
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

36

Año 18, número 36, Julio-Diciembre de 2021

Problemas constitucionales de la actividad jurisprudencial

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 y Juan Francisco Sánchez Barrilao

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao
Adoración Galera Victoria
Augusto Aguilar Calahorra

CONSEJO DE REDACCIÓN

Antonio Pérez Miras,
Miguel Arjona Sánchez
Giacomo Palombino
Eloísa Pérez Conchillo
Daniela Dobre
María Dolores Requena de la Torre
Luis Fernando Martínez Quevedo

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

Francisco J. Durán Ruiz
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
(1943/2020)
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
Francesc 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
(1946/2019)
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente
(1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Férriz
Sixto Sánchez Lorenzo
Ingo W. Sarlet
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@ugres - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

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

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 18, número 36, Julio-Diciembre de 2021

Problemas constitucionales de la actividad jurisprudencial

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Presentación.....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

ESTUDIOS

El juez penal y la administración pública: comparación entre las experiencias estadounidense e italiana.....	15
FAUSTO VECCHIO	
Cortes Constitucionales y del Derecho Internacional de Inversiones: la Corte Constitucional de Ecuador y la estrategia de inconstitucionalidad incondicional.....	29
JOSÉ GUSTAVO PRIETO MUÑOZ	
La libertad de creación artística frente al expansionismo penal. La encrucijada entre la apología del terrorismo y el juicio de proporcionalidad.....	45
DAVID MARTÍN-HERRERA	

ARTÍCULOS

El principio de subsidiariedad: entre democracia liberal y solidaridad.....	83
ANTONIO D'ATENA	
El tratamiento de la discapacidad por la Unión Europea: entre la pujanza de la tutela antidiscriminatoria y las limitaciones a la política social	105
FERNANDO PÉREZ-DOMÍNGUEZ	

Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España	147
SUSANA DURO CARRIÓN	

PERFILES/NOTICIAS

Constitucionalismo y paz en Luigi Ferrajoli	181
ABRAHAM SÁNCHEZ SÁNCHEZ	

TEXTOS CLÁSICOS

Argumentación jurídica de arriba abajo y de abajo arriba: la cuestión de los derechos constitucionales no reconocidos expresamente en la Constitución	231
RICHARD A. POSNER	

JURISPRUDENCIA

La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021	253
GIACOMO PALOMBINO	
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO	

LEGISLACIÓN

Crónica de la legislación europea. Segundo semestre de 2021	293
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

Nacionalismos y autodeterminación: Cataluña y Quebec	307
IGNACIO VÁZQUEZ	

NOTICIAS DE LIBROS

<i>La autonomía local en una constitución reformada</i> , Manuel Zafra Víctor, CEPC, 2020, 277 páginas. Prólogo de Rafael Jiménez Asensio. ISBN: 978-84-259-1854-4	329
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	

<i>Contesting Austerity. A Socio-Legal Inquiry</i> , Anuscheh Farahat, Xabier Arzoz (eds.), E-book: Hart - Oñati International Series in Law and Society, 2021, 367 páginas....	337
DANIELA DOBRE	

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación



El número 36 de la *ReDCE* se publica coincidiendo con la expansión de la nueva variante de la pandemia que se está extendiendo por el mundo. Por lo que se refiere a Europa, ómicron está provocando un aumento extraordinario de los contagios, aunque el desarrollo de la enfermedad es bastante más leve. Estamos aprendiendo a convivir con un virus que ahora nos parece más soportable en la medida en que no colapsa los hospitales y el aumento de las infecciones no se refleja en las cifras de mortalidad. No deberíamos bajar la guardia, sin embargo.

En la Unión Europea hemos pasado también de una amenaza existencial como fue la sentencia Weiss de 2020 del TCFA a una variante menos peligrosa como es la de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional polaco y del rumano. Son menos peligrosas por la condición específica de los Estados miembros de donde proceden, no por la naturaleza del reto que representan. Sin Alemania no es pensable la Unión Europea. Sin Polonia sí es pensable e incluso podría ser menos problemática que en su configuración actual. En algún momento habrá que plantearse las ventajas y los inconvenientes de convivir con estas variantes, que no son capaces de romper la Unión pero que expresan una visión claramente equivocada de su naturaleza y de su sentido histórico.

El recurso a la identidad constitucional para defender a un gobierno iliberal y antidemocrático (en cuanto contrario a la democracia constitucional y del patrimonio constitucional europeo) marca un cambio sustantivo en la relación entre la Unión Europea y Polonia, que no debería ser ignorado por las instituciones europeas. Cuando se acaba de cerrar el expediente abierto a Alemania con motivo de la sentencia Weiss (lo que finalmente se hizo el pasado 2 de diciembre) la Comisión Europea se ha visto obligada a iniciar un nuevo expediente contra

Polonia, cuya deriva parece mucho más complicada. Más complicada porque se trata de un ataque frontal a la Unión Europea que carece de cualquier sutileza o matiz que permita reconducirla a un entendimiento futuro. Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional de Polonia es una burda declaración política que carece de cualquier sentido jurídico-constitucional. Tampoco tiene nada que ver con la protección de la identidad constitucional de los Estados miembros que garantiza el artículo 4.2 TUE.

Este episodio se une a una larga historia de tolerancia hacia el nacional populismo polaco que ha generado un entendimiento incorrecto por parte de las instituciones polacas de sus obligaciones en el marco de los principios y valores que inspiran la integración europea. Baste señalar que, en contra de lo que pudiera parecer si consideramos esa agresividad de Polonia frente a la Unión Europea, este país es el principal beneficiario de los fondos europeos, que han supuesto un impulso fundamental a su desarrollo económico.

Pero, hasta ahora, el gobierno polaco ha sido inmune a las advertencias, las condenas verbales y las declaraciones firmes de las instituciones europeas. Por lo que se refiere al nuevo mecanismo de condicionalidad presupuestaria, sus limitaciones son evidentes en lo que a la protección del Estado de Derecho en Polonia se refiere y su eficacia dependerá de cómo se aplique por la Comisión una vez que quede despejado el camino mediante la resolución del Tribunal de Justicia.

Mientras tanto, seguimos conviviendo con este virus de aparente baja intensidad que se ha extendido por Polonia y Hungría y que amenaza con infectar a otros países si no se aplican medidas adecuadas. Los mecanismos actuales son claramente insuficientes y no solo no han contribuido a resolver la situación de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en estos dos Estados miembros, sino que más bien refuerzan a sus gobiernos en el plano interno porque no son efectivas frente a ellos y les permiten levantar la bandera de la agresión externa.

Para quien recuerde los sucesos que dieron lugar, en plena Presidencia alemana, a la transformación del Tratado Constitucional en Tratado de Lisboa, no se le escapará la entonces firme postura de Alemania frente a Polonia. Una Polonia reticente a suscribir el Tratado de Lisboa en el año 2007 recibió la advertencia de la Canciller Merkel de que, si no firmaba el Tratado, Polonia podría quedar fuera de la Unión Europea. Cómo se iba a materializar esa advertencia si Polonia se hubiera mantenido en su postura inicial es algo que no sabemos. Mecanismos jurídicos hay, si existe voluntad política de defender los valores y principios constitucionales que inspiran la integración europea.

De momento, la voluntad política de las instituciones europeas parece siempre enredada en una maraña de procedimientos dilatorios que parecen más orientados a preservar la voluntad antidemocrática de Estados como Polonia o Hungría que a preservar los valores fundacionales de Europa. Pero esa ordenación jurídica ha sido ahora cuestionada y desafiada por Polonia. Quizás sea el momento de dar un paso adelante y afrontar el desafío con una refundación de la Unión Europea que haga viable un contexto plenamente democrático interno tanto en el nivel europeo como en el de los Estados miembros.

La parte monográfica del número 36 de la *ReDCE* está dedicada a los problemas constitucionales de la actividad jurisprudencial con algunos textos que reflejan diversas temáticas de estudio procedentes igualmente de diversos países. Abre esta parte monográfica un interesante estudio de Fausto Vecchio en relación con el ámbito de intervención del juez penal: “El juez penal y la administración pública: comparación entre las experiencias estadounidense e italiana”. Le sigue, con una temática muy diferente pero también relacionada con las cuestiones constitucionales que plantea la actividad jurisdiccional, el de José Gustavo Prieto Muñoz que analiza el papel que una corte constitucional puede tener como actor dentro del derecho internacional de inversiones en “Cortes Constitucionales y del Derecho Internacional de Inversiones: La Corte Constitucional de Ecuador y la estrategia de inconstitucionalidad incondicional”. Por último, David Martín-Herrera nos devuelve al problema del ámbito de intervención penal en su trabajo sobre “La libertad de creación artística frente al expansionismo penal. La encrucijada entre la apología del terrorismo y el juicio de proporcionalidad”.

La sección de artículos se abre con un magistral trabajo de Antonio D’Atena en una temática en la que es autoridad indiscutible, como es la de la subsidiariedad: “El principio de subsidiariedad: entre democracia liberal y solidaridad”. Le sigue un texto de Fernando Pérez-Domínguez sobre “El tratamiento de la discapacidad por la Unión Europea: entre la pujanza de la tutela antidiscriminatoria y las limitaciones a la política social” en el que, entre otras cosas, se pone de manifiesto la potencialidad que para la ampliación de los derechos puede tener la interacción entre el nivel europeo y el nivel interno de protección. Por último, cierra esta sección un trabajo de Susana Duro Carrión sobre una temática que, como indica su autora, se ha convertido en un debate interminable: “Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España”.

La sección de Perfiles está dedicada al insigne jurista Luigi Ferrajoli, con un texto de Abraham Sánchez Sánchez sobre “Constitucionalismo y paz en Luigi Ferrajoli”. Para su autor, “Sea que a la paz se le otorgue un papel relevante o

uno secundario, no se puede negar que mantiene un importante vínculo con el Derecho, nexo incluso intensificado en los últimos tiempos y que ha dado lugar a que se pueda hablar de un pacifismo jurídico que entre sus múltiples exponentes tiene a Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli como autores sobresalientes”.

La Sección de textos clásicos recoge el de Richard A. Posner sobre “Argumentación jurídica de arriba abajo y de abajo arriba: la cuestión de los derechos constitucionales no reconocidos expresamente en la Constitución”. Más allá de su dimensión teórica, las temáticas a las que alude han adquirido una inesperada actualidad a partir de la consolidación de una mayoría conservadora en la Corte Suprema estadounidense, que puede poner en peligro derechos fundamentales que se habían asentado ya en el constitucionalismo norteamericano.

La Sección de Jurisprudencia incluye un texto de Giacomo Palombino y Juan Francisco Sánchez Barrilao sobre “La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021” de la que se resalta su potencial transformador especialmente por lo que se refiere a la incorporación de la protección de las generaciones futuras y de la perspectiva global en la protección del medio ambiente.

En la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer recoge normativas que están relacionadas con la sociedad digital, como es el caso de la protección de datos o el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por el Comité Económico y Social Europeo, así como de la protección de los periodistas frente a los ataques cibernéticos (entre otros ámbitos). También se incluye normativa relacionada con las funciones del Defensor del Pueblo Europeo y con la preadhesión a la Unión Europea mediante un instrumento de ayuda para prestar la asistencia y el asesoramiento necesarios para cumplir con las exigencias de la entrada en la Unión Europea.

En el Foro se publica un trabajo de Ignacio Vázquez sobre “Nacionalismos y autodeterminación: Cataluña y Quebec”. No podemos sino coincidir con su autor en la idea de que “la manera más adecuada y beneficiosa para un Estado democrático de derrotar el desafío soberanista implicaría alcanzar una victoria política en el campo de las ideas, atacando las causas que han despertado esa voluntad separatista y recuperando la confianza de ese pueblo en un proyecto común”.

En las noticias de libros tenemos en primer lugar la que ha preparado Miguel Azpitarte sobre *La autonomía local en una Constitución reformada*, de Manuel Zafra Víctor (CEPC, Madrid, 2020). Se trata de un libro de un autor esencial en la construcción de la autonomía local en España. De ahí que sobre el libro se pueda decir

con Miguel Azpitarte, que “estamos ante un trabajo de referencia para cualquier persona que quiera adentrarse en la configuración constitucional de la autonomía local”.

En segundo lugar, la de Daniela Dobre acerca del libro de *Contesting Austerity. A Socio-Legal Inquiry*, Anuscheh Farahat, Xabier Arzoz (eds.), E-book: Hart - Oñati International Series in Law and Society, 2021. Coincidimos plenamente con la valoración que hace Daniela Dobre de esta obra: “el libro encierra entre sus páginas un destacado potencial transformador (al erigirse en voz social de oposición a la austeridad, concretamente desde la academia), cumpliendo así la deuda que toda obra científica mantiene con la sociedad”.

El segundo semestre de este año ha sido especialmente doloroso para la comunidad de los constitucionalistas. Comenzó con la temprana desaparición de Pablo Pérez Tremps, uno de los más brillantes representantes de la doctrina constitucional española, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Si medimos las pérdidas por el potencial que una persona podía tener en su contribución a la sociedad, la de Pablo Pérez Tremps es, sin duda, la más dolorosa. En plena madurez, le quedaban muchas aportaciones que hacer al derecho constitucional y europeo en unos tiempos especialmente difíciles para el constitucionalismo y para el proyecto de integración europea.

En Italia tenemos que lamentar la desaparición igualmente temprana de Beniamino Caravita. Además de ser un ilustre constitucionalista, sería también un impulsor extraordinario del debate académico y científico a través de una de sus grandes obras, la revista *federalismi.it*, que es una referencia fundamental en la doctrina constitucional italiana. Coincidimos en muchos congresos a lo largo de los años y echaremos de menos en los encuentros futuros su elegancia y la agudeza de sus análisis sobre la realidad constitucional italiana y europea.

En el mes de agosto nos dejó también un compañero de nuestro antiguo Departamento de Derecho Político de Granada, el Profesor Jorge Riezu. Jubilado desde hacía tiempo desde su condición de Profesor de Ciencia Política (área por lo que optó en su momento, cuando se produjo la división del entonces Derecho Político) lo veíamos pasear por Granada en el entorno de la Facultad de Derecho, con su sonrisa afable de siempre. Era la ocasión para un momento de charla que él siempre aprovechaba para dedicarnos alguna palabra amable.

En el mes de diciembre nos dejó José Antonio González Casanova que fue, además de un insigne constitucionalista, uno de los padres de nuestro sistema constitucional y estatutario. También una persona extremadamente culta, dialogante y equilibrada, con una producción científica que no se reducía al ámbito constitu-

cional sino también a otros como el musical, por ejemplo (a destacar la referente a Gustav Mahler).

En el apartado de agradecimientos destacamos, en primer lugar, a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle. En el ámbito nacional hay que referirse al Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución”. 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 JUEZ PENAL Y LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA: COMPARACIÓN
ENTRE LAS EXPERIENCIAS
ESTADOUNIDENSE E ITALIANA¹**

**The criminal judge and the public administration: a
comparison of the american and italian experiences**

FAUSTO VECCHIO

*Profesor Titular de Derecho Público
Comparado. Università Kore di Enna*

SUMARIO:

- I. Una cuestión pendiente de extraordinaria importancia constitucional: el juez penal y la administración pública.
- II. Las intervenciones paradójicas del Tribunal de Casación: la abolición parcial (?) de la abolición parcial.
- III. EL autocontrol del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto Kelly v. Estados Unidos.
- IV. Conclusiones. La separación de poderes, las diferentes caras del populismo panpenalista y las estrategias para combatirlo.

I. UNA CUESTIÓN PENDIENTE DE EXTRAORDINARIA IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL: EL JUEZ PENAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La necesidad de hacer frente a las graves consecuencias económicas debidas a la emergencia pandémica ha obligado recientemente al gobierno a promover nuevamente un cambio en la regulación del delito de abuso en actos oficiales²; por tal

1 Este artículo nace de la valiosa sugerencia y de posteriores intercambios de opinión con el profesor Salvatore Aleo, al que le agradezco también las indicaciones metodológicas y las lecturas recomendadas; sin embargo, cualquier error o imprecisión es responsabilidad mía.

2 El proceso puesto en marcha con el Decreto-ley del 16 de julio de 2020, núm. 76 que contiene “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale” se ha concluido con la aprobación, sin revisión alguna, de la Ley del 11 de septiembre de 2020, núm. 120.

motivo, hace unos meses se inició un proceso que, por cuarta vez en los últimos treinta años³, ha dado lugar a un nuevo artículo 323 del Código Penal⁴.

Algunos elementos nos muestran con bastante claridad cómo la voluntad inspiradora de la reforma circunscribe la esfera de responsabilidad de los administradores públicos con el objeto de estimularlos a actuar y así reducir los efectos perjudiciales que los fenómenos conocidos como “burocracia defensiva” o “fuga de la firma” puedan tener sobre la comunidad; y así impedir que, en una coyuntura histórica en la que se requiere una acción administrativa rápida y eficaz, el temor a exponerse al riesgo de la acción penal pueda paralizar la actividad administrativa, reescribiendo la norma con el objetivo de definir los actos perseguibles. Una primera pista, en este sentido, se infiere de la nota de prensa del Consejo de Ministros que subraya que las medidas introducidas tienen como objetivo garantizar que “los funcionarios públicos tengan la seguridad de cuáles son las determinadas conductas punibles por ley”⁵. Un segundo indicio lo ofrece, en este sentido, la paralela redefinición de la regulación en materia de responsabilidad contable⁶. Un tercer elemento decisivo, del cual se desprende la voluntad de aliviar la posición de los administradores públicos, lo ofrece la nueva formulación del artículo 323 que aparece con su parcial reescritura: tras la reforma ya no se persigue la genérica “violación de normas legales o de reglamentos” y, como nuevo parámetro, se

3 La primera modificación se remonta a la Ley de 26 de abril de 1990, núm. 86 que ha sustituido integralmente el artículo 323. La Ley de 16 de julio de 1997, núm. 234 propone una segunda modificación de dicha norma. Recientemente, la Ley de 6 de noviembre de 2012, núm. 190 ha agravado aún más el proceso sancionatorio.

4 Para reconstruir el proceso histórico del artículo 323, véase S. ALEO, *Istituzioni di Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Giuffrè, 2021, pp. 269-272 y T. PADOVANI, “Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio”, *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, pp. 7-8, disponible en <https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/07/28/vita-morte-e-miracoli-dellabuso-dufficio/> [10 de septiembre de 2021].

5 Se hace referencia al comunicado de prensa del Consejo de Ministros del 7 de julio de 2020, núm. 54, disponible en <http://www.regioni.it/news/2020/07/07/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-54-del-07-04-2020-615511/> [10 de septiembre de 2021].

6 Los artículos 21, 22 y 23 del Decreto ley de 2020, emanados sin modificación por la Ley de 11 de septiembre de 2020, núm. 120 han intervenido en materia de prueba en el juicio contable y han introducido una cláusula de exención temporal de responsabilidad por culpa grave. Véase M. GAMBARDELLA, “Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio”, *Sistema penale*, núm. 7, 2020, p. 133 y disponible en <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/gambardella-riforma-abuso-ufficio-discrezionalità-amministrativa-sindacato-giudice-penale> [10 de septiembre de 2021], en el cual se habla de la creación de un “microsistema”.

introduce una “violación más limitada de determinadas reglas de conducta expresamente previstas por la ley o por actos con fuerza de ley y en los que no queden márgenes de discrecionalidad”. A este respecto, cabe observar que, respecto al pasado, la nueva formulación introduce tres elementos claramente dirigidos a limitar los márgenes de aplicación de la norma; unívocas por ello son tanto la exclusión de la importancia de las violaciones a las normas con rango reglamentario, como la exclusión de las normas de principios (el artículo 97 de la Constitución es un ejemplo) e incluso la inédita aclaración según la cual la norma violada no debe dejar margen de discrecionalidad.

La reacción de la ciencia penal a la parcial “*abolitio criminis*”, no se hizo esperar. Por un lado, la doctrina penal más atenta a las exigencias de la represión de los crímenes y las normas constitucionales en materia de eficacia e imparcialidad de la administración pública no ha escatimado críticas tanto a la elección política inspiradora de la reforma, como a las modalidades técnicas identificadas para darle un carácter jurídico positivo, invocando la oportunidad de censurar por vía constitucional una norma responsable de abrir la concepción de la “administración como feudo”⁷. Así, se ha criticado tanto la decisión técnica de descartar el “abuso de poder” (considerado elemento “ontológicamente”⁸ constitutivo del abuso) como, de forma general, la elección política realizada por un legislador “delirante”, dolosamente preocupado por su impaciente deseo de proteger a políticos y administradores⁹. Por otro lado, la doctrina penalista más atenta al respeto a los principios garantistas previstos por la Constitución y más preocupada por el uso invasivo que el poder judicial ha hecho de la ley se ha pronunciado a favor de los objetivos políticos de la reforma, pero al mismo tiempo ha denunciado la ignorancia de un legislador que, a pesar de ser “osado innovando”¹⁰, ha preferido, aun así, improvisar retoques al texto con resultados más que cuestionables desde el punto

7 Cfr. T. PADOVANI, “Una riforma imperfetta”, en B. ROMANO, *Il nuovo abuso in atti d’ufficio*, Pacini Giuridica, 2021, p. 121. G. GATTA, “La riforma del 2020”, en B. ROMANO, *op. cit.*, pp. 78 y ss., al contrario, rechaza la constitucionalidad del procedimiento seguido en la aprobación de la reforma, lamentando la elección de la aprobación “salvo acuerdo” de un decreto ley en materia cubierta por la reserva de ley *ex* artículo 25 de la Constitución.

8 Cfr., M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 159. En el mismo sentido, T. PADOVANI, “Una riforma...” *cit.*, p., 122, que se refiere a una “dimensión ontológica”.

9 Cfr., T. PADOVANI, “Una riforma...” *cit.*, p., 129.

10 Cfr., B. ROMANO, “Il ‘nuovo’ abuso d’ufficio e l’abolitio criminis parziale”, *Penale Diritto e Procedura*, disponible en <https://penaledp.it/il-nuovo-abuso-dufficio-e-labolitio-criminis-parziale/> [10 de septiembre de 2021].

de vista de la técnica normativa¹¹. A este respecto, se ha considerado que la elección de no llegar a una “abrogación repentina del art. 323¹²” pueda, por una parte, despertar el caso “durmiente” del abuso por incumplimiento de la obligación de abstención¹³ y, por otra parte, no excluya la posibilidad de una neutralización de la reforma mediante una exhumación jurisprudencial del abuso en actos de oficio por “desvío de poder”¹⁴.

Se trata, es obvio, de una cuestión complicada que, más allá de su génesis penalista, tiene también una importante relevancia constitucional. Queda claro, pues, considerando la función de norma de cierre que desempeña el artículo 323, que la reglamentación del abuso de acto de oficio resulta esencial para definir la relación entre el juez penal y la administración pública. Se trata, pues, de una cuestión que, aparte de los asuntos típicamente penales como la individuación del régimen intertemporal, aplicable a los procedimientos judiciales pendientes o la gestión de una posible yuxtaposición con otra clase de delito, está relacionada con los problemas constitucionales como la crisis de la legalidad penal, las garantías individuales de los acusados y la separación de poderes. Por lo tanto, con la convicción de que la época actual puede favorecer una reflexión constitucional crítica sobre la relación entre el juez penal y la administración pública¹⁵, el presente artículo se propone analizar las primeras orientaciones jurisprudenciales elaboradas a partir de la nueva versión del artículo 323 comparándolas con el enfoque recientemente efectuado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos a la hora de juzgar a los funcionarios públicos. El objetivo es sostener que, ante una jurisprudencia poco racional y claramente inspirada por una autorreferencial conducta política criminal, la necesidad de reestablecer un equilibrio entre los poderes del Estado y la realización de los objetivos específicos que el legislador se había propuesto, exigirían una actuación mucho más decidida.

11 *Cfr.*, A. MERLO, “Lo scudo di cristallo: la riforma dell’abuso d’ufficio e la riemergente tentazione ‘neutralizzatrice’ della giurisprudenza”, en curso de publicación, disponible en <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/merlo-abuso-ufficio-scudo-cristallo> [10 de septiembre de 2021].

12 *Cfr.* B. ROMANO, “Il ‘nuovo’ abuso d’ufficio...” *cit.*

13 De “caso ‘durmiente’” habla T. PADOVANI, “Una riforma...” *cit.*, p. 127.

14 Véase, en este sentido, el análisis de M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, pp. 145-150.

15 Para reflexionar acerca de la actual crisis del sistema de justicia y las consecuencias del populismo judicial, permítaseme remitir a la bibliografía en F. VECCHIO, “Pericolo populista e riforme della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell’obbligatorietà dell’azione penale”, *Rivista AIC*, núm. 1, 2021, p. 65 y ss., disponible en https://www.academia.edu/45425815/Pericolo_populista_e_riforme_della_justizia_A_proposito_di_alcune_insoddisfacenti_proposte_di_riforma_dell_obbligatoriet%C3%A0_dell_azione_penale [10 de septiembre de 2021].

II. LAS INTERVENCIONES PARADÓJICAS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN: LA ABOLICIÓN PARCIAL (?) DE LA ABOLICIÓN PARCIAL

Ante una reforma que –a pesar de estar inspirada por el preciso propósito de abolir parcialmente el delito– sin lugar a duda conlleva sus contradicciones, la Corte Suprema ha puesto en marcha una serie de intervenciones jurisprudenciales kársticas dirigidas a erosionar interpretativamente las principales novedades introducidas por el legislador.

Una primera línea remite al empleo del abuso de actos oficiales por incumplimiento de la obligación de abstención conforme a la segunda parte del primer apartado del art. 323¹⁶. En concreto, la Corte, ante todo, observa que la reforma

“aunque de gran impacto (...) y a medio plazo haya delimitado considerablemente el ámbito de relevancia penal del delito de abuso en actos oficiales con inevitables consecuencias aplicables de forma retroactiva conforme al apartado 2 del art. 2 del Código Penal, no sugiere ningún efecto respecto a ese tipo de conducta que, como alternativa al *genus* de la violación de la ley, se refiere concretamente y exclusivamente al incumplimiento de la obligación de abstención”.

Tomando en consideración lo dicho, los jueces, aunque incidentalmente, llegan a la conclusión de que “la fuente normativa de la violación se debe individualar en la misma norma penal con exclusión de los otros tipos prescritos, respecto de los cuales no parece a un tiempo pertinente la limitación a las fuentes legislativas primarias, al tratarse de incumplimiento de un precepto vinculante ya presente en la norma penal, aun así por remisión, sino solo para los casos que no comprenden el interés personal o el de un familiar”.

Cabe señalar que, si se consolidara tal orientación, asistiríamos al despertar del “durmiente” caso en cuestión, el abuso por incumplimiento de la obligación de abstención. En conformidad con lo legítimamente señalado, una operación hermenéutica de este tipo sería útil para eludir las novedades introducidas por el legislador y para reintroducir la relevancia penal de la problemática figura del

16 Se hace referencia a Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2020-17 de noviembre 2020, núm. 32174.

exceso de poder, por las violaciones de las normas de principio y las normas de rango sublegislativo¹⁷.

Al poco tiempo se produjo una importante y más explícita confirmación de la tendencia “neutralizadora” que anima la decisión de la Corte Suprema que se acaba de considerar¹⁸. Más concretamente, al inaugurar una orientación explícitamente orientada a retomar los esquemas relativos a la violación de los medios de comunicación y las remisiones en cadena, la jurisprudencia ha reiterado que, incluso en presencia de la nueva formulación del artículo 323, la violación de actos administrativos generales es suficiente para configurar el delito de abuso de poder: El incumplimiento de las previsiones del plan urbanístico “es sólo la premisa de hecho de la violación de la normativa legal en materia urbanística” y, por lo tanto, independientemente de la reforma que se haya llevado a cabo, es suficiente por sí mismo para integrar “la ‘violación de la ley’ como fundamento estructural del caso delictivo del ex art. 323 del Código Penal”¹⁹. El mismo esquema de decisión se recoge inmediatamente en una sentencia posterior en la que el Tribunal de Casación afirma que, al no ser posible encuadrar el plan urbanístico “en la categoría de los reglamentos”, debe concluirse que su incumplimiento “integra una ‘violación de la ley’ pertinente para configurar el delito conforme al art. 323 del Código Penal”²⁰.

Una confirmación más de la voluntad de avasallar las innovaciones introducidas por vía legal llegaría con algunas sentencias más recientes, con las que el juez ordinario se ha pronunciado sobre la cuestión del exceso de poder. En este sentido, es importante, en primer lugar, la decisión por la que el Tribunal, aunque se preocupa por excluir la violación “de las fuentes normativas de tipo reglamentario o subprimario” (tampoco de acuerdo con el clásico esquema de la heterointegración, es decir, de la violación “mediada” por normas interpuestas que pueda tener relevancia penal), sin embargo, ha encontrado inmediatamente otra manera de ampliar la responsabilidad penal del funcionario público. Aunque de la reforma se pueda deducir un “límite de la responsabilidad penal del funcionario público” que actúe en un “marco de ‘discrecionalidad administrativa’”, los jueces han añadido que el nuevo acuerdo jurídico no puede, sin embargo, cubrir

17 En relación a esta cuestión, véase, A. MERLO, *op. cit.*

18 De “tentación ‘neutralizadora’” se habla *ibid.*

19 *Cfr.*, Cass. pen., sez. III, 8 settembre 2020-28 settembre 2020, núm. 26834.

20 *Cfr.*, Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2020, núm. 31873.

“una pura y simple verdadera distorsión funcional de los fines públicos –esto es, desvío de poder o violación de los límites externos de la discrecionalidad, siempre que conste que, en el pleno ejercicio de sus funciones o servicio, sean perseguidos intereses objetivamente divergentes o incompatibles con aquellos para los que únicamente se atribuye el poder discrecional–”²¹.

Contribuye también a la neutralización de la reforma la reciente sentencia según la cual, siguiendo los pasos de la decisión que acaba de tomarse en consideración, la Corte Suprema ha interpretado de manera particularmente restrictiva la discrecionalidad técnica en favor de un funcionario público²².

Remitiéndonos a unas consideraciones de carácter más general, solo cabe destacar al momento que, como se ha señalado por parte de los comentaristas de las decisiones citadas, el juez se ha aprovechado de la mala técnica legislativa y ha vuelto a ampliar el ámbito de responsabilidad de los funcionarios públicos, logrando, por vía interpretativa, anular el esfuerzo realizado por el legislador para buscar un punto de equilibrio entre exigencias constitucionalmente contrapuestas.

En resumen, y aunque esto pueda parecer paradójico, se ha realizado por vía jurisprudencial una (todavía no se entiende bien cuánto) supresión parcial de la supresión parcial introducida por vía legislativa.

III. EL AUTOCONTROL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL ASUNTO KELLY V. ESTADOS UNIDOS

Es fácil intuir que, aunque en Italia se manifieste en formas probablemente anómalas²³, el problema del control penal de la actuación de la administra-

21 *Cfr.*, Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020-8 gennaio 2021, núm. 442. Para un comentario véase B. ROMANO, *Il “nuovo” abuso d’ufficio e l’abolitio criminis parziale*, cit. y S. TORDINI CAGLI, “Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta”, *Penale Diritto e Procedura*, disponible en la página web <https://penaledp.it/il-reato-di-abuso-dufficio-tra-formalizzazione-del-tipo-e-diritto-giurisprudenziale-una-questione-ancora-aperta/> [10 de septiembre de 2021].

22 Véase, en este sentido, Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2021-1 marzo 2021, n. 8057. Para profundizar, G. SERRA, “La Cassazione e il ‘nuovo’ abuso d’ufficio, ovvero del ‘senso imperfetto’ della discrezionalità tecnica dell’amministrazione e dei c.d. autolimiti”, *Penale Diritto e Procedura*, disponible en https://penaledp.it/la-cassazione-e-il-nuovo-abuso-dufficio-ovvero-del-senso-imperfetto-della-discrezionalità-tecnica-dellamministrazione-e-dei-c-d-autolimiti/#_ftnref24 [10 de septiembre de 2021].

