ser de otra manera, comienza enmarcando el fenómeno de la globalización en toda su complejidad y completud, partiendo de “una visión del mundo jurídico mucho más amplia y diversa, donde la práctica del derecho no puede ya concebirse como algo estrictamente local, delimitado por las jurisdicciones nacionales, sino que debe enmarcarse en un entorno global”. A ello le acompaña un claro objetivo de la comparación y un aún más claro plan de exposición, todo ello desde una perspectiva conceptual que desde el inicio ayuda al lector a intuir las nuevas verdades que va a descubrir en las páginas siguientes.

Manteniendo aún el tono contextualizador, el capítulo 2 nos relata la evolución histórica de la formación y desarrollo de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, tanto en el *common law* como en el Derecho continental. De modo lógico, el capítulo 3 aborda, por su parte, las divergencias que se han dado en ambos razonamientos jurídicos. Así, confronta el racionalismo, la deducción y la sistematización propias del Derecho continental con el empirismo, la inducción y la improvisación que se predica del mundo anglosajón. Todo ello demostrará el distinto reflejo de la actitud cognoscitiva en el sistema de fuentes del Derecho.

A continuación, viene el bloque central del estudio. En los capítulos 4 a 8 analiza pormenorizadamente la jurisprudencia en el *common law*. Empieza por su naturaleza para inmediatamente abordar la clave de la *stare decisis*: sobre la vinculación del precedente y la posibilidad de apartarse del mismo. El marcado carácter pragmático de esta forma de operar con el Derecho hace necesario una explicación sobre la

1 Tesis doctoral dirigida por A. M.^a Ovejero Puente y defendida ante un tribunal presidido por P. Pérez Tremps en la Universidad Europea en 2017.

práctica del mismo, lo que hace a continuación estudiando de un modo sustantivo la forma y estilo de las resoluciones judiciales, el acceso a los precedentes y los operadores de la Justicia, distinguiendo aquí entre el juez inglés y el estadounidense.

Tras ese meticuloso análisis viene lo que, para mí, es quizá la parte de mayor interés de toda la investigación y la que muestra el arrojo torero de la autora, pues, no contenta con la faena realizada hasta el momento, ejecuta un pase al natural en el que reflexiona sobre la comparación entre ambas jurisprudencias. Casi a modo de conclusiones, en el capítulo 9 se inquiera sobre los estereotipos y si existe una divergencia sustancial. Pondera ambos sistemas y trata de buscar un equilibrio positivo entre las bondades que destacan de cada uno de ellos. Así subraya la mayor sistematización y seguridad jurídica que proporciona el Derecho continental, que se cohonestar entonces mejor con la centralidad de la ley, como elemento de racionalización, en el sistema de fuentes. Por su parte, la mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios a los que la norma debe dar respuesta y la mayor imbricación con otras ciencias sociales hacen que el *common law* parezca más oportuno ante el nuevo mundo globalizado que se está dibujando. Sin embargo, desde que la ley no es un concepto de producción normativa unitaria, sumado a la hipertrofia legislativa y a la descodificación de los clásicos ámbitos de regulación, y desde que, por el contrario, en el *common law* se ha incrementado notablemente la actuación legislativa (de “era de la legislación” nos habla la Prof.^a del Barrio), la convergencia entre ambas familias, y en el contexto descrito, es cada vez mayor, hasta el punto de producirse una influencia o trasvase entre los sistemas de fuentes. De ahí que el último capítulo, el 10, no nos extrañe que se dedique, casi a modo de epílogo, a retratar algunos escenarios convergentes.

Ello se acompaña en todo momento de un sólido aparato doctrinal, en su mayoría de fuentes extranjeras. Esto es un valor para el investigador nacional porque Natalia del Barrio nos aporta, además, esa necesaria visión externa para comprender mejor el tema. Es una óptima vía de entrada al conocimiento generado en castellano de autores cultivados en otras lenguas.