23 Para E. AMATI, “L’utopia della decenza. La giustizia penale ai tempi del populismo”, *Discrimen*, núm. 2, 2020, pp. 3 y ss., “mentre la democrazia rappresentativa, nel mondo occidentale,

ción pública es una cuestión típica de los sistemas jurídicos que han abrazado los esquemas institucionales del Estado de Derecho constitucional²⁴. Si bien es cierto que, en un Estado constitucional, los “dos circuitos, el de la política democrática y el de la jurisdicción, se basan en legitimaciones diferentes” y que, a pesar de la dificultad de definir de manera precisa las fronteras, están de alguna manera obligados a convivir, es absolutamente normal que “la tensión entre los dos circuitos esté siempre presente y lista para desembocar en abierto conflicto”²⁵.

Por lo tanto, no es de extrañar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos haya sido llamado a enfrentarse a problemas de este tipo y, recientemente, haya adoptado una posición útil para otras experiencias jurídicas encuadrables en el ámbito de los Estados constitucionales²⁶.

En particular, el caso que conduce a la sentencia comienza con motivo de la campaña para la elección del Gobernador del Estado de Nueva Jersey. Más concretamente, la colaboradora de un gobernador republicano saliente que aspira a su reelección, y con la intención de poner en dificultad a un alcalde demócrata

soffre un po' ovunque, l'Italia sta percorrendo da tempo una strada originale, ove una certa vocazione illiberale nella quale si riconoscono in tanti ha comportato un progressivo debordare dell'azione penale (il tema noto: se chi fa politica non ha una politica, il vuoto è occupato dall'iniziativa degli uffici di Procura)”.

24 Al hablar de Estado constitucional de Derecho, resulta de extraordinaria actualidad el análisis de G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1997.

25 Cfr., G. PITRUZZELLA, “Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?”, *Diritti comparati*, 2018, núm. 3, p. 27, disponible en https://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2019/05/002_Pitruzzella.pdf [10 de septiembre de 2021]. Parece una idea compartida por A. RUGGERI, “Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)”, *Consulta online*, núm. 3, 2020, p. 622, disponible en <https://www.giurcost.org/studi/ruggeri115.pdf> [10 de septiembre de 2021]; G. TARELLO, “Chi ci salverà dal governo dei giudici”, *Mondoperaio*, núm. 3, 1984, p. 28 y M. FIORAVANTI, “Lo stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione”, en S. MERLINI, *Magistratura e politica*, Passigli, 2016, p. 65.

26 Se hace referencia a la sentencia de la *US Supreme Court*, de 7 de mayo de 2020, núm. 18-1059, *Kelly v. United States*. Para un comentario, véase M. C. UBIALI, “Abuso di potere dei pubblici funzionari e sindacato del giudice penale: un'importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sui principi di legalità e di separazione dei poteri”, *Sistema penale*, disponible en <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-suprema-usa-kelly-abuso-potere-pubblico-sindacato-giudice-penale> [10 de septiembre de 2021].

que ha rechazado darle su apoyo político para las próximas elecciones, causa graves molestias a la comunidad de la ciudad de Fort Lee, al haber inducido a dos funcionarios a reducir el número de puestos de peaje destinados a permitir el paso por el río Hudson, provocando, fundamentalmente, varios días de graves atascos en la circulación vial. En aras de una correcta delimitación del caso, puede ser útil señalar que no se pagó dinero u otra utilidad y que los dos funcionarios pretendieron actuar con vistas a la realización de un inexistente plan de mejora de la viabilidad.

Este asunto llevó a la Fiscalía a actuar contra los dos funcionarios y la colaboradora del Gobernador, considerando que las conductas podían integrar el delito de “*wire fraud*” (fraude cometido por medio de telecomunicaciones por cable) y el de “*theft or bribery concerning programs receiving Federal funds*” (corrupción relacionada con planes financiados con fondos federales). Los observadores más atentos no han dejado de señalar que se trata de hipótesis de delito heterogéneas y de entornos vagos e imprecisos, que incluyen también acciones que —en comparación con el sistema italiano— podrían reconducirse a las figuras del peculado (art. 314 del C.P.) y del abuso de autoridad (art. 323 del C.P.)²⁷.

Llamado a juicio para revisar la sentencia por la cual el Tribunal de Apelación confirmó la hipótesis acusatoria del Ministerio Público y condenó a los acusados, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido la oportunidad de volver a pronunciarse sobre una cuestión evidentemente muy candente al otro lado del océano y que, como se desprende de la misma decisión, compromete desde hace varios años a las instituciones estadounidenses. De hecho, ya en 1987, poniendo fin a la orientación consolidada con la que los Tribunales de Apelación solían interpretar los casos en cuestión, siguiendo las normas que velan por la rectitud de los funcionarios públicos, la sentencia *McNally* consideró que las conductas que no integraran elementos patrimoniales no son susceptibles de constituir un “*property fraud*”. Esta orientación restrictiva ha encontrado en el curso de los años sucesivos una importantísima confirmación, en reacción a la modificación con la cual el legislador federal pretendió reescribir las normas incriminatorias insertando una cláusula para sancionar los artificios orientados “*to deprive another of the intangible right of honest services*”: la sentencia *Skilling*, que consideró demasiado impreciso el “derecho intangible a un servicio honesto” y declaró que solo las hipótesis de soborno pueden considerarse penalmente relevantes.

27 Cfr., *ibid.*

En base a una jurisprudencia claramente orientada a utilizar la noción de “*property fraud*” para excluir la punibilidad de una serie de conductas de los funcionarios públicos, los jueces no han tenido grandes dificultades para revocar el juicio de las instancias anteriores y han decidido unánimemente que, aunque “*the evidence the jury heard no doubt shows wrong doing—deception, corruption, abuse of power*”, la falta de retribución impone concluir que “*the federal fraud statutes at issue do not criminalize all such conduct*”. Según el Tribunal, una decisión diferente habría dado lugar a una ruptura de la jurisprudencia consolidada según la cual, para evitar “*a sweeping expansion of federal criminal jurisdiction*”, los “*federal prosecutors may not use property fraud statutes to set standards of disclosure and good government for local and state officials*”.

Apenas es necesario dejar constancia de la enorme distancia que, a pesar de las inadecuadas comparaciones con los sistemas de *common law* generalmente alegadas para justificar la reescritura judicial de las normas, separa, al menos en este aspecto, el sistema italiano del estadounidense.

Al parecer, uno podría verse inducido a identificar analogías en la manera de proceder de dos jueces que no temen intervenir para corregir al legislador y reafirmar los pilares de su jurisprudencia. Sin embargo, si entramos en profundidad en las decisiones tomadas, acordaremos que las diferencias parecen inmediatas: por un lado, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos lleva más de treinta años adoptando una actitud de *self restraint* e, incluso cuando se aprovecha de sus prerrogativas constitucionales para corregir al legislador, lo hace para evitar que “radicales ampliaciones del poder judicial” rompan el principio de separación de poderes y las garantías del acusado; por otro lado, la Corte Suprema, al contrario, hace al menos treinta años que no siente la necesidad de contenerse y corrige al legislador para extender su poder de control sobre la actuación de la administración pública. No es un mero detalle señalar que lo que hace menos sostenible la posición de la Corte Suprema es la consideración de que esta, a diferencia del más prudente Tribunal Supremo estadounidense, opera dentro de un sistema de *civil law*, y carece de las funciones de constitucionalidad que desempeña el organismo judicial estadounidense.

IV. CONCLUSIONES. LA SEPARACIÓN DE PODERES, LAS DIFERENTES CARAS DEL POPULISMO PANPENALISTA Y LAS ESTRATEGIAS PARA COMBATIRLO

La diferencia que se acaba de resaltar no es en absoluto insignificante, ya que produce contradicciones constitucionales de carácter teórico irreversibles dentro del sistema construido por los jueces italianos durante las últimas décadas. En efecto, un

primer elemento de contradicción, que podríamos definir como metodológico, se refiere a la relación entre las orientaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema y la voluntad del legislador. De hecho, aun sin tomarse en serio los problemas constitucionales que podrían surgir cuando se afirma que, en un sistema constitucional, los intérpretes pueden prescindir de la voluntad del legislador, es difícil identificar una línea coherente en el método seguido para perseguir la corrupción; mientras que, en relación con los recientes escándalos de corrupción judicial, la Fiscalía General ante la Corte de Casación ha considerado que no debía abrir (siquiera) el procedimiento disciplinario, en cumplimiento de la necesidad de respetar la voluntad del legislador y garantizar el correcto funcionamiento del “silogismo judicial”²⁸. En los casos denunciados, la Corte Suprema, con relación a hechos de indudable impacto menor, se consideró libre de poder eludir la voluntad del legislador y desarrolló elegantes técnicas para ampliar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos. No hace falta adherirse a enfoques de voluntarismo jurídico para darse cuenta de la inadecuación y la insostenibilidad a largo plazo de tal orientación. Solo es necesario darse cuenta de que la jurisprudencia no logra desarrollar adecuadamente esa delicada función de racionalización del sistema que estaría llamada a desempeñar en un orden jurídico constitucional y que, en cambio, hace un uso inconsistente de las herramientas hermenéuticas a su disposición.

Un segundo elemento de contradicción, que podríamos llamar teórico-general, se refiere a la relación entre la Constitución, el juez penal y los límites que su actuación debería encontrar en un marco constitucional. De hecho, si, como se suele afirmar, la expansión incontenible del poder judicial encuentra su fundamento de legitimidad en la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del Estado de Derecho constitucional y el respeto genuino a los principios y valores de la Constitución, es imposible no señalar la paradoja de una hermenéutica jurisprudencial que, como en el presente caso, se impone al legislador en abierta violación de algunos de los principios fundamentales del constitucionalismo. Dicho de otro modo, cuando en última instancia se deduce de la Constitución la idea de neutralizar la voluntad del legislador, el juez penal no puede, so pena de contradecirse, abolir la parcial *abolitio criminis* porque, al hacerlo, altera (“salvajemente”, según su homólogo americano) el equilibrio constitucional de poderes y amplía el espacio criminal más allá de los límites impuestos por el constituyente.

28 Para un estudio más detallado sobre la llamada *Circolare Salvi* se puede consultar F. VECCHIO, *Il lato oscuro della forza: corporativismo giudiziario, stato costituzionale e costituzionalismo*, en curso de publicación.

Una tercera contradicción, que podríamos definir inspirada en el realismo jurídico, está, por último, relacionada con la relación entre la construcción jurídica y el mundo que la rodea. Si se considera –como se hace en general cuando se justifican intervenciones del poder judicial análogas a las que se han visto en las páginas anteriores– que el juez debe conciliar el ordenamiento jurídico con la realidad circundante, se hace imprescindible una confrontación abierta con las vivencias ajenas. También querer persistir en no reconocer (aunque últimamente va reconociéndose²⁹) que treinta años de intervencionismo judicial han producido populismo y, en lugar de resolver, han puesto de relieve el problema de la corrupción enraizándolo dentro del mismo mundo judicial, en el momento en que uno se da cuenta de que los sistemas tradicionalmente considerados a la vanguardia (incluso en casos en los que no puede haber ninguna duda “sobre el engaño, la corrupción y el abuso de poder”) enfocan el problema con más moderación, la coherencia con los buenos propósitos declarados hace que se abandone un enfoque que, a la luz de la experiencia comparada, muestra toda su ineficacia.

Tomando nota de que, en abierta contradicción con las presuntas aspiraciones a la “indulgencia”, los líderes del sistema judicial italiano están alineados con las posiciones populistas que caracterizan este momento histórico, solo queda por preguntarse cómo comportarse ante un juez firme en posiciones constitucionalmente indefendibles e incapaz de escuchar incluso las tímidas (e incoherentes) indicaciones de una mayoría partidaria del panpenalismo hiperpunitivo. En este sentido, se cree que una intervención dirigida a resolver un problema cuyo alcance real se subestima con frecuencia, se complica aún más por la necesidad de no comprometer el equilibrio de poderes, al caer en el opuesto exceso (e igualmente peligroso) del populismo de las instituciones representativas. Sin embargo, a partir de lo dicho a lo largo de estas páginas, parece posible, en definitiva, encontrar posibles planes para una futura intervención. En primer lugar, en base a las indicaciones de la mejor doctrina penalista y la experiencia estadounidense citada,

29 Entre otros, véase, sobre todo, G. FIANDACA, “Populismo politico e populismo giudiziario”, *Criminalia*, 2013, pp. 95 y ss.; L. FERRAJOLI, “Deontologia giudiziaria”, *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 497; A. MORELLI, “Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione”, en M. BLANCATO, G. DI ROSA, *La sovranità in Europa*, Quad. di Notabilis, 2019, p. 106; M. DONINI, “Crisi della giustizia e ruolo politico della magistratura penale. Quando si cerca il potere perché non si vuole fare il diritto”, *Questione Giustizia*, disponible en <https://www.questionegiustizia.it/articolo/crisi-della-giustizia-e-ruolo-politico-della-magistratura-penale-quando-si-cerca-il-potere-perche-non-si-vuole-fare-il-diritto> [10 de septiembre de 2021]. *Idem*, *Populismo penale e ruolo del giurista*, en curso de publicación y E. AMATI, *op. cit.*

resulta esencial una intervención simplificadora dirigida a una despenalización significativa del asunto³⁰. Al mismo tiempo, como se desprende de la experiencia comparada, sería conveniente identificar los mecanismos institucionales y las formas de responsabilidad (civil y/o administrativa) alternativos al Derecho penal administrativo y capaces de garantizar que la necesaria despenalización no se traduzca en un debilitamiento de los principios constitucionales de imparcialidad y eficacia de la administración pública. Además, en una situación en la que parece evidente la existencia de un doble rasero y la arbitrariedad de un poder judicial ansioso por juzgar a la administración pública y, al mismo tiempo, preocupado por escapar del escrutinio de la opinión pública, ya no se puede postergar en el proceso judicial el sistema institucional de los pesos y contrapesos que sirva para contener las indebidas invasiones del poder judicial y mantener un equilibrio efectivo entre los poderes. Esta labor necesaria de deflación del Derecho penal y replanteamiento conceptual del Derecho constitucional puede proteger a las instituciones judiciales de presiones indebidas, que ya han demostrado que no pueden resistir. Retrasar aún más el distanciamiento de la panpenalización y la hiperconstitucionalización puede, al contrario, exacerbar tensiones no resueltas y allanar definitivamente el camino para aquellas fuerzas que esperan la dispersión del constitucionalismo y su vocación por el pluralismo democrático.

Resumen

La necesidad de hacer frente a las graves consecuencias económicas de la emergencia pandémica ha llevado recientemente al gobierno a tomar medidas para modificar nuevamente la regulación del delito de abuso en actos oficiales. A pesar de que la idea inspiradora de la reforma sea limitar el ámbito de la responsabilidad de los administradores públicos, la jurisprudencia ha intervenido para frenar los aspectos más innovadores de la reforma. Con la intención de demostrar los límites y las contradicciones de ese enfoque y tratar de sustentar la necesidad de intervenciones encaminadas a distanciarse de

30 En este sentido, el análisis de S. ALEO, *op. cit.*, p. 226, al sostener que “de forma abstracta y general, se puede destacar la necesidad de que las cuestiones de funcionalidad, e incluso de regularidad, de la administración pública se afronten en el marco de su competencia, es decir, en materia de procedimientos y responsabilidades de carácter administrativo. Por regla general, solo los perfiles más relevantes para la administración pública y para los ciudadanos afectados por sus consecuencias se deberían afrontar en términos de proceso y responsabilidad penal”. Parecería seguir la misma dirección la reivindicación de “un derecho flexible”, *idem*, “Il modello dello Stato di diritto e l’epistemologia della complessità”, *Giustizia insieme*, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it/it/scienza-logica-diritto/1159-il-modello-dello-stato-di-diritto-e-l-epistemologia-della-complessita-di-salvatore-aleo> [10 de septiembre de 2021].

la perspectiva panpenalística e hiperconstitucionalizada, este artículo se propone analizar la jurisprudencia estadounidense en materia de delitos contra la administración pública y, asimismo, destacar los méritos de un enfoque que respete la separación de poderes y la cultura garantista.

Palabras clave

Abuso en actos oficiales; separación de poderes; populismo judicial; panpenalización, hiperconstitucionalización.

Abstract

The need to deal with the serious economic consequences of the pandemic emergency has recently led the government to take measures to modify again the regulation of the offence of abuse in official acts. Although the idea behind the reform is to limit the scope of liability of public administrators, case law has intervened to curb the most innovative aspects of the reform. With the intention of demonstrating the limits and contradictions of this approach and trying to support the need for interventions aimed at distancing itself from the pan-criminalistic and hyper-constitutionalised perspective, this article aims to analyse American jurisprudence on crimes against public administration and also to highlight the merits of an approach that respects the separation of powers and the culture of guaranty.

Keywords

Abuse in official acts; separation of powers; judicial populism; pan-penalisation; hyper-constitutionalisation.

Recibido: 13 de septiembre de 2021

Aceptado: 18 de octubre de 2021

CORTES CONSTITUCIONALES Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES: LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR Y LA ESTRATEGIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INCONDICIONAL¹

Constitutional courts and International investment law: the Constitutional Court of Ecuador and the strategy of unconditional unconstitutionality

JOSÉ GUSTAVO PRIETO MUÑOZ

*Investigador postdoctoral en el Departamento de Derecho Europeo,
Público e Internacional de la Universidad de Gante (Bélgica);
Centro de Derechos Humanos y Derechos Humanos en Contexto*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Estrategias de cortes constitucionales frente el derecho internacional de inversiones.
- III. El caso de Ecuador.
- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de julio de 2009, Ecuador notificó al Banco Mundial su denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI). Esta denuncia formó parte de una estrategia de resistencia al régimen internacional de inversiones. Por esa época, este

1. Este trabajo recoge algunas reflexiones expuestas el 10 de junio de 2021 en la cuarta sesión del ciclo de conferencias “Los Jueves Eucons”, organizado por el Proyecto Jean Monnet Eucons (Programa Erasmus+) de la Universidad de Granada, España. Mi agradecimiento en particular a Daniela Dobre y Antonio Pérez Miras.

país sudamericano también comenzó a dar por terminados sus Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) e incluso insertó una cláusula explícita (Artículo 422) en la Constitución ecuatoriana para evitar que futuros gobiernos suscriban nuevos Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que pudieran “ceder soberanía” al arbitraje internacional. Desde entonces, el caso ecuatoriano ha servido como un ejemplo de una “estrategia de salida” del régimen internacional de tratados de protección de inversión extranjera.

Una década después, el 20 de junio de 2021, el actual presidente de Ecuador revirtió la estrategia y se reincorporó a la convención del CIADI. Días más tarde, la Corte Constitucional ecuatoriana confirmó la decisión del Presidente, dictaminando que la ratificación del Convenio del CIADI no requería aprobación de la Asamblea Nacional ni dictamen previo y vinculante de constitucionalidad. Sin embargo, Ecuador no puede firmar nuevos AII hasta que la Corte Constitucional ecuatoriana resuelva sobre un segundo caso: una solicitud pendiente de interpretación del artículo 422 de la Constitución. En definitiva, el Ecuador se encuentra en una zona gris donde no está ni completamente dentro ni fuera del régimen y queda en manos de la Corte Constitucional decidir los parámetros sobre los que tendrá que elaborarse la nueva generación de tratados de inversión de este país.

Este caso ejemplifica la forma como en la actualidad, las Cortes Constitucionales al rededor del mundo se están convirtiendo en actores que pueden incidir directamente en los textos de nuevos tratados de inversión. Esto es parte de un fenómeno general donde las Cortes Constitucionales se han convertido en una “fuerza institucional”² para la protección de la institucionalidad [“*rule of law*”] internacional, siendo cada vez menos permisivas³ con las actuaciones de otras funciones del estado⁴, como el ejecutivo y el legislativo, que tradicionalmente manejaban las relaciones internacionales de los Estados⁵. El rol actual de

2 A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 1.

3 A. ROBERTS, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60(1), 2011, 57-92. <https://doi.org/10.1017/S0020589310000679>.

4 E. BENVENISTI, “Comments on the Systemic Vision of National Courts as part of an International Rule of Law”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol. 4 (1), 2012, 42-49. <https://doi.org/10.1093/jrls/4.1.42>.

5 J.G. PRIETO MUÑOZ, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”, en S.W. SCHILL, C.J. TAMS

las cortes ha generado dos cambios. El primero es que el derecho constitucional y su lenguaje⁶ empiezan a ser determinantes en áreas que hace pocos años eran consideradas muy técnicas como la regulación de la inversión extranjera directa. El segundo cambio es que el debate social que antes ocurría en otros espacios como la función legislativa, se ha trasladado a las puertas de las Cortes. En casos sobre tratados de inversión de un alto perfil es común en la actualidad que fragmentos de la sociedad civil, como las ONG o las agrupaciones de industrias sigan estos procesos legales y participen con la presentación de argumentos mediante “*amicus*”.

El caso ecuatoriano es representativo de este fenómeno y en general permite estudiar en detalle las relaciones entre el derecho constitucional interno y el régimen internacional de inversiones por tres motivos: (a) Ecuador es el único país que ha adoptado una estrategia de salida y ruptura total con el régimen internacional de inversiones y que trata de reintegrarse al mismo. (b) La estrategia de salida inicial de Ecuador se basa en el uso expreso del derecho constitucional como herramienta para prevenir la suscripción de nuevos tratados. No existe otro caso conocido, donde un Estado haya insertado una cláusula explícita en su constitución para definir la relación con el derecho internacional de inversiones. (c) El caso ecuatoriano implica que la definición de la relación entre el ordenamiento doméstico del Estado y el derecho internacional de inversiones ha sido determinada mediante la jurisprudencia de su Corte Constitucional.

El presente texto analiza el caso ecuatoriano para dilucidar el rol que una corte constitucional puede tener como actor dentro del derecho internacional de inversiones y se estructura de la siguiente forma. En la segunda sección ofrece una breve explicación conceptual sobre las estrategias de relacionamiento entre cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones. En la tercera sección presenta el rol concreto de la Corte Constitucional Ecuatoriana en las diferentes fases de salida del régimen y en el reingreso. En la última parte, sección 4, se expresan algunas conclusiones y perspectivas del futuro del derecho internacional de inversiones en Ecuador.

& R. HOFMANN (eds.), *International Investment Law and Constitutional Law*, Elgar, 2022 (en prensa).

⁶ S.W. SCHILL, “Editorial: The Constitutional Frontiers of International Economic Law”, *JWIT*, 18(1), 2017.

II. ESTRATEGIAS DE CORTES CONSTITUCIONALES FRENTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Existen tres tipos de estrategias que las cortes constitucionales han tomado frente al derecho internacional de inversiones⁷: Constitucionalidad incondicional, Inconstitucionalidad incondicional, y Coexistencia condicionada.

1. Constitucionalidad incondicional

Esta estrategia parte de una posición de convergencia entre el derecho internacional y la constitución doméstica. En el campo de derechos humanos existen muchos ejemplos de una convergencia expresa, donde los textos de las constituciones o las cortes incorporan estándares de derecho internacional en derecho doméstico. Sin embargo, este alineamiento puede producirse tácitamente, como justamente sucedió por mucho tiempo, en el derecho internacional de inversiones. En este caso, no existe una declaración expresa de una Corte sobre la necesidad de convergencia entre los estándares de protección contenidos en los AII y el derecho doméstico, pero si en la aprobación incondicional de su texto por parte de una corte o tribunal de un Estado.

Un ejemplo de alineamiento incondicional se puede encontrar en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. En algunas de sus sentencias a finales de los años noventa, la Sala Constitucional efectuó un control previo a la aprobación de los AII. En algunos casos, como en la sentencia de 1999 del TBI Costa Rica-España, la Sala aprueba en su totalidad el texto del tratado alineándose tácitamente con el derecho internacional de inversiones. Sin embargo, en otros casos, especialmente en la Resolución N0. 01207 – 1999, sobre el TBI Canadá-Costa Rica, la Sala razona un alineamiento expreso de la siguiente manera:

“[P]uede esta Sala apreciar que el convenio consultado [TBI Canadá – Costa Rica], en cuanto a sus normas sustantivas, no hace sino sistematizar diversos aspectos regulados en forma difusa en el ordenamiento jurídico costarricense. No introduce el convenio ninguna innovación de importancia en el ordenamiento vigente, e incluso declina de su normatividad *supra* legal al disponer que las reglas que establece deberán ser aplicadas dentro

7 Explicadas con mayor detalle estas estrategias en: J.G. PRIETO MUÑOZ, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”, *op. cit.*

del marco de la normativa nacional aplicable, sin que la puesta en vigor del convenio signifique sustitución alguna, sino que impone simple relación de subsidiariedad: de no existir normas referentes a los aspectos regulados por el convenio, este será puesto en práctica; de existir, prevalecerá la normativa interna. En lo referente a las normas de remisión a las formas de solución de controversias del Derecho Internacional, ellas no introducen ninguna novedad efectiva en el régimen de resolución de dichas disputas en el Sistema Internacional, sin que pueda esta Sala tampoco constatar que las competencias constitucionales propias del Poder Judicial estén de alguna forma siendo vulneradas”⁸.

2. Inconstitucionalidad incondicional

Esta puede ser definida como el uso de la opción argumentativa más drástica que una corte posee: La reivindicación de la supremacía del texto constitucional sobre el derecho internacional. El efecto inmediato de una reivindicación de supremacía es poner fin a un proceso de negociación con un tercer Estado o en caso de que el tratado ya esté en vigencia, implica iniciar el proceso diplomático para denunciarlo. Esta opción representa la visión de una Corte donde no existe espacio para coexistencia entre ordenamientos jurídicos, la Constitución es la máxima expresión del carácter nacional de una nación y es la ley suprema del territorio⁹.

Un ejemplo del uso de la inconstitucionalidad incondicional es el caso de la Corte Constitucional Colombiana en los años noventa. En el año de 1996 la Corte Constitucional Colombiana fue llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad del texto del TBI entre el Reino Unido y Colombia. En este texto, la Corte encontró una tensión entre los artículos 58 (expropiación por equidad) y 13 (principio de igualdad) de la Constitución con el artículo 6 del Tratado de inversiones (standard de no expropiación sin previo pago de indemnización).

Por una parte, el TBI Reino Unido-Colombia contenía en su artículo 6 un estándar de protección frente a expropiaciones sin el pago previo de indemnización. El texto del Artículo 6 TBI era el siguiente:

8 Resolución No. 01307-1999, 23 de febrero de 1999, Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica. Apartado VI.

9 Ver J.G. PRIETO MUÑOZ, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”, *op. cit.*

“Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra Parte Contratante, a:

[...] cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realice de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionados con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva”.

Por otra parte, el artículo 58 de la Constitución Colombiana contenía un párrafo donde se establecía un tipo de expropiación, donde por motivos de equidad, el legislador podía ordenar una expropiación sin pago de una indemnización. El texto era el siguiente:

“Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”¹⁰.

Esto a criterio de la Corte significaba claramente que el TBI impedía al legislador colombiano decidir un tipo de expropiación que la Constitución expresamente autorizaba, por lo que debía declararse inconstitucional. La Corte, concluyó que de permitirse la entrada en vigencia del artículo 6 del TBI, también existía una transgresión del artículo 13 de la Constitución. Dicho artículo establece el postulado de igualdad entre todas las personas que recibirán el mismo trato sin discriminación del ‘origen nacional’. En caso de una medida de expropiación por equidad –razonó la Corte– los ciudadanos británicos recibirían un trato más favorable que los colombianos o que otros nacionales que no podrían acceder al pago de una indemnización¹¹. Como conclusión, la Corte Colombiana resolvió que el artículo 6 era inconstitucional [inexequible].

En 1999, solo tres años después de la sentencia de la Corte mediante acto legislativo¹² el texto de la Constitución Colombiana fue modificado eliminando la

10 Texto original del artículo 58 Constitución de Colombia, 1991.

11 *Ibid.* para 2.

12 Acto Legislativo 01 de 1999 por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución de Colombia, disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4132#1>.

posibilidad de una expropiación sin el pago de una indemnización previa. En otras palabras, si lo que preocupaba a la Corte era precautelar la supremacía de la Constitución Colombiana sobre un tratado de inversiones, el resultado final fue lo opuesto: la Constitución Colombiana tuvo que ser reformada para poder adaptarse a un solo artículo de un TBI.

3. Constitucionalidad condicionada

Una tercera estrategia es la constitucionalidad condicionada, donde una corte crea condiciones para que un tratado de inversiones sea declarado constitucional o compatible con el régimen legal doméstico. En este sentido, una corte reconoce un potencial conflicto normativo entre el derecho interno y el derecho internacional, pero en la misma sentencia provee una salida inmediata: el cumplimiento de una condición, que puede ejecutarse como nota interpretativa de un tratado de inversiones por las partes contratantes¹³. De esta forma, se puede evitar que meses o incluso años de negociaciones de un tratado se pierdan por completo, lo cual sucedería en el caso de que un tratado se declarase inconstitucional completamente. Al mismo tiempo, al establecer condiciones para el recibimiento del tratado en el ordenamiento doméstico, una corte puede influir en el desarrollo del derecho internacional de inversiones.

Dentro de la estrategia de constitucionalidad condicionada es posible diferenciar dos tipos de condiciones: consustancialidad y de autonomía. Las dos permiten la coexistencia entre el derecho internacional y el nacional, pero las primeras buscan asegurarse de que las normas sustantivas del tratado de inversiones sean compatibles con el ordenamiento interno, mientras que las segundas buscan resguardar para la corte la supremacía sobre la interpretación del texto constitucional.

En primer lugar, las condiciones consustanciales son aquellas donde una Corte establece que una norma de un tratado de inversiones contiene la misma substancia que una norma constitucional. Sin embargo, con el fin de que sea posible la compatibilidad entre el ordenamiento jurídico nacional e internacional es necesario que se limite la interpretación de la norma internacional aquella donde sea equivalente con la norma constitucional. Es decir, que la condición de consustancialidad es que las partes de un tratado clarifiquen la interpretación de una norma para que

13 Ver J.G. PRIETO MUÑOZ, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”, *op. cit.*

se ajuste lo más posible a la norma nacional. Antonios Tzanakopoulos utilizó el vocablo de “normas consubstanciales” por primera vez en el derecho internacional para describir normas del derecho doméstico “profundamente internacionalizadas” al punto que su substancia es “verdaderamente reflectiva”¹⁴ a normas de derecho internacional público. Este concepto puede resultar particularmente útil en el derecho internacional de inversiones para permitir la coexistencia de tratados internacionales junto con la constitución.

En segundo lugar, las condiciones que se impongan para la entrada en vigor de un tratado de inversiones pueden ser de autonomía. En el año 2019, el Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió su Dictamen 1/17¹⁵, sobre la compatibilidad del Acuerdo CETA (2016)¹⁶ con el derecho comunitario europeo ante la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica. En especial, el TJUE debía pronunciarse sobre si el Tribunal creado para la solución de controversias en el artículo 8.27 (Tribunal del CETA) y un tribunal de apelación creado en el artículo 8.28 (tribunal de Apelación) del CETA eran o no compatibles con el ordenamiento jurídico de la Unión¹⁷.

El TJUE, decidió en principio que sí, pero bajo la condición que se respete a la autonomía del sistema jurídico europeo. La condición se expresó de la siguiente manera:

“en consecuencia, el CETA, en la medida en que prevé, [...] una judicialización de la solución de diferencias entre inversores y estados mediante la creación de un tribunal y de un tribunal de apelación del CETA y, a largo plazo, de un tribunal multilateral sobre inversiones, solo puede ser compatible con el derecho de la unión si no vulnera la autonomía del ordenamiento jurídico de la unión”¹⁸.

Durante la evolución del derecho europeo como ordenamiento jurídico distinto al derecho internacional, el TJUE siempre ha tenido un especial cuidado de

14 A. TZANAKOPOULOS, “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, *Loy. L.A. Intl & Comp. L. Rev.*, 34, 2011.

15 Dictamen 1/17, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

16 Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, y la Unión Europea y sus Estados miembros, suscrito el 30 de octubre de 2016.

17 Ver el análisis de C. TITI, “Opinion 1/17 and the Future of Investment Dispute Settlement: Implications for the Design of a Multilateral Investment Court”, en L. SACHS & L. JOHNSON (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019* (OUP) (próxima publicación).

18 Dictamen 1/17, (2019) apartado 108, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

resaltar las condiciones de autonomía del derecho comunitario frente a las cortes constitucionales de los Estados miembros de la UE. Esto porque en la autonomía del ordenamiento radica su autoridad como intérprete supremo del mismo. En el fondo, condiciones de autonomía tienen como finalidad principal resguardar la aplicación uniforme de un sistema normativo, lo cual, sin lugar a duda, permite el desarrollo de seguridad jurídica. Adicionalmente, las condiciones de autonomía también cumplen la función de resguardar la autoridad del TJUE sobre el sistema como máximo y único intérprete.

En todo caso, la estrategia de constitucionalidad condicionada no excluye conceptualmente la posibilidad que los dos tipos de condiciones puedan ser usadas simultáneamente, es decir que una corte establezca condiciones de consustancialidad y también de autonomía. Sin embargo, no existe un caso conocido donde una corte constitucional haya utilizado estos dos tipos de condiciones simultáneamente.

III. EL CASO DE ECUADOR

1. La salida del régimen de derecho internacional de inversiones en 2008

La salida de Ecuador del régimen de tratados de inversión se inició en el año 2008 y consistió en tres acciones: la inserción de una cláusula explícita en la nueva constitución para evitar el “ceder la soberanía” al arbitraje internacional; denuncia del convenio del CIADI; y, terminación de todos los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) existentes.

Cláusula constitucional explícita. En el 2008, una asamblea constituyente redactó la vigésima Constitución ecuatoriana que contenía el artículo 422, donde se insertó el siguiente texto:

“Art. 422. No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

El texto del artículo 422 genera dos problemas legales: Primero, el Artículo 422 no usó la palabra “inversión” en su prohibición, dejando poco claro si las cláusulas ISDS contenidas en los tratados de inversión para disputas no contractuales de tratados (por ejemplo, estándares de trato), estaban cubiertas por la prohibición; es decir, existía la necesidad que la Corte Constitucional determine si las expresiones “naturaleza comercial” también se aplicaban a las controversias sobre inversiones basadas en tratados. En segundo lugar, no es claro en el texto constitucional el destino de

los tratados de inversión vigentes frente a la nueva constitución en el año 2008. En este sentido era necesario determinar si los tratados de inversión debían terminarse de inmediato o si podían concluir siguiendo el curso establecido por los Estados contratantes en cada caso.

Denuncia del Convenio CIADI. El 6 de julio de 2009, el Ecuador notificó al Banco Mundial su denuncia de conformidad con el Artículo 71 del Convenio CIADI, denuncia que entró en vigencia el 7 de enero de 2010.

Terminación de todos los TBI existentes. El Presidente del Ecuador en 2010 solicitó a la Corte Constitucional que revisara y declarara inconstitucionales diecisiete TBI que permanecían vigentes en ese momento. En diecisiete sentencias diferentes, dictadas entre 2010 y 2014, la Corte Constitucional ecuatoriana decidió que las cláusulas del ISDS estaban cubiertas por la prohibición del artículo 422 y concluyó que todos y cada uno de los TBI debían ser rescindidos. Sin embargo, cada sentencia, a menudo dictada por salas de la Corte de composición diferente, proporcionó diferentes razones para llegar a la misma conclusión¹⁹. Además, la Corte Constitucional no proporcionó un argumento claro de por qué consideró que las controversias basadas en tratados de inversión deben considerarse controversias de “naturaleza comercial” en el sentido del artículo 422.

2. Inconstitucionalidad incondicional. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana 2010-2014

El caso ecuatoriano es sin duda una de las mejores representaciones del escenario de inconstitucionalidad incondicional por una corte, como estrategia para resistir al derecho internacional de inversiones. Conforme a lo manifestado en la sección anterior, lo particular del caso ecuatoriano es que la Corte Ecuatoriana tuvo que decidir no sobre un nuevo TBI, sino sobre la compatibilidad de una nueva Constitución con todos los TBI ya ratificados por el Estado. Como resultado en el periodo de 2010-2014, la recientemente formada Corte Constitucional Ecuatoriana, establecida en base a la Constitución de 2008 emitió diecisiete sentencias²⁰ donde se llega a la misma conclusión: El Ecuador debía terminar,

19 J.G. PRIETO MUÑOZ, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”, *op. cit.*

20 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm 023-10-DTI-CC (2010) [Alemania-Ecuador]; Sentencia Núm 0003-13-DTI-CC (2013) [Argentina-Ecuador]; Sentencia Núm 0001-14-DTI-CC (2014) [Bolivia-Ecuador]; Sentencia Núm 035-10-DTI-CC (2010) [Canadá-Ecuador]; Sentencia Núm 038-10-DTI-CC (2010) [Chile-Ecuador]; Sentencia Núm 027-10-DTI-CC (2010) [China-Ecuador].

mediante procedimiento de denuncia, todos los diecisiete tratados vigentes. Sin embargo, y de forma curiosa, las diecisiete sentencias justificaron sus decisiones de diferente manera.

Adicionalmente, en este grupo de sentencias y a pesar de diferentes reflexiones hechas sobre la conveniencia para el Ecuador de firmar o no los TBI, en los diferentes fallos no se da una respuesta argumentada al principal problema jurídico del artículo 422, esto es, establecer si las controversias internacionales sobre inversiones podrían entenderse como “de índole comercial”. Por ejemplo, en el Dictamen de la Corte Constitucional sobre el TBI entre Ecuador y el Reino Unido, se hace un análisis sobre la falta de reciprocidad en los tratados que habían sido suscritos por Ecuador hasta esa fecha:

“Cabe preguntarnos hasta qué punto estos TBI han sido recíprocos, qué beneficios han obtenido nuestros inversionistas en el Reino Unido de Gran Bretaña, o el marco jurídico ha posibilitado que únicamente los beneficios estén direccionados para los inversionistas extranjeros; diríase que prácticamente los TBI han sido de adhesión. Nuestro país no ha discutido ni ha puesto sus criterios, solo los ha suscrito sin beneficio de inventario. Habría que remarcar que este tipo de convenios deben dejar réditos y contribuir al logro de un desarrollo sustentable en los países en vías de desarrollo [...]”.

En lo fundamental, a través de estos instrumentos, el Estado ecuatoriano ha cedido el fuero o jurisdicción de los jueces nacionales para tratar desavenencias o conflictos, a instancias internacionales. Se ha aducido que nuestro sistema jurídico no es confiable ni idóneo, que es lento e inmoral, y se ha sostenido que el arbitraje externo es el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos o diferencias. La Constitución de la República establece actualmente parámetros bien definidos respecto a esta temática²¹.

Sin embargo, en este análisis la Corte realiza un balance sobre la conveniencia de los tratados de inversión, que no le correspondía. Es decir, esta es una evaluación

dor]; Sentencia Núm 010-13-DTI-CC (2013) [España-Ecuador]; Sentencia Núm 043-10-DTI-CC (2010) [USA-Ecuador]; Sentencia Núm 026-10-DTI-CC (2010) [Finlandia-Ecuador]; Sentencia Núm 031-10-DTI-CC (2010) [Francia-Ecuador]; Sentencia Núm 022-13-DTI-CC (2013) [Italia-Ecuador]; Sentencia Núm 030-10-DTI-CC (2010) [Países Bajos-Ecuador]; Sentencia Núm 032-13-DTI-CC (2013) [Perú-Ecuador]; Sentencia Núm 020-10-DTI-CC (2010) [Gran Bretaña-Ecuador]; Sentencia Núm 029-10-DTI-CC (2010) [Suecia-Ecuador]; Sentencia Núm 040-10-DTI-CC (2010) [Suiza-Ecuador]; Sentencia Núm 041-10-DTI-CC (2010) [Venezuela-Ecuador].

21 Sentencia Núm 020-10-DTI-CC (2010) [Gran Bretaña-Ecuador], 24-25.

que podía esperarse del ejecutivo quien es el llamado a tomar las decisiones pertinentes en cuanto a la política exterior del Estado. La Corte ecuatoriana tenía que centrarse en la interpretación del artículo 422 que era el objeto del proceso.

Un elemento adicional que no tomó en cuenta la Corte ecuatoriana en ninguna de sus sentencias fue el tiempo que necesitaría para que efectivamente los tratados de inversión sean terminados y sus obligaciones se extingan para el Estado ecuatoriano. En este período, el Ecuador ha sido demandando nuevamente ante tribunales arbitrales, y la Constitución ecuatoriana en alguno de estos casos ha sido la ley aplicada a dichas disputas. Esto significa que los tribunales arbitrales, a los cuales la Corte Ecuatoriana estaba preocupada de ceder jurisdicción, no solo que han seguido funcionando, sino que se han convertido en los intérpretes de la Constitución Ecuatoriana.

Los casos más evidentes en este sentido son las reconvencciones o contrademandas hechas por el propio Estado ecuatoriano en los procesos arbitrales seguidos por Burlington²² y Perenco²³. El Estado ecuatoriano basó parte de sus contrademandas a los inversionistas en un el régimen de responsabilidad objetiva en materia ambiental contenido en el artículo 396 de la Constitución Ecuatoriana. Los Tribunales de Perenco²⁴ y Burlington²⁵ decidieron en fallos diversos, que el artículo 396 de la Constitución contenía un régimen de responsabilidad objetiva ambiental que no era aplicable retroactivamente antes de la vigencia de la Constitución en 2008. Independientemente de que esta conclusión era la apropiada, la pregunta en este caso es si esta determinación no le correspondía hacerla a la propia Corte, a quien el mismo texto constitucional la designa como el intérprete supremo del mismo²⁶.

Si la Corte ecuatoriana hubiera tomado en cuenta el tiempo que tomaría en implementar una decisión de terminación, hubiera tal vez considerado otras opciones en su decisión. Una de estas era concluir que las expresiones “controversias contractuales” o “de índole comercial” no incluían las disputas extracontractuales derivadas de inversión extranjera directa.

22 Burlington Resources Inc v Ecuador, ICSID Case No ARB/08/5, Laudo (7 de febrero del 2017).

23 Perenco Ecuador Ltd v Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6, Laudo (27 de septiembre del 2019).

24 Perenco Ecuador Ltd v Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6.

25 Burlington Resources Inc v Ecuador, ICSID Case No ARB/08/5.

26 Se realiza un análisis en detalle de estos casos J.G. PRIETO MUÑOZ, “Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence”, *op. cit.*

Sin embargo, aun si los jueces ecuatorianos, pensaban legítimamente que la prohibición del artículo 422 incluye efectivamente a todas las disputas de inversión extranjera, contractuales y no contractuales, también disponían de otras opciones para su decisión²⁷. Una de estas era determinar que los tratados fueron celebrados por las contrapartes ecuatorianas en buena fe, y que por esto era posible permitir la coexistencia de estas normas con la nueva constitución hasta que el plazo original de cada uno de los tratados finalice. Esta opción más flexible hubiera abierto las puertas a la Corte para establecer una estrategia de constitucionalidad condicionada donde se establezcan condiciones ya sea de consustancialidad o de autonomía que en cualquier caso tenían que ser observadas en caso de que el Estado Ecuatoriano y los Estados contratantes hubieran deseado renovar los tratados.

3. El regreso de Ecuador al régimen de derecho internacional de inversiones

En 2018, luego de la terminación oficial de los TBI de Ecuador, un nuevo gobierno y poder legislativo comenzó a explorar cómo reintegrar a Ecuador al régimen de derecho internacional de inversiones, ya sea modificando el artículo 422 de la Constitución o encontrando algún matiz en su interpretación que le permitiera al Estado sudamericano suscribir acuerdos internacionales de inversión.

Este giro de 180 grados se puede explicar en parte por dos acontecimientos. Primero, hubo un flujo reducido de inversiones que ingresaron a Ecuador durante el período de desvinculación del régimen (2006 a 2017). Durante la década anterior en comparación incluso con otras economías más pequeñas de la región, según datos publicados por la UNCTAD²⁸, la inversión extranjera directa (IED) que llegó a Ecuador representó solo el 0,5% de la inversión total en América del Sur. Esta fue también una cantidad considerablemente menor que la de sus dos vecinos, Perú y Colombia, cuyas economías superaron ampliamente a la de Ecuador durante este período. Si bien esta reducción de las entradas de IED podría haber estado influen-

27 J.G. PRIETO MUÑOZ, "Constitutional Courts and International Investment Law in Latin America: Between Escalation and Conditional Coexistence", *op. cit.*

28 UNCTAD, *World Investment Report 2012* (United Nations, 2012). https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012_embargoed_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2014* (United Nations, 2014) https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2017* (United Nations, 2017) https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2016* (United Nations, 2016) https://unctad.org/system/files/official-document/wir2016_en.pdf; UNCTAD, *World Investment Report 2013* (United Nations, 2013) https://unctad.org/system/files/official-document/wir2013_en.pdf.

ciada por muchos factores, los dos últimos presidentes ecuatorianos²⁹ percibieron que la reincorporación al régimen de derecho internacional era una medida para ayudar a revertir esta tendencia negativa.

En segundo lugar, los jueces constitucionales, que redactaron las 17 sentencias en el período 2010 a 2014, fueron destituidos en 2018 luego de que un proceso político interno en Ecuador terminara sus mandatos. Dado que los nuevos jueces han asumido sus funciones, es posible que la Corte redefina su enfoque del artículo 422 de la Constitución, especialmente considerando que los jueces anteriores no proporcionaron razones para considerar las expresiones ‘controversias sobre contratos’ y ‘naturaleza comercial’ en la constitución sea lo mismo que las disputas de inversión no contractuales o basadas en tratados.

En 2018, el Presidente de la Asamblea Nacional Ecuatoriana presentó una solicitud de interpretación del artículo 422 a la Corte Constitucional. Esta solicitud fue precisamente para aclarar si las palabras “naturaleza comercial” y “controversias que involucran contratos” en el artículo 422 abarcan controversias que involucran controversias sobre inversiones no contractuales. En 2019, los nuevos Magistrados aceptaron esta solicitud de interpretación, pero aún se encuentra pendiente una sentencia.

En este contexto, Ecuador suscribió nuevamente el Convenio del CIADI el 20 de junio del 2021. Este constituye el primer paso concreto para retornar al régimen. Además, la Corte Constitucional Ecuatoriana decidió que esta adhesión se enmarca en los tratados que el Presidente podría firmar y ratificar sin la aprobación de la Asamblea Nacional. La Corte en su Dictamen No. 5-21-TI/21, determinó que el CIADI como tal no confiere por sí mismo competencias inherentes al ordenamiento jurídico interno a un organismo internacional según lo establece la Constitución razonando de la siguiente manera:

“ [...] el Convenio no obliga a que los Estados signatarios o miembros se sometan a arbitrajes o conciliaciones ante el CIADI por las diferencias mencionadas en el artículo 25 del Convenio, por lo que su sola aprobación o ratificación no atribuye competencia al CIADI ni a los árbitros o conciliadores de dicho Centro para conocer diferencias relativas a inversiones; y en dicha medida no es posible afirmar que se está ‘atribuyendo’ alguna competencia”³⁰.

29 Presidencia de la República del Ecuador. “Luego de 24 años llega un Presidente ecuatoriano a Países Bajos”. <https://www.presidencia.gob.ec/luego-de-24-anos-llega-un-presidente-ecuatoriano-a-paises-bajos/>; NBC News Latino “Ecuador’s Lasso pledges deficit cuts, new oil deals after election win”, <https://www.nbc-news.com/news/latino/ecuadors-guillermo-lasso-pledges-deficit-cuts-new-oil-deals-election-w-rcna666>.

30 Par 32, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30 Junio de 2021, Corte Constitucional Ecuatoriana.

Sin embargo, en esta decisión que versa únicamente sobre la constitucionalidad del Convenio CIADI, la Corte aún no se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 422, que aún está pendiente.

IV. CONCLUSIÓN

Ecuador se encuentra en una zona gris con respecto al régimen de AII por tres razones. Primera, el Presidente no puede firmar nuevos AII hasta que la Corte emita su sentencia sobre la interpretación del artículo 422. Si la Corte decide que el artículo 422 no cubre las controversias no contractuales basadas en tratados, Ecuador podrá firmar nuevamente AII. Si la Corte decide lo contrario, el presidente de Ecuador deberá impulsar una enmienda a la Constitución. En segundo lugar, Ecuador, como antes, sigue estando sujeto a reclamaciones de arbitraje de inversión ya que sus obligaciones de TBI están activas debido a las cláusulas de extinción contenidas en los antiguos TBI. En tercer lugar, Ecuador también podría estar sujeto a arbitraje de inversión si alguna autoridad dentro del poder ejecutivo firma nuevas cláusulas de arbitraje, a pesar de que la intención del artículo 422 aún no ha sido aclarada por la Corte Constitucional. Si bien este escenario altamente improbable, pero aún posible, sería ilegal bajo la ley ecuatoriana, Ecuador aún podría necesitar argumentar frente a un Tribunal de Arbitraje Internacional que el consentimiento en realidad no fue otorgado dentro del contexto del Artículo 25 (1) del CIADI.

En este sentido, queda en manos de la Corte establecer qué estrategia puede emplear en esta última parte de la saga ecuatoriana sobre el derecho internacional de inversiones. Sin embargo, una diferencia importante con las primeras decisiones en el año 2010 es que la Corte Ecuatoriana tiene un mayor panorama de las opciones metodológicas que pueden ser usadas.

En primer lugar, la constitucionalidad incondicional, una postura de convergencia total entre el derecho internacional y la constitución nacional, puede ser una opción que implica un riesgo de otorgar eventualmente un nivel considerable de autoridad pública a un tribunal arbitral, para que este revise las actuaciones de funciones del Estado estrictamente desde una lógica económica. Una segunda opción es el uso de la inconstitucionalidad incondicional. Esta postura se coloca en el polo opuesto. Es decir, reivindicar la supremacía del derecho nacional para impedir que un AII entre en vigencia, repitiendo la misma lógica de los fallos ecuatorianos del periodo 2010-2014. Finalmente, una tercera estrategia que podría adoptar la Corte Ecuatoriana es la de constitucionalidad condicionada. Este camino que representa un punto medio entre las otras posturas consiste en la creación de condiciones para

que un tratado de inversiones sea declarado constitucional o compatible con el derecho interno y le permitiría a la Corte Constitucional Ecuatoriana tener una mayor influencia sobre un tratado específico, pero también sobre tratados futuros.

Resumen

Las Cortes Constitucionales al rededor del mundo se están convirtiendo en actores que pueden incidir directamente en los textos de nuevos tratados de inversión. Esto es parte de un fenómeno general donde las Cortes Constitucionales se han convertido en una fuerza institucional para la protección de la institucionalidad internacional. Las decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador, el único país que ha adoptado una estrategia de salida con el régimen tratados de inversiones y que trata de reintegrarse al mismo, son muy ilustrativas de cómo la adjudicación constitucional tiene un impacto en el derecho internacional de inversiones. El presente texto analiza el rol que una corte constitucional puede tener como actor dentro del derecho internacional de inversiones. En primer lugar, se ofrecen varias reflexiones conceptuales sobre las estrategias de relacionamiento entre cortes constitucionales y el derecho internacional de inversiones. Las siguientes secciones exponen el rol concreto de la Corte Constitucional Ecuatoriana en las diferentes fases de salida y posterior retorno al régimen de tratados de inversión.

Palabras clave

Cortes Constitucionales; Derecho internacional de inversiones; Legitimidad.

Abstract

Constitutional courts worldwide are becoming actors that can directly influence the texts of new investment treaties. This is part of a general phenomenon where the Constitutional Courts have become an institutional force to protect the international rule of law. The decisions of the Constitutional Court of Ecuador, the only country that has adopted an exit strategy with the investment treaty regime and that is trying to reintegrate into it, are very illustrative of how constitutional adjudication has an impact on international investment law. This text analyzes the role that a constitutional court can have as an actor within international investment law. In the first place, several conceptual reflections are offered on the relationship strategies between constitutional courts and international investment law. The following sections expose the specific role of the Ecuadorian Constitutional Court in the different phases of exit and subsequent return to the investment treaty regime.

Keywords

Constitutional Courts; International Investment Law; Legitimacy.

Recibido: 29 de septiembre de 2021

Aceptado: 23 de noviembre de 2021

**LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA FRENTE
AL EXPANSIONISMO PENAL. LA ENCRUCIJADA
ENTRE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO
Y EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**
**Freedom of artistic creation against criminal
expansionism. The crossroads between advocating
terrorism and the proportionality test**

DAVID MARTÍN-HERRERA¹

*Investigador Postdoctoral. Universidad
Nacional de Educación a Distancia*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. España ante la tragedia del terrorismo. Una historia sangrienta que marca el margen de apreciación del delito.
- III. ¿Es posible incitar a la violencia y al terrorismo por medio del arte y la música? Un enfoque crítico a la persecución penal del disenso de los artistas molestos.
- IV. El deseado test de ponderación entre libertad de expresión y enaltecimiento del terrorismo. De la STS 4/2017 a la STC 35/2020.
- V. Conclusiones.

“... conviene otorgar al demonio carta de naturaleza y de ciudadanía, obligarle a vivir dentro de la ley, prescribirle deberes a cambio de concederle sus derechos, sobre todo el específicamente demoníaco: el derecho a la emisión del pensamiento. Que como tal Demonio nos hable, que ponga cátedra, señores. No os asustéis. El Demonio, a última hora, no tiene razón; pero tiene razones. Hay que escucharlas todas”.

Machado Ruiz

1 El autor agradece a los pares ciegos por sus comentarios, críticas y sugerencias para dotar de mayor rigor el presente artículo. Cualquier comentario sobre el contenido del texto será bien recibido por el autor. David Martín Herrera es profesor contratado doctor (acreditado desde 2017) especializado en el área de derecho constitucional y actualmente adscrito al Departamento de Servicios Sociales y Fundamentos Histórico-Jurídicos de la UNED.

I. INTRODUCCIÓN

La difusión de mensajes subversivos siempre han sido objeto de conmoción pública. No queda tan lejos aquella etapa en la que los medios de comunicación divulgaban mensajes televisivos en los que encapuchados de la banda ETA amenazaban con la perpetración de nuevos actos de terror.

Desde el punto de vista social, ni el gobierno, ni los medios de comunicación –que cumplían su labor de divulgación de contenidos de interés general– y por supuesto tampoco el amplío público, aceptaron aquel chantaje; al tiempo que los criminales socavaban, por sí solos, sus propias pretensiones². Aunque quizá la legislación penal llegó, en algunos aspectos, demasiado lejos.

El pasado 11 de marzo de 2021, la comisaria para los derechos humanos del Consejo de Europa, Dunja Mijatović, envió un comunicado al Gobierno español –por medio del Ministro de Justicia– invitándole a realizar ajustes en el Código penal en relación con los tipos penales de enaltecimiento y justificación del terrorismo (artículo 578 CP), injurias a la Corona (artículos 490 y 491 CP) y a la interpretación restrictiva del *hate speech*.

En su misiva, titulada *Spanish authorities should amend the Criminal Code to strengthen existing safeguards of the right to freedom of expresión*, la Comisaria mostraba su consternación ante el impacto negativo y *chilling effect* sobre el ejercicio de la libertad de expresión, a tenor de las numerosas sentencias contra artistas y usuarios de las redes sociales relacionadas con la apología del terrorismo, el discurso de odio y las injurias a las instituciones, sin la constatación de la existencia de un peligro real e inminente derivado de las expresiones³.

¿Obedecía la misiva a una problemática legal de especial gravedad para la sociedad española? Si bien la letra empleada por la comisaria en su comunicado pudo ser comprendida por algunos estamentos políticos y judiciales como invasiva, al procurar fomentar el cambio de los asuntos legislativos y judiciales internos sin considerar las particularidades de la sociedad española

2 “Just because terrorists are successful in using the media to communicate their messages does not mean that the public accepts their arguments, and/or will turn around and either support the terrorists”. Véase J. I. ROSS, “Deconstructing the terrorism–news media relationship”, *Crime Media Culture*, SAGE Publications, Los Angeles, vol. 3, núm. 2, 2007, p. 220.

3 “I note in particular that some Spanish court decisions have failed to adequately determine whether the glorification of terrorism really entailed the risk of a real, concrete and imminent danger”. Véase <https://rm.coe.int/letter-to-mr-mr-juan-carlos-campo-minister-of-justice-of-spain-by-dunj/1680a1c05e> [20 de marzo de 2021]

en la materia⁴; lo cierto es que algunas de las cuestiones por ella planteadas ya han sido objeto de un reiterado debate, el último en *Stern Taulats and Roura Capellera vs. Spain*.

Por su parte, el Gobierno español –consciente de la gravedad de la materia desde que ocupaba los escaños de la oposición– no ha negado la existencia de tipos penales que lesionan o ponen en peligro el ejercicio de la libertad de expresión anunciando, en febrero de 2021, el deseo de “revisar y, en su caso, impulsar la reforma de aquellos delitos que consideramos que más claramente pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión”⁵. Lejos de materializarse esas declaraciones de intenciones, lo cierto es que desde la primera sentencia condenatoria en 1992 –*Castells vs. Spain*– el gobierno de España ha venido exhibiendo ante sus socios europeos la intención de reformar determinados aspectos de la codificación penal sin que ello se haya producido.

Lo cierto es que lejos de quedar circunscrita esta problemática a las políticas nacionales, vamos a ver que en muchos aspectos las políticas criminales de los Estados provienen de estamentos europeos. De esta forma, a finales de 2008, el Consejo de la Unión Europea adoptó dos decisiones marco que llamaban a la adaptación de los códigos penales de los Estados miembros en varios aspectos. Por una parte, el alarmante incremento de sucesos en los que las víctimas eran identificadas con perfiles caracterizados por su raza, religión, procedencia, etcétera; motivó la adopción de la Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Y por otra, la alarmante amenaza de nuevas formas de terrorismo derivadas de la intervención norteamericana y europea en Oriente Próximo justificó la implementación de la Decisión Mar-

4 Según advierte la Comisaria en su cuenta oficial, su papel “as Commissioner for Human Rights is to keep states alert to the problems that may restrict people’s ability to enjoy their rights, and to help them find solutions to improve human rights protection and implementation”. Véase Council of Europe. Commissioner for Human Rights: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/the-commissioner> [20 de marzo de 2021].

5 Mediante respuesta cursada a la Comisaria Dunja Mijatović, el actual Ministro de Justicia español, Juan Carlos Campo, enviaba un mensaje tranquilizador en el que aseguraba que desde el gobierno se acababan de reunir para anunciar el deseo de modificar los aspectos penales que interferían con el ejercicio libre del derecho a la libertad de expresión. En concreto “el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), el delito de odio (art. 510 CP), los delitos de injurias a las instituciones del Estado (arts. 490, 491 y 505 CP), entre otros”. Véase la Carta del Ministro de Justicia a la Comisaria para los derechos humanos, de 18 de marzo de 2021.

co 2008/919/JAI sobre la lucha contra el terrorismo⁶. Entre otras, la DM 2008/913/JAI llamaba a los estados a la adopción de medidas penales para combatir las formas de manifestación que incitaran públicamente a la violencia o al odio contra personas o grupos, la apología pública y la negación del genocidio. Encomendando por su parte la DM 2018/919/JAI a la tipificación penal de la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas o su adiestramiento. Identificando en la difusión de contenidos a través de Internet un campo de entrenamiento virtual para la inspiración y movilización de redes terroristas.

En ambas decisiones se establecieron cláusulas de exclusión que promovían la garantía de los derechos fundamentales en lo concerniente al respeto por la libertad de expresión, prensa y divulgación en otros medios de comunicación⁷.

“Principios fundamentales relativos a la libertad de expresión. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a la libertad de expresión, en particular las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se derivan de tradiciones constitucionales, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad”.

La transposición interna de la DM 2008/913/JAI en España llegó mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Desde el propio preámbulo de esta ley se aludía a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/

6 En este contexto, las políticas criminales dieron “un salto cualitativo respecto al modelo originario al impulsarse también en la citada Decisión Marco 2008 criminalizaciones agravadas, abrazando así decididamente una nueva línea de política-criminal que objetivamente enlaza con la tradición originaria de Estados Unidos”. Véase J. M. LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 22, núm. 19, 2020, p. 22.

7 Véase la Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L330/23, 9 de diciembre de 2008, art. 2.

JAI de establecer un marco penal más amplio en lo referente a la incitación al odio y la negación del genocidio (artículos 510, 510 bis y 607 del Código penal)⁸.

Por su parte, la transposición de la DM 2018/919/JAI se materializó mediante la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Nuevamente en la exposición de motivos de esta ley se aludía a la Decisión Marco como fuente de inspiración de la norma y se estableció la punición penal del enaltecimiento o justificación del terrorismo, el menosprecio o humillación de las víctimas y la difusión de mensajes o consignas que incitaran la comisión de delitos de terrorismo. Emplazando a los jueces a extremar la vigilancia en las conductas que se cometieran mediante la difusión de contenidos accesibles al público a través de internet o mediante el uso de tecnologías de la información. Ofreciendo además la posibilidad de secuestrar los contenidos de forma cautelar.

Ambas leyes de transposición fueron más allá de lo establecido por las Decisiones Marco al no establecer expresamente las respectivas cláusulas de exclusión por la garantía de los derechos fundamentales en lo concerniente a la libertad de expresión, prensa y divulgación en otros medios de comunicación; dando paso a un efecto general de silenciamiento generalizado.

“Normas constitucionales y principios fundamentales 1. La presente Decisión Marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”⁹.

8 Es importante reseñar aquí la amplísima e imposible redacción dada al artículo 510 del Código Penal tras la modificación realizada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En más de una página y por encima de 5600 caracteres, el artículo 510 persigue la producción, distribución, tenencia, negación, difusión... de delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Posibilitándose la destrucción o borrado de libros, archivos y cualquier clase de soporte o portales de acceso a internet, entre otras. Véase la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

9 Véase la Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 328/57-58, art. 7.

II. ESPAÑA ANTE LA TRAGEDIA DEL TERRORISMO. UNA HISTORIA SANGRIENTA QUE MARCA EL MARGEN DE APRECIACIÓN DEL DELITO

Al hablar del conflicto entre difusión de ideas y mensajes que puedan tener alguna connotación con el terrorismo, uno de los primeros pensamientos que nos abordan es el de que en una democracia bien estructurada, el Derecho debe de proteger a los disidentes, pero, como apunta Sunstein, no puede pretenderse que el público les rinda una audiencia respetuosa¹⁰.

Tras décadas de atentados sangrientos e indiscriminados crímenes es incuestionable que el sufrimiento causado por el terrorismo ha dejado una profunda herida en la sociedad española que tardará generaciones en cerrarse. Ello ha calado profundamente en el sentir de la población y en el particular grado de tolerancia contra cierto tipo de conductas expresivas cercanas al entorno terrorista.

Desde que en octubre de 2011 la organización terrorista ETA anunciara el cese definitivo de la lucha armada, la sociedad española ha vivido la década más estable, en lo que a seguridad interior se refiere, sin llegar a desterrar los fantasmas de aquella tragedia criminal.