Esta monografía cumple sobradamente los propósitos que se plantea la autora en el inicio de su investigación. Sin duda es una base magnífica para continuar profundizando, y esperemos que lo haga, en el tema de las fuentes del derecho en el contexto global. Siguiendo al Prof. Balaguer sobre el sentido actual de la teoría de las fuentes:

“El centro de gravedad de nuestro sistema jurídico no tiene ya mucho que ver con el Estado liberal; no se sitúa entre la ley y la costumbre, porque ésta ha pasado de desempeñar un papel estrictamente residual en nuestro sistema de fuentes en cuanto fuente de producción normativa, al menos a nivel estruc-

tural y con independencia de su incidencia en las disciplinas particulares. El problema básico no consiste ya en articular el nuevo orden racional frente a tradicional, sino los diferentes centros de producción normativa que confluyen en un mismo ordenamiento”².

Esta lucha es la que Natalia del Barrio nos ha relatado, acogiendo además la controvertida cuestión de la jurisprudencia para presentarnos un mundo en el que ya hoy los distintos intereses en juego (políticos, económicos, humanitarios...) necesitan de una respuesta del Derecho. Con su estudio al mundo angloamericano, Natalia del Barrio ha ayudado a explicitar el aforismo romano *da mihi factum, dabo tibi ius*. Como dijimos al inicio, de esta obra sacarán provecho tanto los que busquen una aproximación teórica del asunto como los que pretendan extraer ideas prácticas.

Al regalarnos sus gafas de comparatista nos ha entrelazado dos familias jurídicas al tiempo que nos ha ayudado a entrever las vías en las que el Derecho puede no ser mera comparsa del proceso globalizador. Sus enseñanzas, por ejemplo, son de gran utilidad para el Derecho europeo, como ya apunta en distintos pasajes del libro.

Es evidente que hoy vivimos bajo la supremacía cultural angloamericana; sin embargo, Natalia del Barrio, que en su trayectoria vital acumula millas por el mundo, no se pliega en este su primer libro y no nos conduce ante la que parece una irremediable globalización dictada por cifras económicas. Al revés. Realiza una profunda reflexión jurídica y se enfrenta a la problemática con sentido crítico. Desde la honestidad académica nos presenta sus ideas fruto de un cuidado método comparado. Sus ponderadas conclusiones dejan en el lector los argumentos suficientes para comprender mejor esa convergencia que, a pesar del Brexit, sigue teniendo en la Unión Europea quizá su principal campo de pruebas.

Gracias a la monografía de la Prof^a del Barrio, la nostalgia de la familia romano-germánica, en un mundo globalizado que funciona con otros códigos, es más llevadera, al comprobar que, sin caer tampoco en la hiperfascinación angloamericana, el jurista tiene aún un espacio permeable para la mejor comprensión de las fuentes que, en última instancia, hagan efectivas las aspiraciones de la persona humana.

2 F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las fuentes del Derecho”, en F. Balaguer Callejón (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, 14.ª ed, Tecnos, Madrid, p. 67.

Resumen

Noticia de la monografía de la Prof.^a Natalia del Barrio, publicado por Thomson Reuters en 2019: La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental). Con prólogo de José Pedro Pérez-Llorca.

Palabras clave

Jurisprudencia; Fuentes del Derecho; Derecho comparado; Common Law; Derecho romano-germánico; Derecho continental.

Abstract

Book review of Prof. Natalia del Barrio, published by Thomson Reuters in 2019: La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental). With prologue of José Pedro Pérez-Llorca.

Keywords

Case law; Legal Sources; Comparative Law; Common Law; Civil Law.