Sin lugar a duda, las sangrientas décadas de actividad criminal de los grupos terroristas: ETA, GAL, GRAPO, Terra Lliure y Al Qaeda distinguen al país ibérico en el margen de apreciación que otros Estados pudieran aplicar para el tipo de conductas expresivas que presuntamente puedan ser cercanas o simpatizantes con el espectro del terrorismo criminal. Sin embargo, no podemos por ello dejar de advertir que en ocasiones la persecución de presuntas conductas delictivas ha sobrepasado los márgenes de apreciación y han conducido al empleo discriminado de un Derecho penal extensivo focalizado contra personas identificadas por una ideología política, por deleznable que resulte.

De entre las múltiples formas de expresar y manifestar un mensaje, la realización de un acto de homenaje por un asesino es de los que mayores controversias suscita; especialmente cuando próximo a la arena en la que el mensaje es emitido conviven verdugos y víctimas.

Comprendida la lógica de lo polémico que socialmente puede resultar magnificar públicamente la figura de un asesino, lo cierto es que las circunstancias

10 “In a well-functioning democracy, the right to free speech certainly protects dissenters, but it cannot do what it is supposed to do unless listeners are willing to give dissenters a respectful hearing”. Véase C. R. SUNSTEIN, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, p. 212.

antropológicas del lugar en el que el mensaje es emitido juegan un papel fundamental. Por poner un ejemplo, hoy día sería inconcebible ver un acto de homenaje a la figura del Führer Adolf Hitler, en Alemania; pero, sin embargo, el pasado mes de mayo, el presidente galo asistió oficialmente al acto de conmemoración del bicentenario de la muerte de Napoleone di Buonaparte en Francia. Otro ejemplo más cercano en el tiempo lo encontraríamos en los actos que se realizaron en honor al general croata Slobodan Praljak, condenado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por crímenes contra la humanidad. Y, en el caso español, los actos de conmemoración del franquismo que, si bien siempre suscitaron un tímido debate, no ha sido hasta la adopción de políticas para la recuperación de la memoria histórica, cuando han encontrado un rechazo más amplio.

En sentido contrario debemos de tener presente que en muchas ocasiones las acusaciones han sido infundadas e injustas. Por poner algún ejemplo, en los años 80, los Estados Unidos de América y el Reino Unido incluyeron al *African National Congress*, fundado por Nelson Mandela, en la lista de organizaciones terroristas. Tras casi tres décadas encarcelado por sus ideas, y después de recibir el premio Nobel de la Paz y de ser el primer presidente democrático de Sudáfrica en la época de los 90, hasta el año 2008 Nelson Mandela no fue excluido de la lista estadounidense de terroristas vigilados. De forma análoga, Heinze nos muestra la imagen del activista islámico, Mizanur Rahman, que fue condenado a seis años de prisión por exhibir una pancarta en la que exigía la muerte de los soldados británicos en Iraq y la decapitación de los que insultan al islam tras las publicaciones de las caricaturas de Mahoma en Dinamarca¹¹.

One man's terrorist is another man's freedom fighter, recuerda Grayling advirtiendo del daño que se causa a la democracia cuando se restringen derechos invocando cuestiones de seguridad¹².

11 “That is the very model of the kind of dragnet device –creating crimes in order to punish people for things that could within some imaginable scenario result from their actions– that, we might have hoped the rule of law, the *Rechtsstaat*, was long ago crated to avoid”. Ibid., p. 170.

12 “These thoughts are prompted by the circumstances that Western governments invoke to justify the erosion of civil liberties they cause by their security measures and legislative initiatives. The ‘War on Terror’ is their prompt and their excuse; I return now to the harm they are thus doing to the values and social fabric of Western democracies”. Véase A.C. GRAYLING, *Liberty in the Age of Terror. A Defence of Civil Liberties and Enlightenment Values*, Bloomsbury Publishing Plc, London, 2009, p. 97.

Regresando al caso español, si situamos el foco del análisis en los actos que se producen en el entorno de los nostálgicos de ETA, el margen de tolerancia siempre ha sido más tenue y cualquier muestra de simpatía o apoyo ha sido siempre vigilada de cerca¹³.

En concreto, el pasado 30 de agosto de 2021, el Grupo Parlamentario Ciudadanos registró en el Congreso de los Diputados la Proposición no de Ley para la no celebración de homenajes a condenados de la banda terrorista ETA, para su debate en Pleno. La propuesta se apoyaba en los numerosos actos de homenajes a etarras –*ongi etorri*– que cada año se dan en las comunidades autónomas del País Vasco y Navarra; los cuáles –según el texto de la propuesta– están cargados de un *fuerte componente político, enalteciendo los actos que condujeron a esa persona a la cárcel*.

Entre los numerosos *ongi etorri* que se celebran en las comunidades autónomas del País Vasco y Navarra por los presos del entorno de ETA, llama especialmente la atención uno que fue objeto de sentencia por el Tribunal Supremo (TS). Se trata de un homenaje que se realizó en 2008 al histórico dirigente de la organización terrorista ETA, José Miguel Beñaran Ordeñana (Argala), asesinado treinta años atrás por la organización terrorista ultraderechista, Batallón Vasco Español.

El homenaje póstumo, en el que se divulgó la imagen de Argala seguida de un deleznable mensaje atribuido a él¹⁴, contó con la ponencia de Tasio Erquizia Alamandoz, quien recordó alguna de las citas del causante y pidió una reflexión para escoger el camino más idóneo: el camino que más daño le haga al Estado que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático¹⁵. Recordemos que, en 2008, ETA permanecía activa.

Las consecuencias de aquella celebración socialmente provocadora no tardaron en llegar. La Sección Primera de la Audiencia Nacional (AN) condenó a Tasio a un año de prisión y siete de inhabilitación, por un delito de enaltecimiento del terrorismo, sin indagar la existencia de implicaciones ulteriores a consecuencia del mensaje.

13 Es importante destacar aquí que el Gobierno Vasco acaba de poner en marcha una loable apuesta por la convivencia y la recuperación de la memoria colectiva. Véase “Udaberri 2024. Plan de Convivencia, Derechos Humanos y Diversidad”, Gobierno Vasco, Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.eitb.eus/multimedia/documentos/2021/09/21/2826855/PlanUdaberri2014-1.pdf> [1 de octubre de 2021].

14 En los carteles se divulgaba una cita del causante: “La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar”. Véase la STS 1619/2012, de 14 de marzo de 2012, Antecedentes.

15 *Ibid.*, Antecedentes.

La sentencia fue ratificada por el TS al considerar que hubo un delito de exaltación del terrorismo situado extramuros del delito de apología clásica del artículo 18 del Código penal (CP), sin invadir, ni cercenar, el derecho a la libertad de expresión en los márgenes otorgados por el TEDH.

“el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH [...] califica como el discurso de odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades”¹⁶.

Al realizar un análisis en abstracto del daño que el terrorismo ha infligido a la sociedad española, la mera alusión a un miembro de cualquier organización terrorista, por sí sola resultaría inquietante. Sin embargo, las modernas sociedades democráticas, como la española, demandan un análisis profundo y mesurado de los hechos cuando otros derechos fundamentales pueden ser vulnerados. En ausencia de este análisis las garantías constitucionales quedarían invalidadas, tal y como ha venido enfatizando el TEDH.

Por poner un ejemplo, en un asunto sobre los restos mortales de varios terroristas, la Federación Rusa fue condenada por el TEDH por la adopción de medidas automáticas sin considerar las razones específicas del caso y sin tener en cuenta las circunstancias individuales del hecho. En concreto, se denegó a una madre la entrega de los restos mortales de su hijo porque la ley antiterrorista rusa impedía entregar los cuerpos de terroristas para su entierro, ni posibilitaba revelar el lugar de la sepultura¹⁷.

16 Refiere el TS la jurisprudencia del TEDH en *Sürek y Müslüm Gündüz*, así como la propia del TC –en STC 235/2007– no congruente con el caso de autos. Véase la STS 1619/2012, de 14 de marzo de 2012, FJ. 4.

17 “This ‘automatic’ character ran contrary to the authorities’ duty under Article 8 to take appropriate care that any interference with the right to respect for private and family life should be justified and proportionate in the individual circumstances of the case”. Véanse la STEDH, de 16 de enero de 2014, *Abdulayeva vs. Russia*, párr. 45; STEDH de 6 de junio de 2013, *Sabanchiyeva and others vs. Russia*, párr. 144; STEDH, 6 de junio de 2013, *Maskhadova and others vs. Russia*, párr. 235.

Más directo con el asunto que nos ocupa, el TEDH ha reiterado a España la vulneración del debido proceso cuando se pretende castigar el enaltecimiento del terrorismo sin las debidas garantías judiciales¹⁸.

En el asunto del *ongi etorri* por Argala, como indicábamos, controvertido *per se*, el margen de apreciación aplicado por los tribunales parece que se extendió mucho más allá de los márgenes que una moderna democracia debiera de haber aplicado. Máxime considerando que no se produjo altercado ulterior alguno, ni se realizó una actividad proselitista en pro de la lucha armada.

Es destacable que tanto el TS como el Tribunal Constitucional (TC), en el análisis de los respectivos recursos, hicieron uso del Diccionario de la Real Academia Española para analizar el término enaltecer¹⁹. De establecerse un concepto tan extensivo como el definido por la RAE para la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo, cualquier tipo de alabanza u homenaje a regímenes pasados entraría directamente dentro de los límites de este tipo delictivo.

Por otra parte, huelga afirmar que el hecho de que la sociedad tenga que digerir y aceptar cualquier tipo de homenaje hacia la figura de un criminal, chirría y molesta. Pero no debemos de olvidar que ese grado de inquietud puede ser similar al que sienten muchos colectivos cuando observan actos de ensalzamiento del franquismo, que gozan de muchísima mayor proyección mediática que el que aquí analizamos²⁰.

Este razonamiento propio encajaría con la propia jurisprudencia del TC que, sin contemplar la cláusula de exclusión de la DM 2008/919/JAI, apunta que sancionar las conductas de enaltecimiento del terrorismo

18 Véase la STEDH de 6 de noviembre de 2018, *Otegi Mondragón y otros vs. España*.

19 “enaltecer’, según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar. Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. [...] Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar. El que enaltece –sujeto activo del delito– otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen –autores y partícipes– la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente. [...] En el tipo penal del que tratamos equivale a argumentar a favor del terrorista, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo”. Véase la STC 112/2016, de 20 de junio de 2016, *BOE* núm. 181, del 28 de julio de 2016, pp. 52582-83.

20 Los dos altos tribunales españoles consideraron que la aparición de la noticia en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión eran prueba de la repercusión pública del acto. *Ibid.*, p. 52584.

“supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”²¹.

Determinando así, que el *ongi etorri* por Argala, por tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, no podía quedar amparada por el derecho a la libertad de expresión²².

En este aspecto, nuestra tesis se aproxima a la que formuló el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos a través de voto particular disidente. Puntualmente advirtió este magistrado, que todo proceso de deterioro democrático comienza con la restricción de derechos tan cruciales como el de libertad de expresión y reunión. Su análisis, más propio de la profundidad de los razonamientos de la USSC es digno de reproducir.

“No es fácil mostrarse discrepante cuando la cuestión de fondo planteada es el conflicto que generan conductas tan sensibles socialmente como son las de enaltecimiento del terrorismo o de la violencia en general con el derecho a la libertad de expresión. Opiniones favorables a la preferencia por la seguridad emergentes en nuestro entorno político y cultural derivadas de la amenaza que comporta la globalización del fenómeno terrorista harían más cómodo aliarse con la imperante idea de la justificación de legislaciones de excepción. Sin embargo, la defensa de los derechos fundamentales y, especialmente, del derecho a la libertad de expresión, determina que la protección que debe dispensarse deba ser especialmente cuidadosa cuando se trate de aquellas conductas que menos consenso puedan suscitar por resultar molestas o inquietantes o por chocar con las sustentadas por el Estado o una parte cualquiera de la población. El mejor derecho se hace a veces con las personas menos deseables (Frankfurter). El haz de garantías que dispensa el derecho a la libertad de expresión no resulta relevante respecto de manifestaciones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes. Su campo de actuación es, precisamente, aquellas manifestaciones más extremas en que la discrepancia valorativa sea radical en relación con el propio sistema, por la conexión que tienen con una sociedad democrática los principios del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, a los que

21 *Ibid.*, FJ. 4, p. 52594.

22 *Ibid.*, FJ. 6, p. 52597.

sirve la libertad de expresión. La grandeza de la democracia, por ser una regla de reconocimiento del propio sistema democrático, es tanto mayor cuanto más coherente sea la feroz defensa de la posibilidad de que quienes discrepen con la democracia misma así puedan manifestarlo”²³.

Su perfeccionamiento de la materia le condujo a manejar las circunstancias específicas del caso en las que advirtió la singularidad del perfil histórico de la persona homenajeada; un personaje histórico, previo a nuestro actual sistema democrático del que no existía constancia que fuera condenado por tribunal alguno, lo cual, por sí solo, distanciaba, a aquel acto de representar un ensalzamiento del terrorismo.

Más importante resultó el llamamiento a la ausencia de elementos de ponderación específica del caso sobre el derecho a la libertad de expresión, dado que ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas trató de equilibrar la legitimidad de la restricción penal con el derecho a la libertad de expresión.

“este tipo de conductas queda estrictamente vinculada a que se acredite que supone una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos penales, poniendo en riesgo los derechos de terceros o el propio orden constitucional”²⁴.

Al margen de los delitos de sangre dramáticamente perpetrados por todo grupo terrorista, no son pocas las ocasiones en los que esa obsesiva persecución de cualquier manifestación próxima al terrorismo y con carácter sociopolítico, llega a los límites vaticinados por Zaffaroni en los que el terrorista parece presentarse como un objeto carente de derechos²⁵.

Es importante incidir aquí que tras la declaración del alto el fuego definitivo de ETA, y su posterior disolución, se han instruido cuatro veces más sentencias por apología del terrorismo, que en los siete años anteriores al cese de la actividad terrorista²⁶. En este aspecto, en otro estudio se advirtió de la razón por la que la justicia española dio un giro radical en la persecución de los tipos de difusión de conteni-

23 *Ibid.*, Voto disidente del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, p. 52598.

24 *Ibid.*, p. 52602.

25 Véase E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2006, pp. 20-1.

26 “Se basa dicha publicación en los datos del CENDOJ: 83 de los fallos dictados por la AN y el TS desde que ETA no mata son condenatorios, lo que supone un 79% de los casos que llegan a juicio. La cifra es sorprendente y preocupante”. Véase M. COMAS D’ARGEMIR, “El conflicto entre libertad de expresión y los delitos de opinión”, *Boletín Límites a la Libertad de Expresión*, Jueces y Jueces para la Democracia, 2018, p. 12.

dos hirientes propios del tipo del artículo 510 del CP *ex tunc*, por el tipo penal de exaltación del terrorismo del artículo 578 del CP *ex nunc*, que gozaba de una mejor aceptación por parte de jueces y tribunales²⁷.

A pesar de todo ese sufrimiento inacabado, llama la atención que la actuación de los tribunales no ha seguido una línea determinante en lo que respecta a la permisibilidad o punición de tipos equivalentes. Indiquemos aquí dos ejemplos casi similares:

- a) Por un lado, en 2011, el TS admitió la condena de un año de prisión a un concejal del Ayuntamiento de Gernika-Lumo por exhibir en el programa popular de fiestas del municipio nueve fotos de presos de ETA con el logo “no podemos ser nada sin ellos”²⁸.
- b) Por otro lado, en 2015, el TS eximió de responsabilidad a diversos de los integrantes del pasacalle multitudinario de las fiestas de Vitoria Gasteiz en el que se portaron siluetas elogiando a los presos de ETA de aquella localidad, y se citaron poemas conmemorativos²⁹.

De seguir esta línea argumental del TS, cabría preguntarse ¿cuál es el verdadero alcance del ensalzamiento del terrorismo?

27 Véase D. MARTÍN HERRERA, “¿Es segura jurídicamente la persecución del *hate speech*?”, en L. ALONSO y V. J. VÁZQUEZ (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, pp. 208 y ss.

28 Consciente del tipo de censura política impuesta al entorno independentista vasco más radical, asegura –en parte con razón– la Sección primera del TS, compuesta por los magistrados: Granados Pérez, Martínez Arrieta, Andrés Ibáñez, Berdugo Gómez de la Torre y Barreiro, que la “consciente confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente, tiene una de sus manifestaciones más claras en la atribución a los terroristas de ETA la condición de ‘presos políticos’ por el entorno social que apoya el terrorismo. Se trata de una burda manifestación de la reinención del lenguaje, que constituye uno de los símbolos de la dinámica terrorista, que, en ocasiones, de forma inconsciente y por frivolidad acaba formando parte del lenguaje coloquial, de forma tan acrítica como censurable”. Véase la STS 5176/2011, de 21 de julio de 2011, FJ. 2.

29 En esta ocasión, la misma Sección primera de la Sala de lo Penal del TS –compuesta por los magistrados: Giménez García, Sánchez Melgar, Maza Martín, Berdugo Gómez de la Torre y Varela Castro– consideraban que la idea vertebral en la delimitación de la aplicación del tipo penal la constituye su posible solapamiento con el ejercicio de la libertad de expresión. Su real existencia implica la admisión de la emisión de cualquier tipo de opinión, sin otro límite, que las que vengan impuestas por las elementales reglas de convivencia y respeto. Véase la STS 121/2015, de 5 de marzo de 2015, FJ. 3.

III. ¿ES POSIBLE INCITAR A LA VIOLENCIA Y AL TERRORISMO POR MEDIO DEL ARTE Y LA MÚSICA? UN ENFOQUE CRÍTICO A LA PERSECUCIÓN PENAL DEL DISEÑO DE LOS ARTISTAS MOLESTOS

Las nuevas formas de comunicación, junto con la llegada de un nuevo tipo de diseño político alejado de los foros públicos, han desafiado la tradicional vigilancia gubernativa de los discursos molestos. Actualmente los mensajes no precisan a los medios de comunicación para su divulgación y, en cuestión de segundos, la *social media* es capaz de hacer llegar un mensaje a lo largo y ancho del planeta. Con ello también se ha intensificado el control de las expresiones a unos niveles que considerábamos superados.

En la última década el gobierno de la X y XI legislaturas intensificó la persecución del diseño político artístico de formas antes no conocidas, y en campos tan volátiles y confusos como la crítica y el diseño a través del arte. Numerosas actuaciones han propiciado la apertura de procedimientos judiciales tan alarmantes como la persecución de comentarios difundidos por políticos, años antes de convertirse en personas públicas, la detención de artistas de barrio y de músicos.

Todo ello ha conducido a la generación de un clima social en el que esta intensa criminalización de la sátira política y de la expresión activista ha tenido lugar en un breve espacio de tiempo en el que el mayor peligro reside, tal y como advierte Dopico, en que tanto el TS, como el TC, “nos dijeron que no era necesaria ninguna intención de incitar a la comisión de delitos para condenar por enaltecimiento del terrorismo”³⁰. Veamos algunos ejemplos.

1. Cuando el Derecho penal del enemigo sale del telón en la quijotesca detención de dos artistas

Si existen tradiciones en las que lo real queda desbordado por lo imaginario, estas son identificables en la celebración de la noche de Halloween y el carnaval. En febrero de 2016, entre las múltiples actividades programadas en la ciudad de Madrid para la celebración de los carnavales, la compañía *Títeres desde Abajo* interpretó la obra *La Bruja y Don Cristóbal*. Una obra satírica en la que una bruja –agredida sexualmente– asesinaría en defensa propia a Don Cristóbal. Fruto de aquella violación

30 Véase J. DOPICO, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Boletín Límites a la Libertad de Expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, 2018, p. 16.

nacería un niño que sería despojado de su madre por una monja que a su vez intentaría agredir a la bruja con un crucifijo. Nuevamente, en defensa propia, la bruja agrediría a la monja con su propio crucifijo siendo detenida por un policía que creó un falso positivo al colocar a la bruja un cartel con el mensaje: *Gora Alka-Eta*. Con todo, y sin titubear, el juez condenaría a la bruja a la pena capital en la horca³¹. En medio de toda aquella escenificación de títeres, algún espectador alarmado llamó a la Policía Municipal de Madrid que, personada en el lugar, los agentes entraron en escena deteniendo a los titiriteros y secuestrando sus efectos personales, entre ellos, un cuaderno.

Más allá de lo surrealista de aquella detención, esta se llevó a cabo acusando a los detenidos de un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP). Pero lejos de que el procedimiento decayera en la propia instrucción policial, al tratarse de un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo, el órgano judicial encargado del procedimiento, la Audiencia Nacional, y el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, presidido por el juez Ismael Moreno Chamarro, decretó la prisión incondicional de los titiriteros por un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales. Y es que según el magistrado Moreno Chamarro

“los hechos, a tenor de los cuales se produce la exhibición de un cartel, con la leyenda Gora Alka-ETA, constituyen un delito de terrorismo, pues tal hecho, supone enaltecer o justificar, públicamente los delitos terroristas cometidos no sólo por la Organización Terrorista ETA, sino también por AL-QAEDA”³².

Asegurando, sin probarlo, que se dirigieron hacia el público infantil. Con todo, la detención y encarcelamiento de los titiriteros dio lugar a otra batalla, la del espectro político, en la que los grupos políticos más reaccionarios acusaron a los titiriteros y al gobierno municipal de la ciudad de Madrid de incitar al odio.

Afortunadamente, tras varios días detenidos, el Ministerio Fiscal en su informe rechazó la existencia de hecho delictivo alguno y de la presencia de menores a los que se pudiera dirigir la obra. El informe obligó finalmente al juez Moreno Cha-

31 Véase G. SAN JUAN y A. MUÑOZ, *La bruja y Don Cristóbal*, Escenificación del espectáculo por el que fueron detenidos los titiriteros, 2016. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_fb1nW777LM [20 de marzo de 2021].

32 Véase el Auto del Juzgado Central de Instrucción de Madrid núm. 2, de 6 de febrero de 2016, Procedimiento Abreviado 8/2016, FJ. 2.

marro a decretar el archivo de las actuaciones³³. Siendo archivadas del mismo modo las actuaciones por el delito de incitación al odio (art. 510 CP), por el que también fueron encausados los titiriteros.

2. Cuando el RAP político se inserta judicialmente entre el honor de la Corona y el enaltecimiento del terrorismo

Tal y como adelantábamos en el resumen del presente estudio, el inicio legislativo del año 2021 arrancó con el estupor debido al encarcelamiento final del artista de Rap, Pablo Hasél.

Su ingreso en prisión ha devenido en una movilización de defensores por la libertad de expresión y simpatizantes del artista. Además, ha abierto otro nuevo debate de enfrentamientos entre el actual gobierno de la XIV legislatura (presuntamente reticente al empleo del Derecho penal en aspectos que interfieran con la libertad de expresión, pero que en más de dos años gobernando no ha hecho nada por frenarlo) y la oposición que implementó el actual Código penal y encomendó a la Fiscalía (durante sus años de gobierno) la persecución de las difusiones de contenidos en las que el terrorismo, o sus autores, fueran referidos. Entre otros Hasél.

En marzo de 2014, la Audiencia Nacional confirmó la criminalización y censura del artista de rap político, Pablo Hasél, procesado por el mensaje de las letras de sus canciones con contenidos muy críticos, hirientes e incluso deleznales.

Omitiendo el contexto político en el que se emitieron las canciones que condujeron al autor a manifestarse en una línea tan definida³⁴, el público al que se dirigen las canciones y la capacidad real de difusión de estas; en el asunto *Hasél*, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aplicó la doctrina de la zona intermedia de la libertad de expresión (STS 1619/2014) sin valorar el contenido de los mensajes en su conjunto –incluido un vídeo ilustrativo en el que se exponía la reivindicación política perseguida–. Para la Audiencia Nacional

33 Véase el Auto del Juzgado Central de Instrucción de Madrid núm. 2, de 28 de junio de 2016, Procedimiento Abreviado 43/2016 S.

34 En su videoclip *Hasél* arranca denunciando el sistema voraz y las muertes que deja; entre otras, las del genocidio de Irak. Pero, a pesar de iniciar con una dura crítica política, los tribunales se obsesionaron, entre otras, con algunas de las letras en las que se afirmaba: “No me da pena tu tiro en la nuca pepero. Me da pena el que muere en una patera. No me da pena tu tiro en la nuca socialista. Me da pena el que muere en un andamio. No me da pena tu tiro en la nuca banquero. Me da pena el que se suicida por la presión del sistema”. Véase P. HASÉL, *No me da pena tu tiro en la nuca*, 2011 [disponible en *YouTube*].

“todas y cada una de las letras de las canciones violan el bien jurídico protegido por el art. 578 del CP en relación con los artículos 572 núm. 2 y 577 del CP por traspasar los límites a la libertad de expresión”³⁵.

Sin tratar de rotular los márgenes de apreciación en los que se basaba la Audiencia Nacional para identificar el relieve permitido del no permitido. Y como si se tratara de una prueba de conservatorio, los magistrados de la Audiencia Nacional juzgaron la expresión artística sentenciando a dos años de prisión e inhabilitación absoluta por diez años al artista.

En el proceso de apelación ante el TS, la Sala destacó que *Hasél* subió y consistió que otras personas subieran a la red social YouTube –durante los años 2009 a 2011– diversos vídeos de sus canciones. Destacó la Sala la difusión del mensaje (la de mayor divulgación disponía de 13727 visitas) e interpretó que los contenidos de los mensajes justificaban la existencia de las organizaciones: Grapo, ETA, Al Qaeda y Terra Lliure a las que consideraba que el autor solicitaba que volvieran a cometer nuevos atentados³⁶.

En opinión del TS las expresiones de Hasél tenían un exclusivo sentido de alabar a grupos terroristas, enaltecer a personas condenadas por terrorismo e invocar la continuidad de sus actividades. Reteniendo frases de las canciones:

“Libertad presos políticos, Democracia su puta madre, Obama bin Laden, El llanto de las gaviotas, Esclavitud consentida, En una calle olvidada, No me da pena tu tiro en la nuca, El hijo adoptado de Jacques Mesrine y Realidad surrealista”³⁷.

Disponibles hoy día en acceso abierto en el canal YouTube.

Es indiscutible que las letras de las composiciones juzgadas empleaban un tono lascivo y absolutamente chirriante, no propio de la cultura musical. Sin embargo, es preciso apuntar que las mismas, por grotescas que resulten, estaban netamente enfocadas a manifestar el disenso político del artista; razón por la que creemos que los

35 Véase SAN 1319/2014, de 31 de marzo de 2014, FJ. 4, p. 16.

36 Véase STS 106/2015, de 19 de febrero de 2015, FJ. 1.

37 Entre algunas de las frases por las que fue condenado reproducimos: “En el archivo ‘Libertad presos políticos’: ‘Luego califican de violento tirarles cócteles molotov’. ‘Quienes manejan los hilos merecen mil kilos de amonal’. 2. En el archivo ‘El llanto de las gaviotas’: ‘Ojalá vengán los Grapo y te pongan de rodillas’. ‘Mi hermano entra en la sede del PP gritando ¡Gora Eta!’. ‘Pena de muerte ya a las infantas patéticas’. ‘A los dueños de los periódicos El Mundo y ABC habría que asfixiarles con la mentira de su papel’...”. *Ibid.*, FJ. 4.

tribunales españoles obviaron los principios penales de prohibición *in malam partem* e *in favor libertatis* al dejar de equilibrar el derecho a la protesta social a través del arte y la libertad de expresión vs. el desorden que mediante el ejercicio de esos derechos se pudiera producir frente a la deseada paz pública.

Las canciones de Pablo Hasél daban en definitiva una muestra de una legítima protesta antisistema a la par que exhibía un execrable disenso político a través de la composición musical.

Llegados a este punto, consideramos que mediante el empleo extensivo del tipo penal de enaltecimiento y justificación del terrorismo a través del menosprecio a las víctimas se cercenó injustificadamente el derecho fundamental a la libertad de expresión por medio de un delito de apología totalmente desnaturalizado³⁸. Admitiendo así los tribunales una acusación del tipo de apología autónoma –enaltecimiento– del artículo 578 del CP³⁹.

Esta interpretación penalista extensiva no es algo ni novedoso ni ausente de peligros. El TS llegaba a calificar en 2015 que el enaltecimiento justificación del artículo 578 del CP

“constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito [por el que la] barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terrorista o de quienes los efectuaron”⁴⁰.

38 La nueva interpretación dada al delito de apología del terrorismo provocó que la apología, en *strictu sensu*, desapareciera del CP de 1995 y se introdujera una apología desnaturalizada. Véase A. GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 323.

39 Introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre de 2000, en la Exposición de Motivos se advertía que la introducción del nuevo tipo de exaltación del terrorismo, en el nuevo artículo 578, se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo, a quienes participen en su ejecución o en la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o sus familiares. “No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad”. Véase la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre de modificación, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, *BOE*, núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, p. 45503.

40 Véase la STS 106/2015, de 19 de febrero de 2015, FJ. 3.

La incertidumbre se acrecienta más donde apunta que la zona intermedia, en la que no se puede invadir el derecho a la libertad de expresión, no tiene que ver con la alabanza de los actos terroristas o el ensalzamiento de los verdugos y su incitación a cometer hechos terroristas.

Atendiendo al efecto multiplicador de los mensajes a través de Internet y la importancia de las redes sociales y su incidencia en el sistema penal, para el TS el asunto *Hasél* –con 13722 reproducciones de pico máximo– fue “un ejemplo de capacidad de difusión de mensajes inaceptables penalmente y frente a los que la política de prevención del crimen debe de ir por delante del uso delictivo de las mismas”⁴¹.

A tenor de esos razonamientos aplicados por el TS nos surgen múltiples interrogantes. Entre otros: ¿qué criterios debieran de aplicarse a mensajes cargados de odio que amenazan con el empleo de la fuerza como aquellos emitidos por el expresidente estadounidense en las redes sociales? ¿Son contrastables las barbaridades que pueda divulgar en las redes sociales un usuario con veinte mil seguidores con las amenazas que emita un gobernante con millones de seguidores y que ostente la autoridad de apretar un botón de destrucción nuclear? El tratamiento cursado por los tribunales españoles deja tantas dudas sobre los límites entre lo que es una conducta expresiva constitucional o punitiva, que el efecto general de silenciamiento ha terminado por calar en la sociedad.

Por ello, el tipo de enaltecimiento del terrorismo es una figura sumamente controvertida y de muy incierta aceptación, dada su opaca luminosidad y su evidente parcialidad. El asunto *Hasél* evidencia un perfilamiento sesgado del muestreo de las letras de las canciones al tomarse únicamente cuotas parciales y no completas de las obras musicales; las cuales, por cierto, fueron comparadas por el TS con otro registro efectuado ya al grupo musical *Sociedad Alkoholica*⁴².

Pero el apartado que más nos llama la atención en los razonamientos aplicados por el TS en el asunto *Hasél* es la interpretación que se cursa a la DM 2008/919/JAI al omitir el referido anteriormente mandato que la Decisión Marco exhorta:

“nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar la difusión de información con fines científicos, académicos o informativos”⁴³.

41 *Ibid.*, FJ. 4.

42 En aquella ocasión se rechazó la apelación de la acusación popular en contra de la absolución del delito de enaltecimiento del terrorismo. Véase la STS 656/2007, de 17 de julio de 2007.

43 Véase la Decisión Marco 2008/919/JAI, *cit.*, Considerando 14.

Con el escrutinio realizado por el TS a las difusiones de contenido político de Hasél se incorporó a la Decisión Marco un tipo de expresiones no encuadradas en la misma afirmando que la

“expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluso el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación de delitos de terrorismo”⁴⁴.

Sin embargo, el texto de la Decisión Marco recordemos que no expresa lo mismo:

“Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como la libertad de expresión, reunión, asociación...”⁴⁵.

Pero la actuación de los tribunales parece obedecer más a coyunturas de tipo político que a la debida lógica jurídica del debido proceso y, especialmente, a la presión social mayoritaria en torno al sufrimiento que han causado durante décadas las masacres de ETA en España. Ello ha propiciado que se vea y se sienta con pavor todo tipo de manifestaciones que puedan simpatizar con aquel entorno terrorista.

3. Cuando la difusión de contenidos en Internet se inserta entre el honor de la Corona y la apología del terrorismo.

La difusión de contenidos en Internet ha sido otra de las cuestiones que ha abierto el cauce a numerosas actuaciones judiciales. Como medio de comunicación social la *social media* sería asimilable al resto de medios de comunicación y cualquier tipo de intervención sobre ellos debe de diferenciar entre el principio de igualdad y la razonabilidad. Para ello, apunta Butturini, habría que distinguir los factores sociales de capacidad de penetración en la sociedad del poder de sugestión social con el fin de poder determinar el grado de peligrosidad del mensaje⁴⁶.

44 En su argumentación, el TS hace un corta y pega de la segunda parte de la Decisión Marco 2008/919/JAI modificándola al entender que las expresiones radicales deben de ser perseguidas. STS 748/2015, de 19 de febrero de 2015, FJ. 3.

45 Véase la Decisión Marco 2008/919/JAI, *cit.*, Considerando 13.

46 “La Distinzione, operata dal diritto oggettivo, deve tenere presente una serie di fattori di natura sociale, fra i quali i seguenti: 1) la capacità di penetrazione diretta del mezzo di diffusione nella società, capacità che risulta più o meno invasiva a seconda dei filtri intellettuali dei destinatari; 2) il

Considerando las actuaciones de los tribunales en los últimos años el cerco judicial parece estar dirigido, casi en exclusiva, a la difusión de contenidos en las redes sociales; algo que no deja de ser curioso porque de la misma forma que se multiplica la información en Internet, se cuantifica la desinformación. De esta forma, si un mensaje incita al odio, realiza una apología del terrorismo o empaña la imagen de las instituciones y se condena a su autor por ello; apoyándonos en esos criterios de los tribunales ¿cómo es posible que se condene al autor y no a sus canciones o mensajes? ¿Deja de incitar un mensaje disponible en las redes si su autor está en la cárcel?

La respuesta a estas reflexiones quizá sea demasiado simplista, pero nos resulta del todo alarmista. Quizá con ello los razonamientos aplicados por los tribunales para condenar a los autores el mensaje, pero no al mensaje, caerían por sí solos empleando la lógica al responder nuestras propias preguntas. Sin embargo, la cuestión se presenta mucho más controvertida y desborda toda lógica. Y es que en esta cruzada legal hacia lo incorrecto algunos autores han llegado a proponer adoptar *legal and non-legal measures*⁴⁷ para restringir el *hate speech* e incluso los mitos que lo rodean⁴⁸. El asunto *Hasél* es quizá una muestra fidedigna de que este tipo de actuaciones extensivas propician el efecto contrario al perseguido. Y es que con la condena del artista se abrió la espita a la mega divulgación de la letra de sus canciones disponibles hoy en abierto, años después de su condena.

La obsesión persecutoria contra este autor desencadenó la apertura de otro nuevo procedimiento judicial por la difusión de contenidos en las redes sociales, *Twitter* y *You Tube*, entre los años 2014 a 2016. En este segundo procedimiento, el Juzgado

potere di suggestione sociale di ciascun mezzo; 3) le possibilità circa le modalità concrete di accesso al mezzo da parte di chiunque e i gradi differenti anche di pericolosità dei mezzi...” Véase D. BUTTURI-NI, *L'informazione giornalistica tra libertà, potere e servizio*, Filodiritto Editore, Bologna 2018, pp. 62-3.

47 “Because hate speech adversely affects many other rights and occasions a range of different types of harms, a root-and-branch approach is required to counter its effects. Abusive speech can unproblematically be restricted by legal measures, but for other types of speech not meeting the threshold required by internationally recognised restrictions, a coherent and systematic approach to contextualising factors is necessary. The imperative of combating ‘hate speech’ creates a range of different obligations for States authorities, which are discharged through different types of action. The advocated root-and-branch approach should comprise as appropriately equilibrated set of legal and non-legal measures”. Véase T. MCGONAGLE, *Minority Rights, Freedom of Expression and of the Media: Dynamics and Dilemmas*, Intersentia, Cambridge, 2011, p. 425.

48 “Myth played an important role in the rhetorical attempt to inflict permanent harm on the out-group [...] Myth have played important roles in the accomplishment of the four characteristics of the hate stratagem – the rhetorical conquering of the out-group”. Véase M. WALTMAN y J. HASS, *The Communication of Hate*, Peter Lang Publishing, New York, 2011, p. 83.

Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, presidido por la magistrada Concepción Espejel Jorquera, sentenció a dos años y un día de prisión a Hasél por el delito de enaltecimiento del terrorismo y a veintiocho meses de multa por los delitos de injurias a la Corona y las instituciones⁴⁹. La Sentencia de la Audiencia Nacional 27/2018 contó con un interesante voto particular disidente de la magistrada Manuela Fernández Prado que puso de manifiesto la reciente STS 52/2018 de 31 de enero, mediante la que –en un caso similar de persecución de un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo por la difusión de contenidos en las redes sociales– el TS exigió que para que constitucionalmente fuese legítima una injerencia legislativa en la libertad de expresión se debe de dar algún tipo de incitación, aun cuando fuere indirecta⁵⁰.

En aquel supuesto, como en el ahora analizado, la difusión de los mensajes no fue seguida de una incitación a la acción ni generaron peligro para las personas. “La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social”⁵¹.

Con esas bases, la magistrada Fernández Prado analizó el ideario comunista de Hasél con las letras de sus canciones y tuis; llegando a la conclusión de que para realizar ese proceso valorativo de forma correcta era preciso contrastar las expresiones con las circunstancias del caso, así como las propias del “autor, el destinatario del mensaje, el contexto, incluso histórico, todo lo cual permitirá establecer la importancia y la verosimilitud del riesgo”⁵².

Sin duda los razonamientos expuestos por la magistrada Fernández Prado auguraban un cambio de rumbo cualitativo. Pero hasta que eso ocurra será complicado conocer con certeza los límites de lo permisible al tiempo que el legislador ha seguido acotando el cerco al ampliar el tipo delictivo de enaltecimiento a la difusión en Internet o a circunstancias tan evanescentes y subjetivas como la paz pública, el sentimiento de inseguridad o el temor de la sociedad⁵³.

49 En el proceso se sometieron a prueba 64 tuits publicados por el acusado en su perfil de *Twitter*, así como un video con una canción de *rap* compuesta por Hasél y publicada en *Youtube*. Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27/2018, de 2 de marzo de 2018.

50 Véase la STS 52/2018 de 31 de enero, FJ. 2.

51 *Ibid.*, FJ. 5.

52 Véase la SAN 28/2018, de 2 de marzo de 2018, Voto particular disidente de la Magistrada Fernández Prado.

53 Véase la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, *BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, Artículo 578, pp. 27183-4.

4. Cuando el humor negro inerte en las redes sociales durante cuatro años pasa a insertarse entre el enaltecimiento del terrorismo y el honor de las víctimas

El empleo extensivo y abusivo del tipo delictivo de enaltecimiento del terrorismo ha sido también objeto de persecución política. La polémica querrela presentada contra un político del Ayuntamiento de Madrid por el contenido de unos mensajes vertidos en las redes sociales –cuatro años antes de pasar a ser una figura política– nos da una buena muestra de cómo el empleo abusivo del recurso de los tribunales puede ser utilizado para dañar la imagen de un político⁵⁴.

Sin que se reportara la transmisión de un peligro, ni la lesión a la dignidad de los afectados en la difusión de los mensajes, y a pesar de que la única persona afectada de forma directa probara no haber sufrido humillación alguna por los mensajes juzgados⁵⁵, la elevada presión mediática y política en contra del recién electo concejal de la formación Ahora Madrid, Guillermo Zapata Romero, forzó el pronunciamiento del juez de la Audiencia Nacional Santiago Juan Pedraz Gómez. Este, acertadamente consideró que los mensajes por los que se denunciaba al político no podían suponer la comisión de hecho delictivo alguno, por no integrarse en una conducta especialmente perversa, ni comprender un dolo específico. Correspondiendo en cambio con chistes de humor negro que, en efecto, pudieran producir perplejidad e indignación mas no sujetos a un reproche penal⁵⁶.

Según planteaba este magistrado, admitir que este tipo de acciones se incorporen en la esfera del Derecho penal propiciaría entrar en el principio del *slippery slope*,

54 Pasados unos días de la celebración de las elecciones municipales del 24 de mayo de 2015, el nuevo concejal electo de la plataforma política “Ahora Madrid”, Guillermo Zapata, fue acusado de haber vertido en la red social *Twitter* varios mensajes cuyos contenidos, según la Asociación Dignidad y Justicia –a la que se uniría el sindicato Manos Limpias– humillaban a las víctimas del terrorismo y a los supervivientes del holocausto judío. Hechos desmentidos por la propia víctima del terrorismo a la que se dirigió de forma nominal en uno de los mensajes vertidos. Véase el Auto de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2015, del Juzgado central de instrucción núm. 1. Diligencias previas 86/2015.

55 A través de un escrito de imposibilidad de comparecencia, la única persona afectada de forma nominal en los mensajes de Zapata (la víctima del atentado de ETA, Irene Villa) afirmó que “la querrela interpuesta por la Asociación Dignidad y Justicia, por la publicación en un medio digital determinados chistes, no han afectado a mi persona, ni me han causado ninguna humillación, habiendo convivido desde el atentado terrorista con este tipo de humor negro que he entendido desde mi infancia como una expresión sátira de un grave hecho acaecido, siempre como una expresión de la gran gravedad de los hechos en los que sin quererlo me vi implicada y no como una falta de respeto o humillación hacia mi persona”. *Ibid.*, Hechos.

56 *Ibid.*, FJ. 3.

en el que la pendiente resbaladiza determinaría que todos aquellos mensajes similares vertidos en las redes sociales debieran de ser perseguidos, y conduciría a que cualquier persona o colectivo que defienda intereses afectados por una ideología, religión o creencia pudiera denunciar la publicación de contenidos similares. Tal objeto –advertía– no puede ser el deseado por el legislador, no solo porque colisionaría con el principio de intervención mínima “sino por la clara inconstitucionalidad con el derecho a la libertad de expresión. Y tampoco el Derecho penal quiere un Derecho penal del enemigo, desde luego una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho”⁵⁷.

De admitirse este tipo de denuncias, cualquier comportamiento de los cargos públicos que, dentro del *animus jocandi*, pudiera producir perplejidad o indignación en un sector de la sociedad, conduciría a un castigo que penal daría lugar a una nueva pendiente resbaladiza que posibilitaría el amordazamiento inconstitucional de los políticos⁵⁸.

No satisfecha la acusación, recurrió el archivo –a pesar de las reiteradas disculpas que públicamente emitió el concejal Zapata–, y mediante un nuevo Auto se constató la imposibilidad de la existencia de un dolo eventual, por el tiempo transcurrido desde que los mensajes fueron emitidos y la imposibilidad de que su autor pudiera prever convertirse en una figura política cuatro años después de difundirlos. Aludió así el juez a la finalidad última de la acusación, que no era otra que la persecución política, enfatizando que en el auto revocado se aludió al Derecho penal del enemigo por no constar que se hubiera procedido contra otros políticos por circunstancias similares⁵⁹.

57 De haber querido, el legislador este tipo de derecho penal de autor lo hubiera expresado con la suficiente taxatividad requerida por el Derecho penal, con el fin de que, al definir las conductas delictivas y prever las correspondientes penas, la ley satisfaga la claridad, precisión y determinación suficiente como para que los ciudadanos conozcan, con un margen de apreciación y certidumbre razonable, cuáles son los comportamientos prohibidos y la sanción por su infracción. Dado que el saber a qué atenerse debe de ser especialmente intenso en el derecho penal para servir de freno para el arbitrio judicial. *Ibid.*, FJ. 3.

58 *Ibid.*, FJ. 3.

59 Y refiriendo finalmente el causalismo clásico del Derecho penal: “la causa de la causa es causa del mal causado”; recordó este magistrado que, aunque algunas personas supongan que ciertos contenidos pueden causar dolor, no por imaginarlo, tiene que ser el hecho castigado. Lo ejemplifica de forma pragmática en el supuesto del carpintero que construyó la cama donde posteriormente se cometió adulterio. Hecho que, pese a ser delito en el momento de esa hipotética construcción, un carpintero podría imaginar, al construirla, que en la cama se pudiera cometer

Con todo, la parte querellante y la fiscalía recurrieron el archivo de las actuaciones ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la cual consideró que el caso debía de ser juzgado a tenor de que

“los chistes tan desafortunados como el relacionado con el colectivo judío deben ser cuestionados, porque también ponen de manifiesto un desprecio al sufrimiento de las víctimas del Holocausto, a la vez que se trivializa y banaliza. [...] se debe valorar el elemento subjetivo del tipo abandonando posturas que sólo admitían el dolo directo en este tipo de delitos, para poder dar paso al dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias”⁶⁰.

Finalmente, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, juzgadora última, consideró un nuevo enfoque por el que se inhibía de ponderar qué derecho era preponderante –la libertad de expresión o la dignidad de la víctima– por no constatarse el presupuesto de ofensa a la dignidad; descartando así consecuencias penales y dejando la puerta abierta a otro plano más razonable distinto al de la legalidad penal⁶¹.

El asunto *Zapata* nos ofrece una buena muestra de los peligros que alberga la criminalización del discurso por muy desacertado que resulte. El Derecho nos ofrece unos mecanismos que pueden resultar adecuados para la protección frente a ataques reales y directos incitadores de la violencia racial, xenófoba, étnica... Sin embargo, ese mismo instrumento se puede convertir en una herramienta ideal para silenciar a los enemigos sistemáticos de la opinión dominante si es utilizado de forma incontrolada. Al menos es esta la esencia que se percibe en el inicio de aquellas actuaciones, abrumadoramente extemporáneas, en las que la fuerza de los medios de comunicación y la presión del poder político forzaron las actuaciones de la justicia sin considerar los efectos de su ortodoxa aplicación y del fin último perseguido.

En tanto que la legislación penal no se adecue –apunta Dopico– esta deriva no finalizará; mientras la Fiscalía no archive conductas que no pueden constituir este tipo de delitos de expresión, ni mientras los juzgados de instrucción continúen cursando denuncias o querellas por hechos que no son delictivos.

en un futuro adulterio, pero aquello ni sería un hecho serio, ni sería la intención principal ni secundaria del carpintero. Véase el Auto (AN), de 7 de octubre de 2015, del Juzgado central de instrucción núm. 1. Diligencias previas 86/2015, FJ. 4.

60 Véase el Auto (AN) 165/2015, de 1 de octubre de 2015.

61 Véase la SAN 35/2016, de 15 de noviembre de 2016, FJ. 3.

“Mientras todo ello siga igual, nada impedirá que personas sin escrúpulos puedan manipular el proceso penal para intimidar a sus rivales políticos o sociales, sentándolos en el banquillo por hechos atípicos. Es urgente detener esta tendencia”⁶².

IV. EL DESEADO TEST DE PONDERACIÓN ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO. DE LA STS 4/2017 A LA STC 35/2020

Como hemos indicado anteriormente, en los últimos años se ha disparado exponencialmente el número de procedimientos judiciales instruidos en relación con presuntos delitos de enaltecimiento del terrorismo en España. Ello ha conducido a una caótica avalancha de actuaciones policiales y judiciales contra múltiples usuarios de las redes sociales, con la consecuente generación de un clima de incertidumbre, *chilling effect*, entre los internautas de la *social media*.

Entre los numerosos casos es interesante resaltar aquí el asunto *César Strawberry*. En este, un conocido artista musical fue procesado por lanzar diversos tuits exacerbados en los que presuntamente se enaltecía el terrorismo y el odio; sin que ello quedara acreditado⁶³. La especial relevancia de este asunto radica en la disparidad de la percepción criminal del mismo hecho, por los diferentes órganos judiciales que analizaron el caso.

62 Véase J. DOPICO, “Desconciertos de Brandemburgo...”, *cit*, p. 17.

63 “César Montaña Lehman desde el inicio de su carrera artística en el año 1988 viene utilizando el nombre artístico de César Strawberry. Tiene una cuenta en la red social Twitter, con esa identificación, abierta en 2012, con una cantidad de seguidores cercana a los 8.000. En esa cuenta entre noviembre de 2013 y enero de 2014 publicó los siguientes comentarios: 1.º El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: ‘el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO’. 2.º El día 27 de enero de 2014, a las 20:21 horas: ‘a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora’. 3.º El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: ‘Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina’. 4.º El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: ‘Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado’. 5.º El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: ‘Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco’. 6.º El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: ‘Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!’. Otro usuario le dice: ‘ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar?’. A lo que contesta: ‘un roscón-bomba’. No se ha acreditado que César Montaña Lehman con estos mensajes buscase defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas”. Véase la STC 35/ 2020, de 25 de febrero de 2020, *BOE* núm. 83, de 26 de marzo de 2020, p. 27329.

Absuelto del delito de enaltecimiento del terrorismo por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁶⁴, el Ministerio Fiscal apeló la sentencia ante el TS lo cual dio paso al desarrollo de interesantes análisis del sentido y alcance del delito de enaltecimiento del terrorismo. Lo reproducimos.

“La interpretación de un precepto como el art. 578 del CP no está exenta de dificultades. De una parte, porque no faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal. De otra, porque la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución - discurso del odio- con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable. De ahí la importancia de no convertir la libertad de expresión -y los límites que ésta tolera y ampara- en el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP”⁶⁵.

El foco de la analítica no dejó de lado el fenómeno del efecto multiplicador del discurso a través de las redes sociales.

“Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues

64 El fallo de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contó con el voto particular parcialmente disidente del magistrado Nicolás Poveda Peña, que hizo una interesante observación: “Es lógico que se puede utilizar un tono provocador, sarcástico e irónico en sus tuits como dice la mayoría, pero dada su condición de perito en medios debe de valorar el contenido en orden al receptor del mismo, dada la incidencia que desde su posición se tiene. Y la ironía, el sarcasmo y la provocación que realiza, debe de ser contemplada también por el destinatario al que se dirige”. Véase la SAN 20/2016, de 18 de julio, Voto disidente del magistrado Poveda Peñas.

65 Véase la STS 4/2017, de 18 de enero de 2017, FJ. 2.

desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal⁶⁶.

A pesar del reconocimiento a la debida ponderación del mensaje, el propio TS descartó, por otra parte, someterse al desarrollo de este tipo de escrutinios al sostener que el artículo 578 del CP solo exige el dolo que no es otro que tener la conciencia y voluntad de lo que se difunde⁶⁷. Su objetivo no era tratar de penalizar un chiste de mal gusto sino una de las facetas de la humillación consistente en la burla valiéndose de una cuenta de Twitter.

Respecto a esta última perspectiva del TS, en la más reciente jurisprudencia en esta materia, el TC se pronuncia sobre el recurso de amparo de *Strawberry* y nos ofrece ahora una nueva doctrina que va a sostener, sentando con claridad diversos puntos determinantes sobre el nuevo juicio de proporcionalidad relativo a la limitación del derecho a la libertad de expresión.

Encomienda ahora el TC el primer triaje al juez de lo penal, al que empodera en pro del respeto por el libre ejercicio del derecho fundamental:

“(i) que la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables han de ser consideradas de por sí lesivas del derecho fundamental y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada; (ii) que han de quedar equiparadas las consecuencias de esa omisión a los supuestos en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento; y (iii) que ese examen preliminar también corresponde hacerlo al juez penal en el caso de sanciones penales como cuestión previa a la

66 *Ibid.*, FJ. 2.

67 “La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas -siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577-; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo”. *Ibid.*, FJ. 3.

aplicación del tipo penal [...] Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este tipo de supuestos [sic.] debe quedar limitada, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal –que, en su caso, serán objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)–, a verificar si las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal, han valorado como cuestión previa si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales”⁶⁸.

Admite en definitiva el TC que no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión convierte la conducta en ilícito penal. Y resalta los efectos nocivos del empleo de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño sobre la dignidad e integridad moral de las personas afectadas.

Teniendo presente los dos parámetros anteriores: el contenido del mensaje y su forma de emisión, el TC emplaza a considerarlos para tomar en consideración “cuando se da cumplimiento a la exigencia previa de ponderación del derecho a la libertad de expresión antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicable a la conducta imputada al recurrente”⁶⁹.

En *Strawberry* el TC reprueba –de la misma forma que nosotros lo reprobamos– los deleznable tuits que este artista divulgó; pero deja establecida una nueva doctrina que abre la puerta a la cordura en lo que concierne a la interpretación de los delitos de incitación al odio y enaltecimiento del terrorismo.

“La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia

68 Énfasis añadido. Véase la STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020, FJ. 4, BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020, pp. 27346-74.

69 *Ibid.*, FJ. 5, p. 27348.

ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia”⁷⁰.

Representando esta nueva doctrina un avance significativo, la falta de consenso entre los dos altos tribunales españoles sigue sin marcar un rumbo determinado. Este pequeño progreso pudiera haberse cristalizado si el TC hubiera exhibido músculo y tomando la determinación de entrar en el análisis de la constitucionalidad expansiva del artículo 578 del CP. Esta falta de determinación seguirá generando una alta inseguridad jurídica con el consecuente efecto general de silenciamiento⁷¹.

Por otra parte, la absolución, en sede constitucional, a la difusión de contenidos en redes sociales que no incitaban a la violencia en *Strawberry*, continúa empañada con la condena a dos años de prisión por enaltecimiento del terrorismo y un año de prisión por injurias a la Corona del artista de rap Miguel Arenas Beltrán, *Valtonyc*, y el ingreso en prisión de *Hasél*, entre otros.

Lejos de avistarse luces al final del túnel, el TS se contradice a sí mismo y se entronca en la persecución de contenidos atendiendo a la finalidad o motivación y la valoración del riesgo no real, bajo la vaga e incierta denominación de “en abstracto”⁷². A mayor perplejidad, la Sala de lo Penal del TS, consciente de la posibilidad de que el TEDH condenara, una vez más, a España por la persecución de mensajes que atenten contra el honor de la Corona y las instituciones, de forma pusilánime trató de huir de la consolidada jurisprudencia del TEDH en asuntos relacionados con la sobreprotección de las instituciones⁷³.

70 *Ibid.*, FJ. 5, p. 27349.

71 Sobre estos aspectos Teruel Lozano apunta que por mucho que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sea vinculante para los órganos judiciales, resulta inadecuado realizar una interpretación constitucionalizada del delito de enaltecimiento del terrorismo. Véase G. M. TERUEL LOZANO, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021, p. 429.

72 “Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como ‘aptitud’ ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas”. Véase la STS 79/2018 de 15 de febrero de 2018, FJ. 2.

73 “La sentencia confunde crítica política con una crítica personal. La sentencia no debió invocar una jurisprudencia europea prevista para formas de estado republicanas u otras monarquías distintas de la española”. *Ibid.*, FJ. 3.

Más allá de la jurisdicción de los tribunales españoles, Valtonyc, prófugo de la justicia española en Bélgica, agotó la jurisdicción nacional y europea, sin que esta STS fuera revisada al haber sido rechazados sus recursos ante el TC y el TEDH.

Pero la batalla por la defensa de la difusión de contenidos en las redes sociales continúa abierta y sigue provocando asperezas entre los tribunales, *a posteriori* de la doctrina sentada en *Strawberry*⁷⁴. Nuevamente, el asunto *Hasél* ha vuelto a levantar ampollas a la vista de la sentencia del segundo recurso de casación interpuesto; ahora, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27/2018.

En el último pronunciamiento del TS sobre el asunto *Hasél*, bajo la ponencia del magistrado Vicente Magro Servet, se ha tratado de nutrir de importantes dosis de Derecho positivo, al incorporar a las deliberaciones diferentes textos internacionales; incluidas la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos. Pero, con poco más de tres meses de separación, nuevamente el TS se distancia nuevamente de la última línea establecida por el TC, al entender que los tuits no eran susceptibles de ser interpretados como producto de una intencionalidad crítica en el ámbito político y social, sino que ensalzan a terroristas y postulan su seguimiento al considerar que la intención de *Hasél* no era irónica, se daba un riesgo evidente ante 54 mil seguidores y existía un riesgo abstracto.

“la libertad de expresión no puede utilizarse como ‘paraguas’ o ‘cheque en blanco’ para ensalzar autores relacionados con el terrorismo fomentando sus actividades y ensalzándolas [...] No es arte en modo alguno lo que se recoge en los hechos probados. Es difusión y provocación del mensaje violento de amparo al terrorismo con aptitud. idoneidad y eficacia en el *modus operandi* utilizado”⁷⁵.

La vuelta de tuerca también remachaba nuevamente la postura del TS frente a las injurias contra la Corona. En contra de la sentada doctrina del TEDH, nuevamente el TS reiteraba que no puede admitirse que la monarquía suponga una servidumbre de carga que obliga a aceptar la emisión pública de injurias y calumnias

74 Tal y como apunta la magistrada Comas d’ Argemir, es urgente revisar la ingente redacción del artículo 510 del CP y la extensión de la apología del terrorismo a través de las redes sociales del artículo 578, introducidas sin consenso parlamentario en 2015. Véase M. COMAS D’ARGEMIR, “El conflicto entre libertad de expresión y los delitos de opinión...”, *cit.*, pp. 13-14. Véase también M.A. PRESNO LINERA, “La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 61, 2020, pp. 72- 74.

75 Véase la STS 135/2020, de 7 de mayo de 2020, FJ. 2.

que pueda visualizar un amplio público. Pero, como hemos advertido, el acto condenatorio no elimina la emisión de los contenidos, sino que los incrementa con su publicidad.

En este nuevo asunto se acusaba a Hasél de criticar la existencia de fortunas personales del monarca no declaradas, sus relaciones promiscuas, salidas de tono e incluso se cuestionaba el legado del régimen franquista. Temas que, en opinión del TS, suponen un ataque personal, directo y despiadado a la Casa Real y sus miembros; contrario al principio de proporcionalidad. Ratificando (3/2) la condena impuesta por la Audiencia Nacional.

“El mercado de las ideas no puede tener soporte bajo la difusión de aquellas que sean tenidas por buenas y válidas para su autor por sus cuestiones o convicciones personales [...] bajo el manto de la injuria, la calumnia, hostilidad [...] este discurso del exceso verbal punible no entra en la pretendida libertad de expresión, sino que entra en lo que podría denominarse como el libertinaje de expresión”⁷⁶.

Dos votos particulares disidentes de los magistrados Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y Ana María Ferrer García, denotaron la división de la concepción jurídica de la materia y desvirtuaron por sí solos las teorías expuestas. Por un lado, estos magistrados desmontan la teoría del riesgo dimanante de la presunta incitación a la violencia, al advertir que los hechos rememoran acontecimientos producidos un cuarto de siglo atrás. Por otro lado, hallan en los tuits analizados una sintonía ideológica que contiene una dura crítica con las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y muestra su oposición a la Monarquía como forma política del Estado. Resaltando finalmente la veracidad e interés público de la materia divulgada por Hasél.

“Una crítica que canaliza una protesta portadora del desconcierto y la frustración de muchos, prueba de ello es el número de seguidores con que contaba el perfil del acusado o las veces que se reprodujo la canción. Una reprobación basada en hechos, no sustentados en una verdad ni objetiva ni formal, simplemente abordados, pero que el acusado no se inventó, pues estaban a la fecha, y aun ahora, en el debate público a través de los medios de comunicación. En definitiva, una crítica que no desborda los contornos de la libertad de expresión ponderada en relación a un derecho penal de inspiración constitucional y

76 *Ibid.*, FJ. 3.

democrática, que ha de ser especialmente respetuoso con aquella, en particular cuando proyecta su reproche sobre una institución pública”⁷⁷.

La mera veracidad de los hechos *–exceptio veritatis–* por los que fue imputado, debería de haber eximido de responsabilidad a su autor siguiendo la letra del artículo 210 del CP⁷⁸.

En este punto es importante recordar al mítico juez Oliver W. Holmes donde, en *Bleistein vs. Donaldson Lithographing Company*, advirtió del peligro que representa que personas entrenadas únicamente en el Derecho se constituyan juzgadores de ilustraciones pictóricas. “Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke”⁷⁹.

Definir qué es arte, por muy grotesco que pueda resultar, es *–como advierte Vázquez Alonso–* demasiada tarea para un jurista⁸⁰. Lo anterior, sumado con las nuevas formas de comunicación a través de Internet dotan de una mayor complejidad a cualquier escrutinio que se requiera establecer sobre la difusión de este tipo de contenidos. Si a ello le añadimos la novedad y el vigor de la *social media*, cualquier tipo de escrutinio deberá de ser siempre pormenorizado⁸¹.

V. CONCLUSIONES

Desde que en 2001 se iniciara la denominada *War on Terror*, los gobiernos europeos han venido implementando una serie de políticas criminales contra el terrorismo y la violencia sin sopesar detenidamente las posibles interferencias con otros

77 *Ibid.*, Voto particular disidente de los magistrados Colmenero Menéndez de Luarda y Ferrer García.

78 “El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas”. Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Legislación consolidada a 20 de marzo de 2021, BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995, artículo 210.

79 Véase *Bleistein vs. Donaldson Lithographing Company*, 188 U.S. 239, 1903.

80 Véase V. J. VÁZQUEZ ALONSO, “La libertad de expresión artística. Una primera aproximación”, *Estudios de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, vol. 62, núm. 2, 2014, p. 86.

81 Cualquier tipo de intervención sobre las nuevas formas de comunicación en masa demanda “una relectura vistas las nuevas formas de control y los peligros que surgen para el pluralismo en el nuevo medio”. Véase G. M. TERUEL LOZANO, “Libertad de expresión y censura en Internet”, *Estudios de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, vol. 62, núm. 2, 2014, p. 71.

derechos fundamentales. Ello devino en una implementación vaga e imprecisa de la legislación penal que ha conducido al empleo extralimitado, e incluso partidista, del Derecho penal; suscitando así un clima de autocensura social extremadamente peligroso. Ejemplifiquémoslo con algunos casos reales.

El pasado mes de febrero de 2021, una facción de la bancada del Congreso de los Diputados homenajeaba con un aplauso al general Enrique Rodríguez Galindo, terrorista de los GAL fallecido días antes y que fue condenado por el TS a 75 años de prisión. Un día antes de este acto, el artista de rap Pablo Hasél ingresaba en prisión condenado por enaltecer el terrorismo mediante las deleznable letras de sus canciones y los mensajes vertidos en las redes sociales, y por injuriar a la Corona. Las réplicas del encarcelamiento no tardaron en llegar y una serie de manifestaciones en defensa de la libertad de expresión desataron unos repudiables episodios de violencia callejera, que las canciones por las que fue condenado nunca produjeron.

Al margen del sensacionalismo que pueda aflorar, no podemos olvidar aquí que Internet y la vigorosidad de la *social media* continúa representando un continuo desafío para el control de contenidos violentos y amenazantes. La rapidez con la que la comunicación telemática ha llegado a nuestra sociedad y la facilidad con la que los mensajes son multiplicados y diseminados han avezado las formas de propagación del terror. Una buena prueba de ello la encontramos en el abrumador expansionismo del mal denominado terrorismo islámico. Sin embargo, no por ello cualquier tipo de expresión inquietante debe perder la protección que le brinda el derecho a la libertad de expresión y de difusión de ideas.