Recibido: 15 de junio de 2020

Aceptado: 20 de junio de 2020

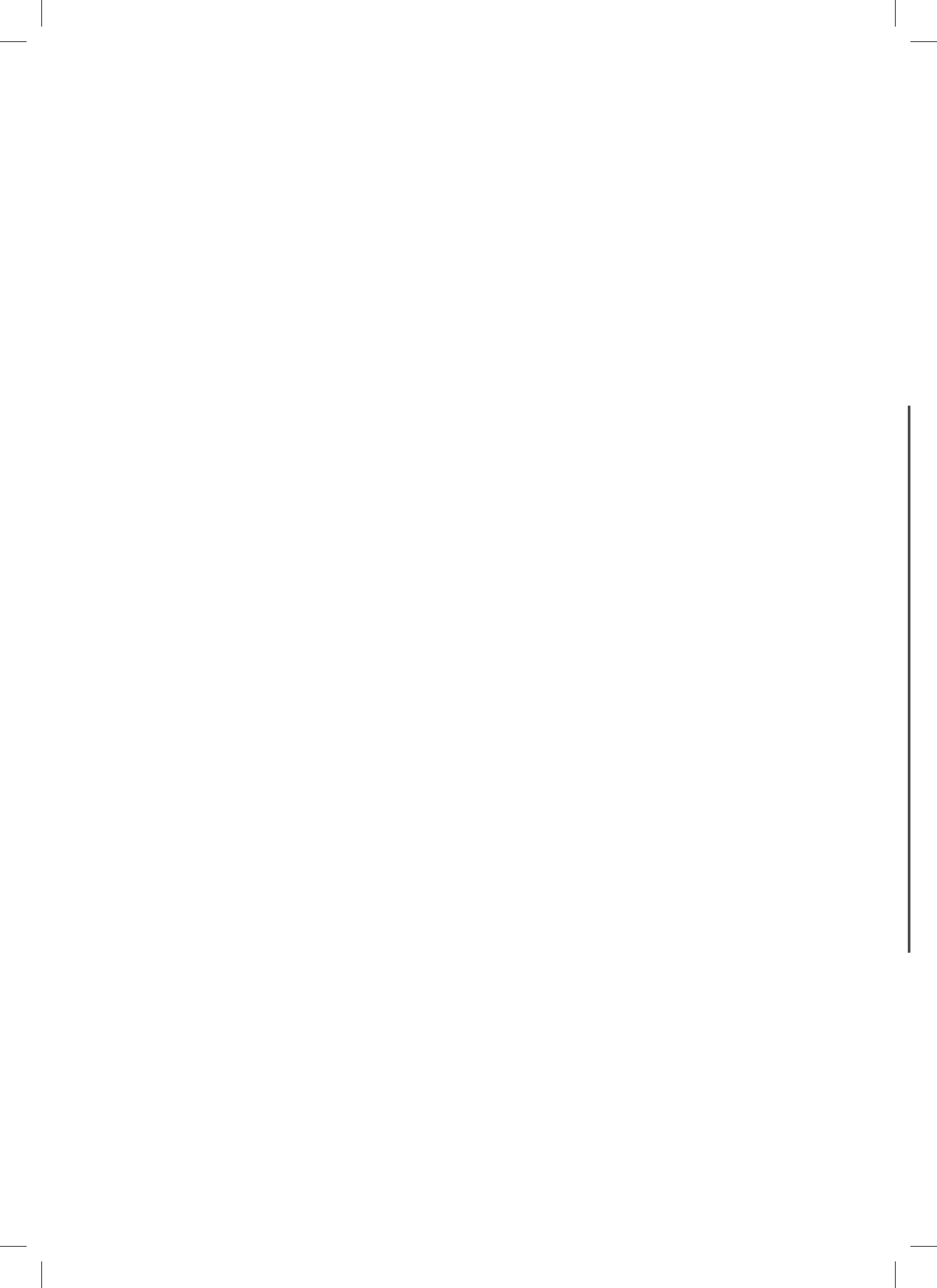












Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

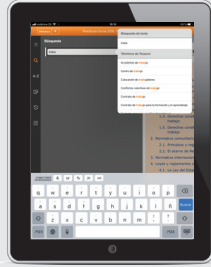


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

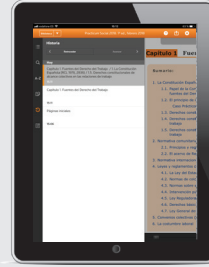
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS
Haces anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



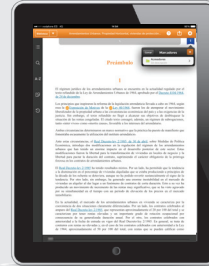
HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



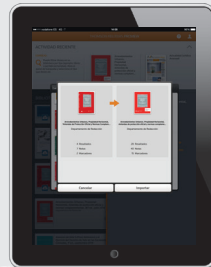
CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



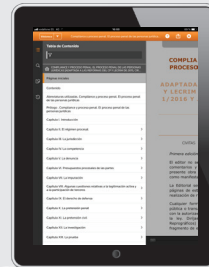
MARCADORES DE PÁGINA
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



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/a cliente/a,

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 te has registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. 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

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 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.