Convertir la expresión artística y la divulgación ideológica en tipo delictivo, sin constatar la existencia de un peligro real e inminente de incitación a la violencia, conlleva la destrucción de la confianza democrática⁸². De hacerse extensiva la aplicación de los tipos penales de apología o enaltecimiento del terrorismo o de incitación al odio y la violencia se debería comenzar a revisar profundamente el riesgo real y efectivo de los mensajes divulgados por los líderes mundiales con millones de seguidores, el cine bélico y, como apunta Post, hasta las novelas y el entretenimiento

82 Este riesgo de colapso democrático no es algo en absoluto novedoso y ya fue advertido por Sócrates, con lucidez contemporánea, donde indicaba de los peligros que la restricción de la divulgación de las ideas conllevaría para la República. Véase D. MARTÍN HERRERA, “*Hate speech* y libertad de expresión desde la Grecia de Sócrates a la democracia actual”, *e-Legal History Review*, núm. 28, Editorial Iustel, 2018, pp. 4-7.

popular⁸³. Llegado este supuesto sería interesante considerar el grado de aceptación social ante la censura por apología del terrorismo de canciones como *I Shot The Sheriff* de Bob Marley o los videojuegos violentos que están dirigidos a un público susceptible de ser impresionado, la juventud.

Afortunadamente el fantasma del terrorismo de ETA es hoy cosa de un cercano y dramático pasado. Sin considerar la seguridad jurídica y las garantías constitucionales por el respeto a los derechos fundamentales, ningún sentido tiene actualmente, en nuestro país, que se instruyan más causas penales por enaltecimiento del terrorismo de las que se instruían en los periodos más sangrientos de ETA.

Por otra parte, la perseverancia con la que el Estado continúa arrojando el honor de la Corona y las instituciones emborrona los esfuerzos de generaciones que han hecho porque este país finalmente evolucione. En poco más de cuatro décadas, España ha salido del tremedal de la miseria y la represión para situarse en el edificio de la democracia europea. Continuar persiguiendo penalmente el discurso lascivo contra la monarquía solo es propio de tiempos isabelinos. España ha sido reiteradamente condenada ante el TEDH por perseguir penalmente la crítica política, por hiriente que resulte. Todo ello redundará en una falta de lealtad a las instituciones europeas y en un insulto al modelo democrático que, entre todos, y con muchísimo esfuerzo, deseamos consolidar en la Unión Europea.

Resumen

Establecer el límite entre lo que es socialmente permisible y lo penalmente punible siempre ha sido objeto de controversia. Y cuando en ello se pueden ver afectados derechos fundamentales, la problemática está asegurada y la seguridad jurídica en riesgo. En los últimos años, demasiados han sido los internautas que se han visto involucrados en indeseados procedimientos penales a consecuencia de los mensajes que han divulgados en las redes sociales. Las múltiples condenas por la difusión de contenidos, sin riesgo real para las personas, han encendido las alarmas del Consejo de Europa. A principios de 2021, la Comisaria para los derechos humanos del Consejo de Europa, Dunja Mijatović, envió una nota al Ministro de Justicia español expresando, con presunción, su preocupación por el incremento de condenas penales sobre artistas y activistas de la social media con respecto a las letras de sus canciones o los mensajes divulgados. La misiva, llegaba en un momento en el que el debate interno, en torno a la libertad de expresión, ha adquirido un tono más contundente con respecto a los límites constitucionalmente exigibles a la expresión artística y de los medios de comunicación social.

83 “When law uses community norms to restrict participation in public discourse, it limits the capacity of persons to contribute if the formation of that ‘public opinion which is the final source of government in a democratic state’”. Véase R. POST, “Hate speech”, en J. WEINSTEIN, y I. HARE, *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2009, pp. 123-138.

Concretamente, en la última década la disyuntiva ha venido girando en torno a la persecución de conductas expresivas relacionadas con la glorificación o justificación del terrorismo, la incitación al odio y el honor de la Corona y las instituciones. El presente artículo analiza las bases del especial margen de apreciación que se ha venido otorgando a las conductas delictivas relacionadas con la justificación o el ensalzamiento del terrorismo en España, las directrices que han conducido al establecimiento de la norma y el tratamiento impartido por los tribunales. Para ello se han seleccionado diversos casos judiciales, de máxima actualidad, en los que se expone la disparidad de criterios judiciales. Los datos arrojados serán contrastados con la reciente jurisprudencia europea y se equilibrarán al modo del test de medidas necesarias en una sociedad democrática aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Terrorismo, hate speech, libertad de expresión, principio de proporcionalidad, chilling efecto.

Abstract

Establishing the limit between what is socially permissible and what is criminally punishable has always been the subject of controversy. And when fundamental rights are concerned, the problem is assured and legal security is at risk. In recent years, too many Internet users have been involved in unwanted criminal proceedings as a result of the messages expressed on social networks. The multiple convictions for the dissemination of content without real risk to people have set off the alarms of the Council of Europe. At the beginning of 2021, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Dunja Mijatović, sent a note to the Spanish Minister of Justice expressing, with presumption, her concern about the increase in criminal sentences against artists and activists of the social media with respect to the lyrics of their songs or the disclosed messages. The missive has come at a time when the internal debate on freedom of expression has acquired a more forceful tone with respect to the constitutionally enforceable limits to artistic expression and the social media. Specifically, in the last decade the dilemma has revolved around the persecution of expressive behaviours related to the glorification or justification of terrorism, incitement to hatred and the honour of the Crown and the institutions. This article will analyse the bases of the special margin of appreciation granted to criminal behaviours related to the justification or glorification of terrorism in Spain, the guidelines that have led to the establishment of the norm and the treatment given by the courts. The data released will be contrasted with recent European jurisprudence and will be balanced in the manner of the test of necessary measures in a democratic society of the European Court for Human Rights.

Keywords

Terrorism, hate speech, freedom of speech, proportionality, chilling effect.

Recibido: 5 de octubre de 2021

Aceptado: 3 de noviembre de 2021

Artículos



EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: ENTRE DEMOCRACIA LIBERAL Y SOLIDARIDAD*

The principle of subsidiarity: between liberal democracy and solidarity

ANTONIO D'ATENA

*Professore emerito de Diritto Costituzionale
nell'Università "Tor Vergata" di Roma*

SUMARIO:

- I. Premisa.
- II. El principio de subsidiariedad vertical: la garantía de las mayorías políticas más cercanas a los interesados y el deber del *subsidium* por los niveles superiores.
- III. La subsidiariedad horizontal: la garantía de la sociedad civil frente a la estatalidad.
- IV. Subsidiariedad y proporcionalidad: la graduación de los actos, la graduación de los actores y la garantía de las autonomías funcionales.

I. PREMISA

El principio de subsidiariedad se inscribe en la trama de tensiones que marcan la conflictividad axiológica que recorre las Constituciones democráticas de tipo pluralistas¹.

La mayor tensión a este respecto se deriva de la circunstancia de que, en este tipo de sistemas, no existe un sistema de democracia absoluta, sino un sistema de democracia liberal: un sistema en el que el principio democrático coexiste con principios liberales-garantistas que limitan su alcance².

* Traducido del italiano por Antonio Pérez Miras.

1 Sobre la complejidad axiológica que se encuentra en las Constituciones del pluralismo, *cf.*, en general: P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts., 1980. Esclarecedor, con referencia al pacto por el que nació la Constitución de la República italiana y al punto de equilibrio alcanzado entre los diversos componentes presentes en la Asamblea Constituyente: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 30 ss. (que también puede leerse en la colección dirigida por F. Modugno y M. Ruotolo sobre los *Constitucionalistas del siglo XX*: V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, pp. 149 ss.).

2 Al respecto me permito remitir a A. D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi*

A diferencia de cuanto sucede en los sistemas de democracia absoluta –los cuales encuentran hoy en las democracias iliberales su manifestación más inquietante³– el sistema liberal-democrático se construye por entero en el equilibrio entre la democracia y el Estado de Derecho: entre la decisión de la mayoría (que conforma estructuralmente la primera) y la tutela de los derechos fundamentales (en los que el segundo realiza su específica vocación funcional).

Los signos del equilibrio entre estos dos componentes son fáciles de ver. Piénsese, por ejemplo, en el principio de separación de poderes, según el cual la redacción de las normas se confía a órganos de extracción política, mientras que la aplicación, en términos individuales y concretos, de las propias normas se reserva a órganos imparciales. Piénsese, además, en la tutela judicial contra los actos de la administración pública, que marca el paso del Estado legal al verdadero Estado de Derecho. Piénsese, por último, en la inagotabilidad de las fuentes del derecho (que garantiza la adaptación de las normas a la variación de las mayorías políticas a lo largo del tiempo), que se contraponen a la existencia de “cláusulas de eternidad”, que sustraen a la dinámica democrática las opciones valorativas fundamentales. Y se podría continuar...

Como este autor ha sostenido en años ya lejanos, el impacto del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico positivo tiene un alcance disruptivo,

costituzionali, Dir. e soc., 1996, así como en A. D'ATENA, E. LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Carocci, Roma, 1998; igualmente: GEMMA, “Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici”, en *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, II, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1260 ss. Una perspectiva no muy diferente es también acogida por la doctrina politológica, la cual, sin embargo, por falta de cultura constitucional, tiende a no acudir a la raíz del difícil equilibrio entre los principios constitucionales que se contraponen en los sistemas de democracia liberal. Un ejemplo de este modo de proceder: J.C. ISAAC, “Is there illiberal democracy? A problem with no semantic solution”, *Eurozine*, 9-8-2017.

3 Al respecto, sobre los ordenamientos más significativos –el húngaro y el polaco– vid., en la doctrina italiana más reciente: M.A. ORLANDI, “La ‘democrazia illiberale’. Ungheria e Polonia a confronto”, *DPCE*, 2019, pp. 167 ss. Además, con referencia a las posiciones seguidas en este caso por la Unión Europea: P. MORI, “La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi”, *federalismi.it*, n.8, 2020. En general sobre la democracia liberal, véase el autor que ha acuñado esta categoría: F. ZAKARIA, “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, pp. 22 ss.; ID., *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, W. W. Norton & Company, New York-London, 2007; mientras que sobre el criterio de la distinción entre la democracia liberal y la autocracia: A. D'ATENA, “Sul cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet”, *Lo Stato*, n. 13, 2019, pp. 261 ss., spec. 262 s.

comparable al del principio de separación de poderes, en el momento de su afirmación histórica⁴.

Esto, ante todo, cumple una función de garantía, análoga a la de los tradicionales equilibrios liberal-garantistas del principio democrático. Y, por tanto, puede considerarse como uno de tales equilibrios.

Pero no basta.

El principio de subsidiariedad, de hecho, no tiene sólo como fin la tutela de los niveles más cercanos a los interesados respecto de los más alejados. Esto viene también informado por una lógica que podría decirse solidaria, en cuanto que el favor por la proximidad no excluye (y de hecho necesita) que el nivel superior se haga cargo de exigencias que el inferior no está en grado de satisfacer⁵.

En el principio, por tanto, conviven dos vertientes: una vertiente negativa (que se manifiesta en el deber de abstención de los niveles más alejados de los interesados, donde los más cercanos están en mejores condiciones de operar satisfactoriamente), y una vertiente positiva (que se manifiesta en el deber de intervención del nivel superior en caso de inadecuación del inferior).

Esto vale para las dos declinaciones que, según una distinción asentada desde hace tiempo en la doctrina constitucionalista italiana, ello comporta: la declinación vertical y la declinación horizontal⁶.

4 A. D'ATENA, "Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana", *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 1997 (también en ID., *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 343).

5 Esta ambivalencia del principio de subsidiariedad lleva a una parte de la doctrina a calificarlo como un Jano de dos caras. Vid., en concreto: P. BILANCIA, "Il carattere bifronte del principio di sussidiarietà", en E. DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 73 ss.; A. D'ATENA, "Unità nazionale tra integrazione sovranazionale e autonomie regionali, Relazione al convegno AIC svoltosi a Torino nei giorni 28 e 29 ottobre 2011", *Rass.parl.*, 3/2014, y también en A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Giappicheli, Torino, 2016, p. 62.

6 La categoría de la subsidiariedad horizontal, introducida en Italia —si no hay error— por algunos trabajos de quien escribe (A. D'ATENA, "Forma Stato dalla piramide all'arcipelago [relazione al convegno su 'Le autonomie funzionali: las Camere de Commercio, problemi e prospettive', CNEL, 20 marzo 1996]", *Impresa & Stato*, n. 33, 1996; ID., "Le Camere de commercio tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale", *Impresa & Stato*, n. 51, 1999), es hoy utilizada pacíficamente en la literatura. Vid., de hecho.: G. PASTORI, "La sussidiarietà 'orizzontale' alla prova dei fatti nelle recenti riforme amministrative", en A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, CEDAM, Padova, 1999; P. DURET, "La sussidiarietà 'orizzontale': le radici e le suggestioni di un concetto", *Jus*, 2000; T.E. FROSINI, "Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale", *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2000; A.M. POGGI, *Le autonomie fun-*

II. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD VERTICAL: LA GARANTÍA DE LAS MAYORÍAS POLÍTICAS MÁS CERCANAS A LOS INTERESADOS Y EL DEBER DEL *SUBSIDIUM* POR LOS NIVELES SUPERIORES

En el ordenamiento jurídico italiano, la primera declinación encuentra su expresión más clara en el criterio que preside el reparto de competencias administrativas entre los diversos niveles territoriales de gobierno. Siguiendo el art. 118,1 Cost., de hecho: a) al ente territorial más cercano a los ciudadanos (el Ayuntamiento) corresponde la competencia administrativa general; b) las funciones ahí comprendidas pueden ser asumidas, mediante un acto legislativo, por un nivel superior. La

zionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale, Milano, 2001; G.U. RESCIGNO, "Principio de sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Dir. pubbl.*, 2002; A. ALBANESE, "Il principio de sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici", *Dir. pubbl.*, 2002; C. CITTADINO, "Verso il federalismo: sussidiarietà orizzontale tra Stato ed autonomie", *Comuni d'Italia*, 2003; P. DE CARLI, "Ripercussioni legislative del principio de sussidiarietà orizzontale", *Amministrare*, 2004; P. FALZEA, "L'intervento dei soggetti privati nelle attività de interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione", en L. VENTURA (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi de una riforma infinita*, Giappichelli, Torino, 2004; G. RAZZANO, "Il Consiglio de Stato, il principio de sussidiarietà orizzontale e le imprese", *Giur. it.*, 2004; A. LUCARELLI, "Il diritto alla salute tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale", en ID., *Percorsi del regionalismo italiano*, Giuffrè, Milano, 2004; J.I. ALONSO PÉREZ, *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, en G. CIMBALO, J.I. ALONSO PÉREZ, *Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*. Atti del convegno, Ravenna 25-27 settembre 2003, Giappichelli, Torino, 2005; F. MONTEMURRO, "La sussidiarietà orizzontale", *Guida enti loc.*, 2005; G. ARENA, "Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione", en *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005; S. STAIANO, "La sussidiarietà orizzontale: profili teorici", *federalismi.it*, 2/2006; B. CAVALLLO, "Sussidiarietà orizzontale e l. n. 241/1990 nel governo del territorio", *Riv. giur. urb.*, 2006; A. D'ATENA, "Sussidiarietà orizzontale e affidamento 'in house'", *Giur. cost.*, 2008; F. NICOLETTI, "La promozione dell'attività di interesse generale degli enti privati tra sussidiarietà orizzontale e discrezionalità amministrativa", *Dir. econ.*, 2008; M. MENGOZZI, "Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile", *federalismi.it*, 21/2013; E. GIANFRANCESCO, "Sussidiarietà orizzontale e Regioni: alla ricerca della prescrittività", *Amministrazione in cammino*, 20 de enero de 2018. Sobre las dos declinaciones del principio, vid., en concreto: A. D'ATENA, "Las declinaciones de la subsidiariedad en el derecho constitucional italiano", *Revista de Derecho Político*, n. 79, 2010, así como: F. BALAGUER CALLEJÓN, "Subsidiariedad horizontal y vertical", en F. BALAGUER CALLEJÓN, L. ORTEGA, G. CÁMARA VILLAR, J.A. MONTILLA MARTOS (coords.), *Reformas estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

disposición prevé que esa reubicación no sea incondicionada, sino que debe, por lo demás, respetar el principio de subsidiariedad.

La referencia al principio de subsidiariedad es esencial. Comporta que la reubicación de la competencia responda a la inadecuación de los niveles inferiores: a las circunstancias de que estos “no puedan”, recuperando las palabras de un orden del día presentado en la Asamblea Constituyente italiana, en 1947, por uno de sus miembros más destacados: Giuseppe Dossetti⁷. Esto significa dos cosas: ante todo, que la condición indispensable para la asunción de funciones sea la inadecuación de los niveles inferiores para ejercerlas; en segundo lugar, que, en el recorrido que va desde el Ayuntamiento pasando por la Provincia, la Ciudad metropolitana, la Región hasta llegar al Estado, la reubicación se ha de detener en el primer nivel útil, en tanto que será el más cercano a la colectividad a cuya función se refiere.

Sería del todo reduccionista dar a esta previsión una lectura caracterizada exclusivamente por el principio de eficiencia, que se limitaría a explicitar el criterio obvio, según el cual el nivel institucional llamado a desarrollar una determinada función deba estar en disposición de ejercerla⁸. Si se interpretase así el sistema, la norma se-

7 La propuesta de orden del día, presentada por Dossetti el 9 de septiembre de 1946 a la primera subcomisión, no se sometió a votación porque se prefirió pasar directamente al articulado. Este es su contenido: “La subcomisión, tras examinar los posibles enfoques sistemáticos de una declaración de derechos humanos [...] considera que el único planteamiento que se ajusta realmente a las exigencias históricas, que debe satisfacer el nuevo estatuto de la Italia democrática, es el que: a) reconoce la precedencia sustancial de la persona humana (entendida como la plenitud de sus valores y necesidades, no sólo materiales sino también espirituales) con respecto al Estado y el destino de éste al servicio de aquélla; b) reconoce al mismo tiempo la necesaria socialidad de todas las personas, que están destinadas a completarse y perfeccionarse mutuamente mediante una solidaridad económica y espiritual recíproca: primero en diversas comunidades intermedias, ordenadas según una gradualidad natural (comunidades familiares, territoriales, profesionales, religiosas, etc.), y por tanto, para todo aquello en lo que esas comunidades *no puedan* (cursivas nuestras), en el Estado; c) que, por tanto, afirma la existencia tanto de los derechos fundamentales de los individuos como de los derechos de las comunidades antes de cualquier concesión por parte del Estado”. Sobre esta propuesta véase ELIA, “Relazione finale”, en AA.VV., *Le prospettive dell’Unione europea e la Costituzione*, Atti del Convegno de Milano (4-5 dicembre 1992) dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti, CEDAM, Padova, 1995, pp. 303 s. Sobre la inidoneidad del nivel inferior como condición del *subsidiium*, en las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros, vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, “La subsidiariedad en la Unión Europea”, *ReDCE*, n. 31, 2019.

8 En el sentido criticado, por ejemplo, G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali de unificazione normativa*, ESI, Napoli, 2009, p. 2, a cuyo juicio, la subsidiariedad institucional (o

ría superflua, tendría carácter redundante, y se limitaría a evocar exigencias elementales de razonabilidad organizativa que, en la Constitución italiana, ya encuentra una cobertura adecuada en el principio de buena administración (art. 97,1 Cost.)⁹.

Sin embargo, que las cosas no sean así se confirma por la expresa referencia al principio de subsidiariedad, el cual evoca la “decisión de preferencia” (*Vorrangentscheidung*) que constituye el “corazón” de ese principio¹⁰. Se trata de una elección valorativa de máximo nivel, la cual comporta que la idoneidad al ejercicio de la función sea una condición necesaria, pero no suficiente, para la ubicación de la función misma. La ubicación, de hecho, debe favorecer el nivel de ejercicio más cercano a los interesados, que viene preferido a los niveles más alejados (siempre, obviamente, que sea idóneo).

Tras esta decisión de preferencia hay un mundo. El principio por el cual la competencia debe corresponder al nivel (útil) más cercano a los interesados tiene como objetivo proteger a las comunidades más pequeñas de la injerencia de las comunidades más grandes de las que forman parte o, más exactamente, de reservar a las entidades territoriales en las que las primeras encuentran su proyección institucional funciones que se sustraen a los niveles superiores. Es el modelo de la democracia de proximidad¹¹, en la que las mayorías políticas democráticamente expresadas por las comunidades “menores” están garantizadas frente a las mayorías políticas (eventual-

vertical) “no es instrumental a algún fin externo diferente de la eficiencia-eficacia de la actividad administrativa”.

9 Para esta observación, ya A D'ATENA, “La sussidiarietà tra valori e regole”, en L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, tomo II, Marco, Lungro, 2003 (así como en edición con notas en A. D'ATENA, *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 249).

10 J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 226, p. 314; P. HÄBERLE, “Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichender Verfassungslehre”, *AöR*, 1994, pp. 186 ss.; S. LANGER, “Subsidiarität und Anerkennungsprinzip”, *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1993, p. 196. Adde: T. STEIN, “Subsidiarität als Rechtsprinzip?”, en D. MERTEN, *Die Subsidiarität Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 40; P. RIDOLA, “Das Prinzip der Subsidiarität im Regionalstaat. Die Beispiele Spaniens und Italiens: eine kritische Würdigung”, en A. RIKLIN, G. BATLINER, *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Nomos Verlagsgesellschaft, Vaduz, 1994, p. 351; A. D'ATENA, “Das Subsidiaritätsprinzip in der italienischen Verfassung”, en M. NETTESHEIM, P. SCHIERA, *Der integrierte Staat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 108; ID., “Il principio de sussidiarietà en la Costituzione italiana”, in ID., *L'Italia verso il “federalismo”*, cit., pp. 319 ss.

11 Sobre estos, entre otros, A. PAPA, “Le Regioni italiane en la multilevel governance europea”, e ID. (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Giappichelli, Torino, 2017.

mente diversas) llamadas a gobernar los entes que se colocan en una posición más elevada en la escala ideal que, partiendo de los Ayuntamientos, llega al Estado nacional¹² (o incluso a la Unión Europea, donde rige un principio análogo de reparto de funciones¹³). En la base de este modelo –contemplado, tras Lisboa, en el art. 10 TUE¹⁴–, se constata, como explicita la Carta Europea de la Autonomía Local, que es propiamente en los niveles de gobierno más cercanos a los interesados, donde estos pueden participar de un modo más intenso en “la gestión de los asuntos públicos”¹⁵.

El principio de subsidiariedad vertical constituye, por tanto, una garantía esencial del pluralismo institucional que caracteriza la configuración multinivel de nuestro ordenamiento. Es verdad –como demuestran algunas experiencias acaecidas en otros lugares (pensemos en el federalismo norteamericano¹⁶)– que el pluralismo no

12 Se trata de una evidencia empírica difícilmente rebatible. En un sentido diverso, pero no convincente, G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali de unificazione normativa*, cit., p. 37, nt. 83, seguido por M. ARMANNO, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. I. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 286, nt. 454.

13 Art. 5, par. 3, TUE.

14 Es significativo que el par. 3 de esa disposición decline ese modelo en clave de derecho de los ciudadanos de la UE, al prescribir: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos”. Al respecto, P. BILANCIA, “Il modello europeo della multilevel governance”, en A. PAPA, A. (a cura di), *Le Regioni en la multilevel governance europea*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 4 s. quien considera que de esa norma leída junto con el art. 5 TUE, “la Unión debe necesariamente incluir el nivel subestatal de gobierno en su propia gobernanza, incluso para alcanzar mejor los objetivos fijados en los Tratados”.

15 Así, el Preámbulo de la Carta, hecha en Estrasburgo, en el ámbito del Consejo de Europa, el 15 de octubre de 1985 ratificada en Italia con la Ley n. 439/1989. En la doctrina científica, entre otros: H. STADLER, *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht*, Freiburg, i.d.S., 1951, p. 161; T. FLEINER-GERSTER, “Die Gemeindeautonomie, der Föderalismus und das Prinzip der Subsidiarität”, en en A. RIKLIN, G. BATLINER, *Subsidiarität*, cit., pp. 337 s.; M SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, *O principio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 444 ss.; K.P. SOMMERMANN, “Citizen Participation in Multi-Level Democracies: An Introduction”, en C. FRAENKEL-HAEBERLE, S. KROPP, F. PALERMO, K.P. SOMMERMANN, *Citizens Participation in Multi-Level Democracies*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2015, p. 11, que recuerda también el *Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government*.

16 En la literatura al respecto (impulsada desde la introducción europea del principio por el Tratado de Maastricht), destaca G.A. BERMAN, “Taking Subsidiarity Seriously. Federalism in the European Community and in the United States”, *Columbia Law Review* (94), 1994, pp. 331 ss., spec.

exige necesariamente que se siga una lógica de subsidiariedad. Sin embargo, también es verdad que en presencia del principio de subsidiariedad se goza de una garantía potenciada asegurando a todos los entes menores –remarquemos el todos– los deberes que estos estén en grado de desarrollar, deberes que han de quedar completamente al margen de los entes de mayor dimensión¹⁷. Estos últimos, de hecho, son llamados a intervenir exclusivamente en función del *subsidium*: cuando los entes menores “no puedan”.

Como se ha anticipado, sin embargo, estaría fuera de lugar dar al principio de subsidiariedad vertical una lectura exclusivamente garantista. De hecho, no se puede olvidar la vertiente, apenas recordada, del *subsidium*, que comporta la responsabilidad de los niveles superiores respecto a las funciones que los de menor nivel no están capacitados para ejercitar¹⁸. Y coloca, por tanto, a las entidades llamadas a intervenir subsidiariamente en condiciones de sobrepasar el perímetro de sus propias competencias. Lo que, en la relación entre Estado y Regiones, constituye un elemento de máxima importancia.

403 ss., pp. 447 ss. Entre otros escritos más recientes, S.G. CALABRESI, L. D. BICKFORD, “Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law”, *Faculty Working Papers*, 2011, los cuales se detienen en las implicaciones que presentaría la introducción del principio en los EE.UU. Un ejemplo de la actitud pragmática, según la cual no interesa establecer “quién” decide, sino “cómo” se decide, lo constituye KINSLEY, “The Case Against the States”, *Time Magazine*, 16/1995, p. 78, citado y criticado por G.A. BERMAN, “Harmonization and Regulatory Federalism”, in I. PERNICE, *Harmonization of Legislation in Federal Systems, Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects – The European Union and the United States of America Compared (First Symposium of the Columbia Law School and the Law Faculty of the Johann Wolfgang Goethe-University Frankfurt)*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 37 ss.

17 Al respecto, A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 107.

18 En este sentido, por todos: Isensee, en el apéndice de la segunda edición de su clásica monografía de 1968: J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2001, p. 351, donde se lee: “La preferencia corresponde a la intervención del nivel inferior, con la doble condición de que la obligación no supere sus capacidades operativas y de que sea desarrollado por este adecuadamente. El nivel superior, por su parte, puede atraer la competencia hacia sí sólo si, y en la medida en que, puede ejercerla mejor y más eficazmente. [...] El nivel superior tiene la carga de la prueba si quiere ampliar su alcance en detrimento del nivel inferior. A falta de dicha prueba, el ámbito de actuación de ésta queda intacto. En este sentido, el principio de subsidiariedad opera como una barrera funcional a favor de los niveles inferiores” (NdE: La traducción del original al italiano fue realizada por el propio Autor, de donde se traduce ahora al español).

Las potencialidades de esta aproximación han sido llevadas a sus últimas consecuencias por una sentencia de la Corte Constitucional italiana que bien podríamos calificar de histórica: la sentencia 303 del 2003¹⁹. La citada resolución ha aclarado, aunque con el efecto corrector de la implicación cooperativa de las Regiones, que la llamada a la subsidiariedad de las funciones administrativas debe ir acompañada de la llamada a la subsidiariedad de las correspondientes competencias legislativas, cuando no se encuentren ya dentro de la lista de materias de la legislación exclusiva estatal. En efecto, es evidente que, si la premisa de la atracción por la subsidiariedad es la necesidad de que la función administrativa se desarrolle de forma unitaria, su ejercicio no puede estar sujeto a una pluralidad de leyes regionales (potencialmente diferentes las unas de las otras), sino que requiere una regulación unitaria que sólo el legislador central está en condiciones de asegurar. De ahí, entre otras cosas, la se ha de discutir la afirmación, contenida en la citada sentencia 303, según la cual la atracción por subsidiariedad de las funciones legislativas viene impuesta por el principio de legalidad. Este último se respetaría incluso si las normas aplicables fueran establecidas por 20 leyes regionales. Sin embargo, esta pluralidad de regulaciones entraría en conflicto con el límite finalista que el artículo 118,1 impone al uso de la subsidiariedad: la necesidad de que las funciones administrativas en cuestión se ejerzan “de forma unitaria”. Es precisamente este límite finalista el que exige la transferencia de las correspondientes competencias legislativas a un nivel superior²⁰.

19 Sobre la sent. n. 303/2003 de la Corte Constitucional, véase por todos: A. D'ATENA, “L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale”, *Giur.cost.*, 2003 (ahora en ID., *L'Italia verso il federalismo*, cit.); A. ANZON, “Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni”, *ibidem*; A. MOSCARINI, “Sussidiarietà e *Supremacy Clause* sono davvero perfettamente equivalenti?”, *ibidem*; A. GENTILINI, “Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità”, *ibidem*; A. CORPACI, “Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse”, *Le Regioni*, 2004. Véase ahora, para una amplia revisión de la problemática puesta sobre la mesa tras la sentencia, G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali de unificazione normativa*, cit., pp. 70 ss.

20 Así, A. D'ATENA, “L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale”, cit., pp. 144 s., y ahora en ID, *Diritto regionale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 174.

III. LA SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL: LA GARANTÍA DE LA SOCIEDAD CIVIL FRENTE A LA ESTATALIDAD

No es este, sin embargo, el único tipo de pluralismo reconocido y garantizado por la Constitución italiana. Esta, junto al pluralismo *monotípico*, representado por los entes territoriales, cuyo ADN común está constituido por la relación con la colectividad general (que se expresa a través del cuerpo electoral general o sus fracciones, también estas generales), contempla también un pluralismo *politépico*, en el que a las instituciones territoriales se contraponen la sociedad civil, con toda la riqueza de sus entramados.

El descubrimiento de esta dimensión social del principio de subsidiariedad se ha abierto camino, en la legislación estatal, de manera secundaria²¹. Inicialmente, de hecho, la subsidiariedad se circunscribía solamente a las relaciones entre las competencias de los entes territoriales. Basta con pensar en la ya mencionada Carta Europea de la Autonomía Local (1985), la cual proclama el principio por el que el ejercicio de las responsabilidades públicas debe incumbir preferentemente al nivel territorial de gobierno más cercano a los ciudadanos²²: En Italia, este criterio era compartido por la Ley n. 142/1990, que ha construido en términos de subsidiariedad las relaciones entre los Ayuntamientos, las Provincias y las Regiones²³. En el mismo sentido que se usa el 3B del Tratado de Maastricht (ahora art. 5, par. 3, TUE²⁴).

21 Sobre el laborioso camino que ha llevado a la aparición de tal dimensión, vid. L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 86 ss.

22 Art. 4. Sobre la reconducibilidad de esa regulación al modelo de subsidiariedad: S. CASSESE, "L'aquila e las mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea", *Foro it.*, 1995, V, pp. 373 ss. (11 s. *dell'estratto*); *adde*: R. DICKMANN, "Sussidiarietà, sovranità e regionalismo. Il ruolo delle Assemblee parlamentari. I. Il principio di sussidiarietà", *Dir. e soc.*, 1994, pp. 309 s.

23 L. VANDELLI, "Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del trattato sull'Unione europea", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 379 ss.

24 El cual, después de que el Tratado de Lisboa añadiera una referencia a los niveles territoriales de gobierno frente al nivel central (una referencia que, por cierto, no hace más que explicitar lo que antes estaba implícito), la Unión Europea ha podido introducir una serie de cambios en su legislación. [A. D'ATENA, "Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri", ID., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 57 s.], dispone: "En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y

Con referencia al ordinamiento italiano, la dimensión horizontal del principio hizo su primera aparición con la Ley n. 59 del 1997. Su art. 4,3.a) ha previsto que el legislador delegado debiera “facilitar el cumplimiento de funciones socialmente relevantes por parte de las familias, las asociaciones y las comunidades”²⁵.

Por otro lado, hubo que esperar hasta el año 2001 y la reforma del Título V de la Constitución, mediante la Ley Constitucional n. 3 de ese año, para que este objetivo se impusiera, de la manera más exigente, a todos los niveles territoriales de gobierno²⁶.

En su manifestación más inmediata, la vertiente horizontal del principio de subsidiariedad tiene como objetivo proteger al sector privado frente al sector público. De este modo, todos los entes territoriales (desde el más pequeño de los Ayuntamientos al Estado) tienen que favorecer “la autónoma iniciativa de los ciudadanos, como individuos o como grupos, para el desarrollo de actividades de interés general” (conforme a la feliz redacción que se lee en el último párrafo del artículo 118 Cost.).

Se debe recordar además que, al privilegiar una lectura solidaria frente a una garantista del principio de subsidiariedad, se sostiene que opera en términos positivos (actuando como un deber de las autoridades públicas para intervenir cuando los ciudadanos individuales o las asociaciones no tengan la capacidad de proceder autónomamente), y en términos negativos (fundando un deber de abstención cuando los recursos del sector privado resulten, sin embargo, adecuados)²⁷. Se trata, en cambio,

local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

25 Al respecto, entre otros, G. PASTORI, “La sussidiarietà ‘orizzontale’ alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative”, cit., pp. 169 ss.

26 Sobre la puesta en marcha de la tormentosa elaboración de la nueva regulación: L. VIOLINI, “Il principio di sussidiarietà”, en G. VITTADINI (a cura di), *Sussidiarietà: la riforma possibile*, Etas, Milano, 1998, pp. 62 ss. Sobre la situación que resultó tras la reforma constitucional, vid. E. GIANFRANCESCO, “Sussidiarietà orizzontale e Regioni: alla ricerca della prescrittività”, cit., *passim*, quien, tras constatar que la subsidiariedad vertical, enunciada en el primer párrafo del artículo 118, debería actuar como “multiplicador” de la subsidiariedad horizontal, enunciada en el último párrafo de la misma disposición, considera las razones que, a su juicio, se han opuesto históricamente a esta dinámica e indica las vías para relanzar la subsidiariedad horizontal en los ordenamientos regionales.

27 Para su lectura en doctrina, vid. spec. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 148 ss. En la jurisprudencia, es emblemático la Tar Sardegna, Sez. I, 21 diciembre 2007, n. 2407. En contra: A. D’ATENA, “Sussidiarietà orizzontale e affidamento ‘in house’”, cit.; ID., “Dimensioni e problemi della sussidiarietà”, en G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, CEDAM, Padova, 2009, p. 45. Para una lectura “fuerte” de la referencia al verbo “favorecen”, usado en el art. 118, u.c., Cost., vid.

de una lectura altamente criticable. Esta olvida que el momento del *subsidiium* es –si se perdona el juego de palabras– sólo subsidiario, estando destinado a ser tomado en consideración de manera secundaria: en el caso, esto es, de que el ámbito privado no se encuentre en disposición de dar unas respuestas adecuadas (no sólo en términos económicos sino también sociales²⁸). Si no fuera así, la decisión de preferencia, que se encuentra en el centro de la lógica subsidiaria, se ignoraría por completo. Y esto –cabe señalar– a pesar de la disposición explícita de que las “actividades de interés general” contempladas en el art. 118, último párrafo, deben llevarse a cabo “sobre la base del principio de subsidiariedad”.

Según la lectura más rigurosa, el último párrafo del artículo 118 debería operar antes de la decisión del ente territorial de asumir como propias el ejercicio de actividades de interés general. En rigor, esta decisión debería estar sujeta a la verificación previa de que el sector privado no esté en condiciones de intervenir eficazmente.

Sin embargo, que esta –se repite, condensible– interpretación, acogida en 2008 por el legislador ordinario italiano²⁹, ha resultado desechada por el resultado positivo del “referéndum por el agua pública”³⁰. Además, el intento del legislador de restaurar

G.U. RESCIGNO, “Principio de sussidiarietà orizzontale e diritti sociali”, cit., pp. 29 ss., y, posteriormente, G. SCACCIA, “Sussidiarietà istituzionale e poteri statali de unificazione normativa”, cit., p. 70. Sobre el deber de abstención, entre otros: T.E. FROSINI, “Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale”, *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, 2000, p. 31.

28 Fundamental, en este sentido resulta Isensee, del cual vid. el apéndice a la II edición (J ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, cit., pp. 368 s.): “La responsabilidad subsidiaria del Estado se tiene en cuenta para garantizar el objetivo social (previsto en la Constitución) de que todos los ciudadanos tengan garantizado un nivel mínimo de existencia digna y de seguridad social. Por lo tanto, la responsabilidad social del Estado se materializa en la medida en que el mercado no pueda alcanzar ese nivel mínimo. De lo contrario, se da preferencia al mercado o, más exactamente, a los titulares de derechos fundamentales que actúan en el mercado. Las medidas estatales adoptadas para corregir la dinámica del mercado, que afectan a los derechos fundamentales, como el de la propiedad, requieren una justificación” (NdeT: La traducción del original al italiano fue realizada por el propio Autor, de donde se traduce ahora al español).

29 Art. 23-bis, decreto-ley n. 112/2008, convertido en Ley. n. 133/2008, modificado por el art. 15, decreto-ley n. 135/2009, convertido en Ley n. 166/2009. Sobre el reconocimiento de que esa regulación, aunque más rigurosa que la comunitaria, no choca con esta: Corte cost., sent. n. 325/2010.

30 D.P.R. 18 de julio de 2011, n. 113 (*Abrogazione, a seguito de referendum popolare, dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte cost. n. 325/2010, in materia de modalità de affidamento e gestione dei servizi pubblici locali de rilevanza economica*).

la regulación derogada, salvo en lo referente al servicio de aguas³¹, ha sido frenado por la Corte Constitucional³². En consecuencia, se considera (de manera controvertida) que en esta materia hoy se debe aplicar la disciplina europea, tal como la interpreta el Tribunal de Justicia, según el cual la adjudicación interna, al encuadrarse dentro de la potestad auto organizativa del ente, no necesita someterse al mercado³³.

Bajo la égida del principio de subsidiariedad horizontal se incluyen fenómenos y ámbitos muy diversos: desde la relación entre el Estado y el mercado³⁴, el papel social del tercer sector³⁵, al principio –anterior a la reforma constitucional del 2001– por efecto del cual, en caso de incapacidad de los padres de “mantener, instruir y educar a los hijos”, “la ley garantizará el cumplimiento de sus obligaciones” (art. 31,2 Cost.)³⁶.

31 Art. 4 decreto-ley n. 138/2011 (*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*), convertido, con modificaciones, en Ley n. 148/2012.

32 Corte cost., sent. n. 199/2012, la cual ha negado que, posteriormente a la abrogación referendaria, hubiesen participado tales novedades que justificaran el restablecimiento (aunque no total) de la regulación derogada. Críticamente: M. MENGOZZI, “Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile”, cit.

33 A propósito: Corte cost., sents. nn. 24/2011, 150/2013 y 199/2014.

34 Se trata, quizá, del perfil al que se le ha dedicado mayor atención. Vid., por limitarnos a un clásico: J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., pp. 137 ss. (con amplias referencias al enfoque ordoliberal de Friburgo).

35 Para una visión general, con referencias a las instituciones de voluntariado, vid. V. TONDI DELLA MURA, *Il volontariato nel sistema costituzionale delle autonomie*, Lecce, 1996, mientras que, para la reseña de la legislación estatal y regional que ha precedido y acompañado la reforma constitucional, P. FALZEA, “L’intervento dei soggetti privati nelle attività de interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione”, cit., pp. 189 ss. Sobre este tema, en la literatura más reciente: E. CASTORINA, “Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà”, *Rivista AIC*, 3/2020, pp. 355 ss.

36 Para la reconducción de ese contenido prescriptivo al principio de subsidiariedad, vid. A. D’ATENA, *Lezioni de diritto costituzionale*, cit., p. 128, según el cual, como en el *Grundgesetz* alemán, en la Constitución italiana aprobada en 1947 por la Asamblea Constituyente, el principio de subsidiariedad figura como principio constitucional no escrito (aún A. D’ATENA, *Lezioni de diritto costituzionale*, cit., pp. 121 s.). El carácter subsidiario de la intervención del Estado en materia de familia se ve confirmado además por la disposición constitucional que obliga al Estado a facilitar, mediante medidas económicas, “la formación de la familia y el cumplimiento de sus deberes” (art. 31), así como por la disposición que reconoce al trabajador el derecho a un salario “en todo caso suficiente para asegurar a sí mismo y a su familia una existencia libre y digna” (art. 36, párrafo 1). En cuanto a la conexión entre

Volviendo por último al ámbito de aplicación del principio, no está de más precisar que este no abraza todo el espectro de las actividades de interés general, pero se refiere sólo a aquellas cuyo ejercicio no requiere de la naturaleza pública del prestador (piénsese, por ejemplo, que la garantía de imparcialidad de las fuerzas del orden o de la independencia judicial, sólo pueden ser aseguradas por el Estado)³⁷.

Para evitar equívocos debemos añadir de manera conclusiva que, desde un punto de vista técnico, el principio de subsidiariedad así entendido no puede ser aplicado mecánicamente a los derechos de libertad. Es bien cierto que un ordenamiento que acoge el principio de subsidiariedad constituye un hábitat particularmente favorable a la tutela de esos derechos³⁸. Estos, sin embargo –como ha manifestado Josef Isen-

estas disposiciones y la disciplina contenida en los artículos 29 y 30 de la Constitución italiana, *cfr.* C. ESPOSITO, “Famiglia e figli in la Costituzione italiana”, en *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 144 ss.

37 AL respecto se remite a A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 207.

38 Este nexo resulta con claridad del documento, que, nacido en la época de los totalitarismos europeos del siglo XX, habría influido posteriormente en los trabajos preparatorios de la Constitución italiana y de la Ley Fundamental alemana: la Encíclica *Quadragesimo anno* de 1931, que une el principio de subsidiariedad a la primacía ética de la persona respecto del Estado. El corolario de este enfoque se expresa en el art. 1,1 del proyecto de Herrenchiemsee, el cual disponía: “El Estado está al servicio del hombre y el hombre al servicio del Estado”, así como del anteriormente citado orden del día de Dossetti, en el que, de la “precedencia sustancial de la persona humana respecto del Estado”, se deduce que “el destino de este al servicio de aquella”. El tema que aparece desde esa perspectiva es un tema constitucional fundamental, el de los límites a la acción legítima del Estado, como ha resaltado el constitucionalista que antes que nadie ha prestado su atención al carácter revolucionario de la Encíclica: A. MERKL, “Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika ‘Quadragesimo Año’”, *ZöR*, 1934, pp. 208 ss. (ahora en la antología de título: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Ross*, Wien-Frankfurt-Zürich-Salzburg-München, s.d., pp. 381 ss., spec. pp. 384 s.). Sobre esto vid. también: KARRER, “Il principio de sussidiarietà nella Chiesa”, in G. BARAUNA (a cura di), *La Chiesa del Vaticano II*, Valecchi Editore, Firenze, 1966, pp. 589 ss.; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., pp. 18 ss.; J. BEYER, “Principe de subsidiarité ou ‘juste autonomie’ dans l’Eglise”, *Nouv. Rev. Théol.*, 1986, pp. 801 ss.; P. HÄBERLE, “Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre”, en A. RIKLIN, G. BATLINER, *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, cit., pp. 292 ss.; O. HÖFFE, “Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip?”, *ibidem*, pp. 24 ss.; R. BUTTIGLIONE, “Eine philosophische Interpretation des sozialetischen Prinzips der Subsidiarität”, *ibidem*, pp. 56 ss.; H. STADLER, *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht*, cit., pp. 9 ss.; H. LECHELER, *Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip einer europäischen Union*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 29 ss. A las anticipaciones contenidas en la *Rerum Novarum* de 1891 y a los desarrollos de la *Centesimus annus* hace referencia oportunamente A. MOSCARINI, *Competenza*

see³⁹–, pueden ser disfrutados sólo por los individuos (o en el caso de las libertades colectivas, también por los grupos) a los que se les reconoce constitucionalmente. Y son estructuralmente resistentes a ser transferidos al Estado (o a otro ente público). Ahí, por tanto, no puede operar la lógica del *subsidium*.

IV. SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD: LA GRADUACIÓN DE LOS ACTOS, LA GRADUACIÓN DE LOS ACTORES Y LA GARANTÍA DE LAS AUTONOMÍAS FUNCIONALES

Para comprender plenamente el significado del principio de subsidiariedad, es necesario considerar otro principio, que constituye su complemento indispensable (o quizás, más simplemente, una especificación). Se trata del principio de proporcionalidad: el principio según el cual el contenido y la forma de la acción del nivel superior deben limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos (por hacernos eco de la frase que se encuentra en el cuarto párrafo del art. 5 del TUE).

En base a este principio, el recurso a instrumentos de intervención más intrusivo se puede admitir sólo si lo menos intrusivo no resulta idóneo a tal fin. Esta es la consecuencia necesaria de la, muchas veces recordada, “decisión de preferencia” en torno a la cual gira el principio. Si los niveles más cercanos a los interesados deben ser preferidos a los más lejanos, la intervención de estos últimos se debe limitar a lo absolutamente indispensable para suplir la inadecuación de los primeros⁴⁰. Así, por

e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti, CEDAM, Padova, 2003, pp. 20 s., nota 14.

39 J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, cit., pp. 282 ss., donde se lee: “Las funciones de los derechos fundamentales y las del principio de subsidiariedad no parecen ofrecer ninguna posibilidad de comparación. El principio limita objetivamente el poder público; los derechos fundamentales dotan al individuo de facultades subjetivas. Por un lado, se protegen ámbitos de vida objetivos y, por otro, las expresiones personales de la vida”. (NdeT: La traducción del original al italiano fue realizada por el propio Autor, de donde se traduce ahora al español). Siempre de Isensee vid. el apéndice a la II edición (J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, cit., pp. 365 ss.), que, reiterando la heterogeneidad entre el ámbito en el que opera la subsidiariedad y aquel en el que se sitúan los derechos fundamentales, subraya que el Estado sólo puede intervenir en materia de derechos para garantizarlos.

40 Muy esquemática parece, por tanto, la opinión, según la cual el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad operarían en ámbitos netamente distintos: el primero al referirse al *an* de la intervención y el segundo al *quomodo* (*ad es.* G.A. BERMAN, “Taking

ejemplo, en la Unión Europea es común afirmar que se puede hacer uso del reglamento en tanto que la directiva resulte inadecuada a ese fin⁴¹.

En el sistema constitucional italiano pueden encontrarse aplicaciones significativas de esta lógica en el tema de las relaciones entre los distintos niveles territoriales de gobierno.

Piénsese, por ejemplo, que, aunque esté ausente en el nuevo Título V Cost. (a diferencia del antiguo), de la expresa previsión de la delegación administrativa del Estado a las Regiones puede desprenderse el principio de subsidiariedad, lo que haría pervivir al instituto⁴². De hecho, si para asegurar el ejercicio unitario de las funciones administrativas es necesario atraerlas por entero al nivel estatal, el princi-

Subsidiarity Seriously. Federalism in the European Community and in the United States”, cit., pp. 388 s.). Es también exacto que el principio de proporcionalidad puede vivir sin el principio de subsidiariedad (considérese el amplio uso que se hace de él en la experiencia administrativa italiana, sobre el cual, por todos, D.U. GALETTA, “Il principio de proporzionalità”, en M.A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 166 ss.). Sin embargo, si se acepta esto último, la decisión de recurrir al nivel superior debe enfrentarse no sólo al problema del “sí”, sino también al del “cómo” de la medida subsidiaria. Ante la decisión de dar preferencia al nivel inferior, éste debe respetar el principio de proporcionalidad, limitándose al mínimo necesario para alcanzar el objetivo. (de manera similar, entre otros, M.C. CICIRIELLO, *Il principio de proporzionalità nel diritto comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli 1999, pp. 187 ss.).

41 En doctrina, entre los primeros: ERASMY, SÜLLWALD, “Zur Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips”, *Arbeitgeber*, 1994, pp. 127 ss., quienes subrayan con fuerza la exigencia de que la Unión Europea clasifique rigurosamente los instrumentos que pueden usarse en cada caso (recurriendo a actos vinculantes sólo si los no vinculantes resulten inadecuados, y, en el ámbito de los actos vinculantes, dando preferencia a las directivas, entendidas como *Rahmenvorschriften* o *einfache Zielvorgaben*). Adde: S. LANGER, “Subsidiarität und Anerkennungsprinzip”, cit., p. 195; pp. 208 ss.; D. MERTEN, “Subsidiarität als Verfassungsprinzip”, en D. MERTEN, *Die Subsidiarität Europas*, cit., pp. 78 ss.; W. MÖSCHEL, “Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht”, *NJW*, 1993, pp. 3026 s.; STROZZI, “Il ruolo del principio de sussidiarietà”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 70 ss.; GOPPEL, “Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips. Der Beitrag Bayerns zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips in der EG”, *EuZW*, 1993, pp. 367 ss.; T. BRUHA, “Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft”, en A. RIKLIN, G. BATLINER, *Subsidiarität*, cit., pp. 398 ss.; R. DICKMANN, “Sussidiarietà, sovranità e regionalismo”, cit., p. 302; J. PALACIO GONZÁLEZ, “The Principle of Subsidiarity”, *Eur. Law Review*, 1995, pp. 359 s.; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, cit, p. 377.

42 M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 2005.

pio de subsidiariedad debe imponer al Estado que se limite a asumir las funciones de dirección (esto es, las funciones que competen al delegante frente al delegado) dejando a las Regiones la gestión/ejecución.

En esta lógica se inspira la sentencia 43 del 2004 de la Corte Constitucional, que encuentra en el principio de subsidiariedad vertical el fundamento de la previsión de los poderes sustitutivos ulteriores respecto a los contemplados en el artículo 120,2 Cost. Esta decisión, atendida la ratio del artículo 118 Cost., supone que “la eventual previsión de sustituciones excepcionales de un nivel a otro Gobierno [...] no puede más que entrar [...] en el mismo esquema lógico”. Sin embargo –siguiendo aún las palabras de la Corte– debería llevar a la “absurda consecuencia de que, para evitar el compromiso de los intereses unitarios que exigen la realización de determinados actos o actividades, derivados de la inercia de incluso una de las autoridades competentes, el legislador (estatal o regional) no tendría otro medio que situar la competencia en un nivel de gobierno más amplio, asegurando ‘el ejercicio unitario’ en virtud del primer párrafo del artículo 118 de la Constitución: una consecuencia claramente desproporcionada y contraria al criterio general inherente al principio de subsidiariedad”⁴³.

Aunque en un contexto parcialmente diverso, parece análogo el razonamiento seguido por la Jurisprudencia constitucional sobre las competencias legislativas “finalistas” (o transversales). Se trata de las competencias que la Constitución no concreta mediante un objeto específico (por ejemplo, las elecciones o la organización administrativa), sino mediante un fin (como la tutela de la competencia o la del medio ambiente). De hecho, en este segundo caso la Corte Constitucional italiana considera justamente que, para alcanzar tal fin, el legislador que tiene atribuida la competencia –en especial el legislador estatal– puede intervenir incluso en ámbitos que la Constitución atribuye a las Regiones, pudiendo limitar las leyes regionales. Así, por ejemplo, para alcanzar la finalidad de la tutela de la competencia, el Estado puede intervenir en materias como la industria o el comercio, que son competencias regionales.

43 En doctrina, el punto ha sido desarrollado en términos generales por J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, cit. p. 377. Véase una referencia específica al poder sustitutivo P. VIPIANA, *Il principio de sussidiarietà “verticale”*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 282 s., que une correctamente el instituto a la vertiente negativa del principio de subsidiariedad.

De todos modos, queda el hecho de que, aunque sea haciendo uso de una competencia atribuida por la Constitución (la competencia finalista), el Estado penetra en una materia que corresponde a las Regiones. La Corte, por tanto, se preocupa de evitar que esta “intrusión” vaya más allá de lo estrictamente necesario para la consecución de los objetivos que connota la competencia finalista⁴⁴. De aquí, la evocación expresa del principio de proporcionalidad, del que el órgano de Justicia constitucional deduce que el legislador central puede abarcar también los detalles, sólo si ello resulta indispensable al objetivo perseguido⁴⁵. Cuando este último no necesite de la plena apropiación del poder legislativo regional, la legislación del Estado debe limitarse a la fijación de los principios que se imponen respecto de las Regiones.

En los ejemplos citados hasta ahora, el principio de proporcionalidad se expresa en la exigencia de la graduación. Esto significa que las medidas más intrusivas sólo pueden utilizarse a condición de que las menos intrusivas no sean funcionales al objetivo perseguido.

Quien escribe está desde hace tiempo convencido de que, en relación con la subsidiariedad horizontal, esta exigencia de graduación no debe valer sólo para los

44 El hecho de que este caso esté vinculado al principio de subsidiariedad (así como al principio de proporcionalidad, al que se refiere la Corte Constitucional) surge claramente, si se sostiene –como el autor de estas notas está convencido de que debe hacerse– que el principio de subsidiariedad se expresa también en las disposiciones estáticas, en las que la preferencia concedida al nivel más bajo se traduce en una reserva de competencia a su favor. (A. D'ATENA, “Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana”, cit., p. 324; en un sentido diferente: P. RIDOLA, “Forma di Stato e principio di sussidiarietà”, en Aa.Vv., *La riforma costituzionale* [Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti tenutosi a Roma nei giorni 6-7 novembre 1998], CEDAM, Padova, 1999, p. 191). Esta conclusión parece la acogida por la Corte Constitucional en la sent. n. 303/2003, n. 2.2 del “fundamento en Derecho”, que subraya que, en las disposiciones estáticas, el principio de subsidiariedad actúa como fundamento inspirador. En el caso de las competencias finalistas, sin embargo, también se puede razonar de forma diferente, argumentando que, al ser hasta cierto punto similares a la *konkurrierende Gesetzgebung* alemana, se comportan como dispositivos dinámicos, obligados a respetar el principio de subsidiariedad.

45 Spec. Corte cost. sent. n. 345/2004, la cual, asumida la premisa de que la facultad conferida por el artículo 117,2.e) debe “tener en cuenta los principios de proporcionalidad y adecuación de los medios utilizados en relación con el fin que se pretende alcanzar, a saber, la protección de la competencia”, la Corte reconoció la constitucionalidad de la disposición estatal impugnada –contenida en la Ley de Presupuestos de 2003– porque no exige a las Regiones el cumplimiento de procedimientos específicos, sino simplemente el respeto de los principios.

actos sino también para los actores: estos es, para las entidades llamadas a operar con función subsidiaria⁴⁶.

Es en este ámbito en que se tienen en consideración las llamadas autonomías funcionales. Los entes públicos que entran en esta categoría, de hecho, a diferencia de los entes territoriales, que son llamados a representar a toda la población que se encuentra en su respectivo espacio geográfico, son expresión de comunidades parciales, las cuales encuentran en ellas su proyección institucional. Pensemos, para limitarnos a las dos hipótesis expresamente consideradas en la Ley 59/1997⁴⁷ (que por vez primera reconoce la figura), en las Cámaras de Comercio, que representan a las empresas de la Provincia, y a las Universidades, que representan a las respectivas comunidades universitarias.

Para las funciones públicas que se relacionan inmediatamente con la comunidad a la que representan, son los órganos más cercanos (más cercanos –ojo– no sólo territorialmente, sino también funcionalmente, como deja claro la ley Bassanini que acabamos de citar⁴⁸).

Por ejemplo, puede decirse que en virtud del reconocimiento del principio de subsidiariedad horizontal (y por efecto del principio de proporcionalidad, que constituye su complemento necesario), la inscripción registral de las empresas no se adscribe a los entes territoriales (como, por ejemplo, las Provincias) sino a las Cámaras de Comercio que, representando a las empresas que se encuentran en ese territorio, son los entes públicos más cercanos a éstas (funcionalmente más cercanos)⁴⁹. Y, por la misma razón, el nombramiento del Rector de una Universidad se confía a la comunidad universitaria que constituye su base social y no a una autoridad política, como ocurre hoy dramáticamente en las fronteras de nuestra Europa, en un Estado en los que son extraños tanto la tutela de los derechos fundamentales como el principio de subsidiariedad⁵⁰. Y como está sucediendo, aunque con modalidades diferen-

46 A. D'ATENA, "Le Camere de commercio, tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale", cit., pp. 394 ss.; ID., "Costituzione e principio di sussidiarietà", cit., pp. 30 ss.

47 Art. 1,4 *d*), que excluye, de las obligaciones "conferidas" a las Regiones y entes locales "las obligaciones ejecutadas localmente en régimen de autonomía funcional por las cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura, y por las universidades".

48 El art. 4,3 *a*), incluido, entre los principios de la delegación legislativa dispuesta, el principio de subsidiariedad, aclara que ello comporta la atribución de las responsabilidades públicas "a la autoridad territorial y funcionalmente más cercana a los ciudadanos".

49 Vid., *ad es.*: A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 210.

50 La referencia es a Turquía. Pensemos en el reciente nombramiento, por el Presidente Erdoğan, del Rector de la Universidad Boğaziçi de Estambul, a la que se ha contestado con una protesta

tes, incluso dentro de la Unión Europea, en el ordenamiento que, no por casualidad, ondea la bandera de la democracia iliberal⁵¹.

Resumen

El principio de subsidiariedad, acogido de modo significativo por la Constitución italiana, tiene un sentido disruptivo, similar al del principio de separación de poderes en el momento de su afirmación histórica. Por un lado, enriquece el sistema de garantías del orden liberal-democrático, protegiendo los niveles institucionales y sociales más cercanos a los interesados; por otro lado, obedece a una lógica de solidaridad, exigiendo la intervención de entidades más lejanas cuando las más cercanas se muestran inadecuadas. Por otra parte, se basa en una lógica de solidaridad, que obliga a las autoridades más alejadas a intervenir cuando las más cercanas son inadecuadas. Funciona en estrecha relación con el principio de proporcionalidad, que implica la graduación de los actos adoptados con carácter subsidiario (en virtud del cual los actos más intrusivos sólo pueden utilizarse si los menos intrusivos son inadecuados). Según el autor, en la subsidiariedad horizontal, el principio exige también la graduación de los actores, favoreciendo a aquellos territorial y funcionalmente más cercanos al grupo social que deben regular. Este es el espacio en el que operan las llamadas autonomías funcionales.

Palabras clave

Democracia liberal; subsidiariedad vertical; subsidiariedad horizontal; proporcionalidad.

Abstract

The effect of the subsidiarity principle's explicit acceptance by the Italian Constitution was a breakthrough not unlike what happened at the time when the principle of the separation of powers was affirmed. On the one hand the subsidiarity principle promotes the protection of the institutional and social levels closest to stakeholders, which made it a welcome addition

pacífica de estudiantes y profesores y sus severas medidas represivas llevadas a cabo por las autoridades públicas. En prensa, véase la web del *Osservatorio Balcani Caucaso Transeuropa*, <https://www.balcani-caucaso.org/aree/Turchia/Turchia-un-universita-contro-il-regime-208600>. Conviene en cambio señalar que los 195 días de protesta pacífica han llevado a Erdoğan a revocar el nombramiento de aquel Rector (para la noticia, véase FORTUNATO, *Ha vinto la protesta. Erdogan rimuove per decreto dalla Boğaziçi il "suo" Rettore*, *Huflington Post*, 15.7.2021).

51 Se trata del caso húngaro, sobre el cual por ejemplo: *Regierung privatisiert ungarische Universitäten. Die ungarische Regierung gestaltet de Universitäten um. Inzwischen wurde rund die Hälfte privatisiert und einer regierungsnahen Stiftung unterstellt*, en *Forschung & Lehre*, 1.03.2021, <https://www.forschung-und-lehre.de/politik/regierung-privatisiert-ungarische-universitaeten-3541/>. Adde: ZICK, *Protest gegen den selbsternannten "Kulternationalisten"*, en *Süddeutsche Zeitung*, 7.9.2020, consultada en la web: <https://www.sueddeutsche.de/politik/ungarn-protest-gegen-den-selbsternannten-kulternationalisten-1.5023239->.

to the system of checks and balances typical of all liberal-democratic systems. On the other hand, the principle pertains to an ideal framework of solidarity, where farther removed bodies intervene whenever those closer to stakeholders prove inadequate. Furthermore, the subsidiarity principle operates in close connection with the principle of proportionality, which requires all acts performed in a subsidiary capacity to be gradual; in other terms, more intrusive acts can only be resorted to if less intrusive ones prove inadequate. According to the Author, in horizontal subsidiarity the principle also requires a gradual approach in the choice of actors: those territorially and functionally closest to the social group to be regulated are to act first. Moreover, this is precisely the area of operation of the so-called “functional autonomies”.

Keywords

Liberal Democracy; Vertical Subsidiarity; Horizontal Subsidiarity; Proportionality.

Recibido: 23 de noviembre de 2021

Aceptado: 4 de diciembre de 2021



EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD POR LA UNIÓN EUROPEA: ENTRE LA PUJANZA DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y LAS LIMITACIONES A LA POLÍTICA SOCIAL¹

European Union's action on disability: between the strength of anti-discrimination protection and social policy constraints

FERNANDO PÉREZ-DOMÍNGUEZ²

Universidad de Huelva

SUMARIO:

- I. La evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad por la Unión Europea.
- II. La particular posición de la Unión Europea en el sistema multinivel de protección de los derechos de las personas con discapacidad.
- III. La interpretación (extensiva) del concepto de discapacidad realizada por el TJUE a la luz de la CDPD.
- IV. Conclusiones.
- V. Referencias bibliográficas.

I. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD POR LA UNIÓN EUROPEA

El actual modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad es uno de los ejemplos más evidentes y desarrollados de construcción de un sistema de tutela multinivel de los derechos humanos. Igualmente, es comúnmente aceptado que el desarrollo de dicho sistema viene determinado decididamente por la acción

1 El presente trabajo se inscribe en los resultados de los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D “Generación de Conocimiento”, Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

2 <http://orcid.org/0000-0003-1727-9864>.

normativa surgida en el marco ONU desde finales de la década de los 70 del siglo XX³, cuyo último hito más representativo habría sido la aprobación en el año 2006 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). La Convención constituye el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos de alcance universal del siglo XXI y, además, el primero abierto a la firma y ratificación de organizaciones regionales de integración (*ex art. 44 CDPD*); siendo la Unión Europea la primera en hacer uso de esta posibilidad⁴.

El proceso impulsado desde Naciones Unidas ha supuesto la evolución y tránsito entre dos modos de tratamiento de la discapacidad que, partiendo de concepciones diferentes de la misma, han determinado regulaciones internacionales y nacionales igualmente diversas⁵. Muy sucintamente⁶, el primero de ellos –el llamado modelo médico– entiende la discapacidad como un rasgo o atributo individual derivado, sin más, de una determinada condición de salud que limita, incapacita o invalida a la persona para la realización de distintas funciones vitales a nivel individual o social. Ante ello, desde el Derecho y el Estado, procede una actuación reparadora, compensadora o protectora de la persona afectada –diferente por su deficiencia– para adaptarla, en la medida de lo posible, a la dinámica social normal o general. Por su parte,

3 I. BIEL PORTERO, *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2009, disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1> [15 de mayo de 2021].

4 El 30 de marzo de 2007, la entonces Comunidad Europea firmó la CDPD. El 23 de diciembre de 2010, la Unión Europea la ratificó conforme a la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 12-19.

6 La literatura científica sobre esta evolución en la forma de responder jurídica y socialmente a la discapacidad es vastísima y diversa en perspectivas. A título ilustrativo, véanse A. PADILLA-MUÑOZ, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 2010, pp. 381-414; A. PALACIOS y F. BARIFFI, F. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca, 2007, A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca, 2008, J.A. VICTORIA MALDONADO, “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 2013, pp. 1093-1109, M.A. CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 2004, pp. 21-46.

el modelo social entiende que la situación de exclusión o los impedimentos para que una persona con discapacidad pueda desarrollarse y participar plenamente en todos los ámbitos no derivan de sus condiciones individuales y funcionales sino de las actitudes, el entorno y la dinámica social que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad; siendo esa percepción social –y no su condición de salud– la causa de su exclusión o falta de integración. Como consecuencia, las personas con discapacidad son unos miembros más de la sociedad en pie de igualdad con el resto en cuanto a sus derechos y posibilidades de desarrollo y participación; de forma que debe ser la sociedad la que, aceptando la diversidad de aquéllas, elimine las barreras que las excluyen y disponga los apoyos y demás medidas necesarias para hacer posible el pleno y efectivo disfrute de sus derechos y, con ello, una integración plena con normalidad e igualdad.

La evolución entre un modelo y otro ha supuesto un largo e importante proceso de reforma de normas tanto de carácter técnico⁷ como jurídico⁸, advirtiéndose una estrecha influencia entre ellas. Desde el plano jurídico, la transformación ha tenido reflejo en instrumentos internacionales generales⁹ y, sobre todo, especí-

7 En tal sentido, destaca la atención prestada por la Organización Mundial de la Salud (también en el marco ONU) a la cuestión de la concepción y tratamiento de la discapacidad debido a la relación de esta con una determinada condición de salud. La OMS elaboró –con una voluntad unificadora– dos clasificaciones sucesivas que evidencian, desde el plano médico, la evolución de un modelo o concepción a otro: la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001; siendo esta última a la que se debe la generalización del término discapacidad como comprensivo de la compleja realidad que esta encierra actualmente. Siguiendo a Biel Portero I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 22-25, “[l]a CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, determinará la existencia de una minusvalía en el individuo”; mientras que “la CIF se refiere a la discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y social”. Sobre esta cuestión, véase igualmente C. CÁCERES RODRÍGUEZ, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, vol. 2, 2004, pp. 74-77.

8 Un análisis detallado y sistemático de dicho proceso en el seno de la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea en I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 37-172, 172-238 y 240-300, respectivamente.

9 Se aprecia con relativa facilidad el cambio de enfoque jurídico de la discapacidad si se contrastan los silencios y referencias a ella en los instrumentos generales de protección de los DDHH

ficos¹⁰ de protección de los derechos humanos, así como en su posterior incorpo-

anteriores al proceso impulsado por la ONU a finales del siglo XX. Entre los silencios, destaca la no inclusión de la discapacidad en las prohibiciones generales de discriminación recogidas en los artículos 7 DUDH, 26 PIDCP, 2.2 PIDESC, en el marco de la ONU; los artículos 1.1 CADH y 3 del Protocolo de San Salvador, en el marco normativo propio de la OEA; y el art 14 CEDH junto con su Protocolo 12 e incluso el art. E de la Carta Social Europea Revisada (CSER), en el contexto regional del Consejo de Europa. La excepción se encontraría, precisamente, en el marco normativo más actual de la Unión Europea, donde tanto el art. 19 TFUE como el art. 21.1 CDFUE, sí contemplan la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas. Mayor trascendencia práctica –dado el carácter abierto de las cláusulas generales antidiscriminatorias– tienen las referencias expresas que los textos internacionales clásicos hacen a la discapacidad con motivo del reconocimiento de determinados derechos *ad hoc* de carácter prestacional o del mandato a los Estados Parte de llevar a cabo una particular acción asistencial, protectora y compensadora de la discapacidad. Tal sería el caso de los arts. 25 DUDH o 9.1 del Protocolo de San Salvador, que reconocen derechos de sustitución de las rentas del trabajo bajo el régimen de seguridad social u otros. En tales preceptos subyace una concepción economicista y reduccionista de la discapacidad, pues la única discapacidad jurídicamente relevante parece ser aquella que, por su entidad, impide a las personas obtener por sí mismas los medios económicos para mantenerse y desarrollarse. En relación con esto último, el contraste lo pondría el art. 15 de la Carta Social Europea revisada de 1996 (frente a la redacción de la Carta original de 1960) que reconoce a las “personas minusválidas” un más rico y amplio “derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”.

10 Además de la paradigmática acción normativa desarrollada en la propia ONU, cuyo proceso culminaría con la CDPD, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que tratan específicamente de la discapacidad merecen destacarse, de un lado, las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de alcance general sobre integración y participación de las personas con discapacidad [suele señalarse como punto de inflexión hacia la asunción del modelo social de discapacidad la Resolución AP(84)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1984, sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas minusválidas, a la que siguieron dos Recomendaciones en 1992 y 2006 y otros actos adoptados por el Consejo de Europa sobre la cuestión disponibles en: <https://www.coe.int/en/web/disability/adopted-texts>] [15 de mayo de 2021]. De otro lado, destacan los instrumentos específicos limitados a la lucha contra la discriminación por discapacidad, como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIEFDPD), adoptada el 6 de julio de 1999; o bien otros instrumentos circunscritos a la cuestión de la discapacidad en el ámbito o sector concreto del trabajo y el empleo, como es el caso de determinados Convenios y Recomendaciones de la OIT [*v.gr.* la Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955 y el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983, entre otros] y de la propia la Directiva

ración y desarrollo por los ordenamientos nacionales; dando lugar a un proceso que actualmente sigue vivo.

La apertura de la Unión Europea y de su ordenamiento jurídico a afrontar la realidad de las personas con discapacidad constituye un proceso con particularidades propias adicionales a la ya de por sí compleja asunción progresiva del modelo social de la discapacidad¹¹. Tales particularidades derivan, de un lado, de la naturaleza marcadamente económica de la Unión Europea en su origen, al servicio de la construcción de un mercado único. Desde dicha perspectiva, la atención a una cuestión social como la discapacidad se percibía, en principio, como algo ajeno al ámbito de acción de las instituciones comunitarias. De otro lado, y en directa relación con lo anterior, las limitadas competencias de la Unión en materia de derechos, en general, y de derechos y políticas sociales, en particular, han supuesto igualmente un obstáculo para la acción europea en materia de discapacidad, incluso después de iniciarse el proceso de evolución del modelo médico al modelo social¹².

El seguimiento de la actuación de la Unión Europea en materia de discapacidad exige atender paralelamente a las diversas iniciativas de carácter político emanadas de las distintas instituciones europeas bajo instrumentos de carácter no vinculante, y a las menos numerosas –pero de mayor impacto jurídico– reformas de Derecho originario y derivado inspiradas en las primeras¹³. De acuerdo con dicha aproximación bifocal, el primer hito jurídico en relación con la atención de la UE a la discapacidad no se producirá hasta 1997 con la aprobación del Tratado de Ámsterdam, lo que no es óbice para advertir sucesivos giros relevantes en la configuración de la política social europea; ámbito en el que la discapacidad quedó enmarcada desde mediados de la década de los 70.

2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación de la propia Directiva, en el marco normativo de la Unión Europea.

11 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 240-300.

12 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 241-244.

13 P. LÓPEZ ÁLVAREZ, “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, 2012, pp. 121-140; E. BLANCO EGIDO, “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*; E. GARRIDO PÉREZ, “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 165-192.

Las primeras actuaciones europeas dirigidas a las personas con discapacidad se insertan en la acción social comunitaria y tienen por limitado objeto el acceso al empleo y la reintegración y readaptación profesional de los minusválidos¹⁴. Concebidas conforme al modelo médico, estas primeras medidas persiguen, en primer término, prevenir la adquisición o aparición de minusvalías en el entorno laboral y, en segunda instancia, reparar, rehabilitar, adaptar o “normalizar” a las personas con discapacidad compensando, con medidas asistenciales, su diferencia respecto al estándar de normalidad.

A principios de la década de los 80, y de la mano de diversas iniciativas de la ONU¹⁵, se aprecia una evolución de la acción comunitaria en materia de discapacidad. En particular, se amplía el ámbito de actuación material considerando la necesidad de integración social, además de económica y laboral, de las personas con discapacidad. Junto a la ampliación de los fines de la acción comunitaria (servicios para una vida independiente, movilidad, vivienda...), también comienzan a evolucionar las medidas cuya adopción se insta a los Estados con una orientación más efectiva. En particular, se apuesta por el reconocimiento de condiciones o regímenes especiales de ejercicio de sus derechos por parte de las personas con discapacidad en atención a sus necesidades particulares, de forma que puedan superar los obstáculos que las condenan a la exclusión¹⁶. Este planteamiento supone alejarse de su consideración como mero objeto de medidas asistenciales y empezar a afirmar –aunque tímidamente– la condición de sujetos titulares de los mismos derechos que el resto de las personas sin discapacidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la atención al empleo de las personas con discapacidad seguirá siendo primordial. Aún sin el apoyo de instrumentos jurídicos

14 Véase la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social (DO núm. C 13, de 12 de febrero de 1974) y la Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos (DO núm. C 80, de 9 de julio de 1974). Para un análisis más detallado, véase I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 244 y ss.

15 Particularmente, el impulso generado tras la proclamación de 1981 como año internacional de las personas con discapacidad.

16 Entre las iniciativas adoptadas en tal sentido destacan la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad (DO núm. C 77, de 6 de abril de 1981) y la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos (DO núm. C 347, de 31 diciembre de 1981). Un análisis más detallado en I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 246 y ss.

vinculantes, desde mediados de los 80 se amplían las medidas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad a todas las eventualidades de la vida laboral (formación, acceso, mantenimiento y promoción en el empleo), superando el inicial objetivo de la readaptación¹⁷. Pero, sobre todo, se abre paso una nueva estrategia de tutela basada en la exigencia de un trato equitativo de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo¹⁸. Ello se traduce en un proceso de depuración y eliminación de medidas discriminatorias negativas en las legislaciones laborales nacionales que se conjuga con la introducción de medidas de acción positiva orientadas a salvar la tradicional exclusión de las personas con discapacidad en el terreno del empleo.

La década de los 80 terminará con el impulso, por parte del Parlamento y el Consejo, de iniciativas relativas a necesidades concretas de las personas con discapacidad en aspectos como el transporte o la integración en escuelas ordinarias¹⁹ y, en términos generales, con la consolidación de un plan de acción social en favor de los “minusválidos” más completo, al afrontar su integración social, además de económica y laboral²⁰. La confirmación de dicha evolución se evidenciaría en el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores²¹, de 9 de diciembre de 1989, inspirado en el art. 15 de la CSE de 1961. Aunque de naturaleza meramente política y simbólica, la Carta Comunitaria prestó atención específica a las personas con discapacidad, identificándolas como un colectivo con particulares dificultades de integración y, en consecuencia, destinatarios de medidas concretas adicionales y especiales en materia de formación profesional, accesibilidad, movilidad, transporte y vivienda.

En la década de los 90 se producen algunos de los cambios más determinantes para la asunción por parte de la UE de un enfoque basado en la plenitud e igualdad de los derechos de las personas con discapacidad acorde con el modelo social. Contribuyen a ello la aprobación por parte de Naciones Unidas de las

17 A ello responde, por ejemplo, la Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (*DO* núm. L 225, 379, de 12 de agosto de 1986).

18 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, p. 249-251.

19 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, p. 251.

20 Decisión del Consejo, de 18 de abril de 1988, por la que se adopta un segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS) (*DO* núm. L 104, 231, de 23 de abril de 1988).

21 “Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social”.

Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad²² (1993), la consolidación de un potente movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias a nivel europeo, y la percepción de la discapacidad como una cuestión con identidad propia respecto al conjunto de la política social europea de alcance transversal²³. En conexión con esto último, la constatación de que los obstáculos a la plena integración de las personas con discapacidad se encuentran en todos los ámbitos de la realidad (social, económica, cultural, etc.) lleva a evidenciar la insuficiencia del planteamiento asistencialista, planteándose como alternativa la exigencia de la igualdad efectiva de los derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto.

La Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía, de 30 de julio de 1996, suele identificarse como el documento político que fija el rumbo de la acción comunitaria sobre la discapacidad en el reconocimiento efectivo de derechos de las personas con discapacidad²⁴. La necesidad de derribar las barreras que, en el terreno tanto público como privado, impiden el pleno ejercicio de tales derechos en igualdad de condiciones con el resto, explica la centralidad que la prohibición de discriminación pasa a ocupar en la acción comunitaria en materia de discapacidad. Dicha estrategia se consolida a nivel de Derecho originario con la reforma introducida por el Tratado de Ámsterdam en el art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (actual art. 19 TFUE).

Sin llegar a recoger una prohibición general de discriminación por discapacidad, entre otras causas, la reforma del art. 13 TCE habilitaba a la, aún entonces, Comunidad Europea a adoptar medidas (en sentido amplio) de Derecho derivado para combatir la discriminación por discapacidad. Lo hacía con dos condiciones que limitaban ciertamente el potencial de esta primera referencia a la discapacidad en los tratados constitutivos²⁵: una, la exigencia de unanimidad de todos los miembros del Consejo y, dos, la limitación del ámbito material de las medidas a las competencias asumidas por la Comunidad (empleo, mercado común y transportes, fundamentalmente).

22 Para un estudio detallado, I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

23 E. BLANCO EGIDO, *op. cit.*, pp. 102-104; I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

24 P. LÓPEZ ÁLVAREZ, “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *op. cit.*, p. 124; E. BLANCO EGIDO, *op. cit.*, pp. 104-105; I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, p. 257.

25 Para un análisis más detallado véase I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 266 y ss.; E. BLANCO EGIDO, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

Sobre la base de dicho art. 13 TCE se adoptará, dando así inicio al siglo XXI, la segunda de las previsiones de naturaleza jurídica de la Unión Europea en materia de discapacidad: la Directiva 2000/78 del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²⁶. Aunque restringida al referido ámbito del empleo y la ocupación, esta norma de Derecho derivado establece una prohibición general por motivos de discapacidad (y otras causas) vinculante para los Estados Miembros; lo que ha permitido que dicha prohibición alcance elevadas cotas de efectividad ya sea por la vía de su transposición a las legislaciones nacionales, ya por la labor del Tribunal de Justicia de la Unión en la aplicación de la misma, a lo que se atenderá más adelante.

A pesar del evidente avance que supuso la Directiva 2000/78, la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a finales del año 2000 puso de manifiesto las dificultades y vacilaciones que han caracterizado la configuración del tratamiento jurídico de la discapacidad desde la UE²⁷. En el lado positivo, destaca la prohibición general de discriminación del art. 21.1 CDFUE que incluye a la discapacidad entre las nuevas causas²⁸ (como las características genéticas, el patrimonio, la edad o la orientación sexual) que se unen a las tradicionales (sexo, raza, religión y opinión política); lo que dota a la no discriminación por razón de discapacidad de un alcance transversal. Si bien la Carta no adquirirá naturaleza jurídica vinculante hasta su incorporación plena a los tratados con motivo del Tratado de Lisboa (actual art. 6 TUE), la previsión del art. 21 CDFUE supera a la del art. 13 TCE pues reconoce la no discriminación por discapacidad como un derecho de alcance general, efectivo en cualquier ámbito, y no como el mero fundamento de medidas normativas concretas para combatirla.

Por el contrario, la otra referencia a la discapacidad de la CDFUE, contenida en el art. 26, vuelve a plantear dudas sobre el enfoque del tratamiento europeo de la discapacidad. En efecto, si bien el art. 26 se refiere a la autonomía, a la integración social y profesional y a la participación en la vida de la comunidad de las personas con discapacidad²⁹, no lo hace como un auténtico derecho de las mismas sino como

26 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 270 y ss.; E. BLANCO EGIDO, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

27 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

28 Sobre el proceso de desarrollo, enriquecimiento y matización que caracteriza al concepto de discriminación y, por tanto, a sus causas, véase M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 11-57.

29 “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

el objetivo resultante del acceso y beneficio de las medidas (asistenciales, prestacionales...) que cada Estado y en cada caso puedan establecerse. De esta forma, bajo el art. 26 CDFUE parece latir un enfoque asistencial que vuelve a tomar a las personas con discapacidad como colectivo objeto de protección y atención especializada antes que como titulares plenos de derechos reales y efectivos en igualdad de condiciones con el resto³⁰.

Por su parte, el Tratado de Niza modificará el art. 13 TCE en el año 2001 añadiendo a la habilitación inicial para la adopción por unanimidad de medidas legislativas, una segunda habilitación para la adopción, conforme al procedimiento legislativo ordinario (sin necesidad de unanimidad), de medidas de estímulo (sin alcance armonizador) y de apoyo a las acciones de lucha contra la discriminación por parte de los Estados miembros, obviamente, en materias (particularmente, de carácter social) que quedan fuera del ámbito de acción directa y exclusiva de la Unión Europea³¹. Esta previsión se encuentra actualmente alojada en el vigente art. 19.2 TFUE tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa de 2007. Por último, las demás referencias de los tratados vigentes relativas a la discapacidad se encontrarían en las previsiones genéricas sobre la igualdad como valor de la Unión y común a sus Estados miembros, como principio de actuación de la Unión ante sus ciudadanos y la precisión de la lucha contra la discriminación entre los fines de la UE (arts. 2, 3 y 9 TUE). Más concreta y relevante resulta, por su parte, la confirmación a nivel de Derecho Originario del carácter transversal de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la UE en el art.

30 En este punto, la CDFUE sigue la senda del, antes referido, punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que, a su vez, se inspiraba en el art. 15 de la Carta Social Europea de 1961. Ello determina que el art. 26 CDFUE resulte excesivamente escueto y limitado en su planteamiento sobre la discapacidad. Por el contrario, el art. 15 de la CSER de 1996, cuya referencia hubiera sido más apropiada para la CDFUE, sí planteó un avance importante al fundamentar este derecho específico de las personas con discapacidad en la consideración plena de su dignidad humana integrando su diversidad, y al concebir su realización efectiva, como regla general, desde la perspectiva de la igualdad de trato y, solo secundariamente, desde la perspectiva de la diferenciación y la acción positiva. Sobre la relevancia de la formulación de este derecho como reflejo de una consideración de la discapacidad como un atributo de la condición humana no disminuida o devaluada, sino desde la diversidad consustancial de la dignidad humana, véase el detallado estudio de L. JIMENA QUESADA, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 1393-1486.

31 P. LÓPEZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 126.

10 TFUE; lo que resulta coherente con el reconocimiento general del derecho a la no discriminación *ex art.* 21.1 CDFUE.

Junto a las reformas y previsiones vigentes del marco jurídico de la UE³² que se han apuntado, desde finales de los años 90 se desarrolla, a su vez, una intensa acción política europea en materia de discapacidad con la que se consolida el tránsito al modelo social, y con la que la Unión asume una mayor implicación, junto al protagonismo de los Estados, en la realización efectiva de la plena integración de las personas con discapacidad sobre la base de la igualdad de oportunidades y derechos. Dicha acción política tiende a institucionalizarse en forma de planes específicos de carácter plurianual a partir de los primeros años de la década de 2000³³ de los que resulta una progresiva ampliación de ámbitos de actuación y transversalización de las acciones europeas relacionadas con la discapacidad, frente al alcance sectorial inicial³⁴. Junto al empeño prioritario por hacer efectiva la no discriminación en el ámbito de las competencias de la UE, se han ido planteado acciones en otros ámbitos, en gran medida inspirados por la CDPD, tales como: accesibilidad, movilidad, participación social y política, empleo, educación y formación, protección social,

32 Para un tratamiento completo de la legislación europea contra la discriminación, véase AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, 2018.

33 Entre las iniciativas más relevantes pueden destacarse: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad (COM (2000) 284 final); Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (DO núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000); Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad (DO núm. L 335, de 19 de diciembre de 2001): año 2003; Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM (2003) 650 final). Este último documento definió los objetivos de la acción de la UE en materia de discapacidad para el período 2003-2010 en el contexto de la Estrategia de Lisboa; al que seguiría la nueva Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras (COM (2010) 636 final), en el marco de la Estrategia UE2020. Siguiendo esa misma dinámica, recientemente se ha aprobado la Estrategia 2021-2030: Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2021, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 (COM (2021) 101 final).

34 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 260-266, 284-300; P. LÓPEZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 128-133; E. BLANCO EGIDO, *op. cit.*, pp. 103-108.

servicios sociales y de salud, gestión de las propias instituciones y recursos humanos de la UE, así como acción y cooperación exterior³⁵. Asimismo, se han reforzado las previsiones financieras, desarrollado las medidas de seguimiento, evaluación y control de las políticas a implementar, y avanzado también en el análisis estadístico de las cuestiones relativas a la discapacidad y la divulgación sobre la estrategia basada en la igualdad de los derechos de las personas con discapacidad³⁶.

En aquellos ámbitos concretos en que la UE cuenta con un claro margen de acción sobre la base de sus competencias (*ex arts. 2-6 TFUE*), aun compartidas con los Estados, se ha actuado con decisión e incluso con instrumentos jurídicos vinculantes³⁷; si bien, se sigue demandando la aprobación de una Directiva horizontal o general sobre prohibición de discriminación por razón de discapacidad (y demás causas) que supere el limitado ámbito del empleo y la ocupación para el que se aprobó la Directiva 2000/78³⁸. Por su parte, en el resto de ámbitos, se desarrolla

35 M. JARABA SÁNCHEZ, “La Estrategia Europea de discapacidad 2010-2020: nuevas herramientas contra la discriminación”, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*

36 Una exposición completa de la diversidad de iniciativas en que actualmente se concreta la acción de la UE en materia de discapacidad puede consultarse en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es> [15 de mayo de 2021].

37 Tal sería el caso, además de la ya referida Directiva 2000/78 en materia no discriminación en el empleo y ocupación (*ex arts. 19 y 5 TFUE*), del Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo y otros posteriores relacionados con los diversos medios de transporte, dictados sobre la base de las competencias europeas en materia de transporte (*arts. 100.2 y 4 TFUE*) y derechos de consumidores y usuarios. En esa misma línea se inscriben las Directivas sobre accesibilidad aprobadas en los últimos años: Acta Europea de Accesibilidad [Directiva (UE) 2019/882 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios] y Directiva (UE) 2016/2102 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público; ambas sobre la base de las competencias de la UE en materia de mercado interior y libre circulación (*arts. 114, 26 y 4 TFUE*).

38 Recuérdese que la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [COM (2008)0426 final - CNS (2008)0140], presentada en el año 2008 nunca llegó a salir adelante, a pesar de las constantes llamadas a su necesidad por parte de las asociaciones europeas y nacionales de personas con discapacidad y sus familias, y de la referencia a ella en las sucesivas Estrategias Europeas sobre discapacidad. Para un análisis más detenido de la Propuesta de Directiva, véase E. BLANCO EGIDO, “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, 2012, pp. 95-119, pp. 111-116.

desde la UE una labor limitada al tratarse de materias compartidas sobre las que las particularidades y protagonismo de los Estados resulta dominante (política social, cohesión económica y social, justicia...); o bien de materias respecto de las que la UE (*ex art. 6 TFUE*) se limita a apoyar, coordinar o completar la acción e iniciativas estatales (cultura, educación, formación profesional...). No sorprenderá señalar que tales ámbitos suelen coincidir con aquellas cuestiones propias de las políticas, servicios y prestaciones sociales muy comprometidas por las condiciones socioeconómicas de cada Estado y, sobre todo, por la disponibilidad presupuestaria. Un ejemplo evidente de ello es la exclusión de los regímenes de seguridad social y protección social del ámbito de la Directiva 2000/78 para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³⁹ (considerando 13 y art. 3.3).

II. LA PARTICULAR POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL SISTEMA MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A la vista del recorrido realizado por la acción normativa y política de la Unión Europea se observa que la asunción del llamado modelo social de atención a la discapacidad entraña un relevante cambio de técnica o tratamiento jurídico, cuya articulación se produce actualmente a cargo de instancias internacionales, supranacionales y nacionales. Dicho enfoque normativo queda establecido con nitidez en los arts. 1, 3 y 5 CDPD. De acuerdo con ellos, la afirmación –como premisa esencial– de la igual dignidad de las personas con discapacidad y, en consecuencia, de su plena autonomía individual, conduce inevitablemente a un viraje normativo a favor de la igualdad de trato en materia de derechos humanos frente a la tradicional acción asistencial basada en la diferencia. Al servicio de la consecución de esa igualdad de trato se pondría el recurso de la tutela antidiscriminatoria como principal ariete y garante de ésta.

39 Elocuente resulta también en tal sentido el reiterado llamamiento que realiza la nueva Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030: “Existe un vacío legal en la Unión, ya que no se garantiza la igualdad de trato de las personas con discapacidad fuera del ámbito del empleo; por ejemplo, en la protección social, la asistencia sanitaria, la educación o el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda. A la espera de que la Comisión adopte una propuesta de Directiva del Consejo sobre igualdad de trato, las desigualdades y la discriminación persistentes ponen de relieve la necesidad de nuevos avances en la legislación de la Unión”; razón por la cual “la Comisión insta a los Estados Miembros a permitir la adopción de la propuesta de la Comisión de Directiva horizontal” (pág. 16).

Prueba de ello es también el refuerzo de la prohibición de discriminación mediante la obligación de realizar ajustes razonables y su amplia extensión a todos los tipos de discriminación (arts. 2 y 5.2 CDPD); rasgos que pueden también verificarse en la Directiva 2000/78 (arts. 1, 2 y 5). En última instancia, el modelo culmina –a modo de complemento– con la posibilidad de adoptar “las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad” (art. 5.4 *in fine* CDPD); lo que incluye a las medidas de acción positiva” (como expresamente indica el art. 7 Directiva 2000/78).

Los matices del cambio de tratamiento jurídico de la discapacidad se aprecian, incluso, con mayor nitidez desde la perspectiva interna del ordenamiento español. Ello es posible gracias a la distinción de las previsiones constitucionales relativas a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) de un lado, y a la igualdad real, material o de oportunidades (arts. 9.2 y 49 CE) de otro; además de la particular diferenciación entre los conceptos de derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica. La relevante evolución que, sobre la integración de esas tres previsiones constitucionales, cabe apreciar también en el modelo constitucional español⁴⁰ de atención a las personas con discapacidad es descrita con elocuencia por Rey Martínez:

“[d]esde el punto de vista conceptual, se ha transitado de un modelo constitucional inicial de corte asistencialista, al que se suele denominar ‘modelo médico’ porque comprendía al discapacitado, básicamente, como un enfermo al que proteger (de hecho, el artículo 49 CE habla de ‘disminuidos’, una palabra que suena ofensiva en la actualidad), a otro modelo que hace gravitar el régimen jurídico en torno a la idea de la autonomía de la persona con discapacidad. En el modelo médico, la tutela constitucional de las personas con discapacidad era, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la de un principio (art. 49 CE), en el vigente modelo de autonomía, estamos en pre-

40 Sobre este particular véanse H. ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1027-1055, F.J. BASTIDA FREIJEDO, “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en M. PRESNO LINERA (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, 2013, pp. 147-184. Asimismo, el Tribunal Constitucional viene consolidando este modelo de atención a la discapacidad en resoluciones recientes como las SSTC 51/2021, 3/2018, después de haberlo apuntado en resoluciones anteriores como la STC 269/1994.

sencia de un auténtico derecho fundamental (art. 14 CE), con un contenido que en gran parte es exigible judicialmente⁴¹.

Sobre ese triple fundamento constitucional de la atención a la discapacidad es posible identificar igualmente las diferentes técnicas normativas antes referidas a partir de las previsiones de la CDPD y la Directiva 2000/78. Tales técnicas se aplican bajo el común objetivo de la plena integración de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto, y se concretan en: la protección contra toda forma de discriminación como garantía de la igualdad de trato (art. 14 CE) de un lado, y las medidas promocionales de protección, incluidas aquellas de acción positiva, para procurar la igualdad real de oportunidades (arts. 9.2 y 49 CE).

Es común también a los niveles nacional y europeo el hecho de que la implementación en la práctica del actual modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad presente un desequilibrio a favor de la técnica de la acción antidiscriminatoria frente a la adaptación y desarrollo de las medidas promocionales de protección en diversas materias sociales. En este sentido, conviene advertir que el llamado modelo social, de autonomía o basado en derechos de atención a la discapacidad

“no excluye *per se* la existencia de medidas asistenciales complementarias. Esta incompatibilidad surge cuando la medida asistencial se articula, no como instrumento, sino como fin en sí mismo⁴²”.

Fuera de esos casos, los servicios, medidas y prestaciones sociales, asistenciales o económicas complementarias se revelan necesarias para conseguir el objetivo del ejercicio efectivo y en igualdad de condiciones de los derechos que la Convención (arts. 5-30 CDPD) reconoce a las personas con discapacidad, hasta el punto de afirmarse que “es esta armonización entre políticas y derechos lo que singulariza al modelo comunitario de la discapacidad⁴³”.

Como ya se apuntó, la articulación de esta acción social complementaria encuentra, en el ámbito de los Estados, el tradicional condicionante de las respectivas situaciones socioeconómicas particulares y del necesario respaldo presupuestario. La

41 F. REY MARTÍNEZ, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171, pp. 163-164.

42 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, p. 285.

43 *Ibid.*

Unión Europea, por su parte, sumaría a tales lastres tradicionales uno adicional y específico: su particular posición competencial en relación con los aspectos sociales de la discapacidad; tradicionalmente determinados e influidos por el protagonismo de los Estados Miembros. Esta circunstancia explicaría que la inclinación antidiscriminatoria del modelo de actuación europeo en materia de discapacidad resultase, incluso, más acusada⁴⁴.

El peso del factor competencial en la acción de la Unión Europea en materia de discapacidad vuelve a ponerse de manifiesto con particular intensidad con motivo de la ratificación de la CDPDC por parte de la UE. El esquema de competencias compartidas UE-Estados Miembros en que se insertan la mayor parte de las materias relacionadas con la discapacidad fue tenido en cuenta a la hora de determinar el momento adecuado en que debía llevarse a cabo la ratificación por parte de la UE. Frente a los planteamientos que sugerían que la UE esperase a que se produjeran las ratificaciones de todos los Estados Miembros, se optó finalmente por que la UE ratificara la CDPD el 23 de diciembre de 2010 sin esperar a ese momento (en esa fecha solo 16 Estados de la UE la habían ratificado). De esta forma se “aportaba seguridad jurídica, eficacia y coherencia a las ratificaciones europeas ya producidas y a las que se irían realizando de manera progresiva posteriormente”⁴⁵, y se evitaba una cierta dualidad y descompensación en la concepción y marco jurídico de la acción en materia de discapacidad de los Estados parte de la CDPD y de la UE.

Por lo que respecta a los términos de la ratificación de la CDPD por parte de la UE, éstos vienen determinados por la novedad que supone que la CDPD sea el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos que permite la incorporación de organizaciones de integración regional a través del mecanismo habilitado en su art. 44. Entre las particularidades que supone ese particular estatus de Parte en la Convención⁴⁶ destaca –por lo que aquí interesa– la necesidad de que

44 A este respecto, I. BIEL PORTERO afirma que “[d]e hecho, en la actualidad, el modelo de actuación de la Unión en la materia se ha construido –en gran parte, debido a sus limitaciones competenciales– sobre este derecho”, *ibid.*, p. 244.

45 M.A. CABRA DE LUNA y J. GÜEMES PEDRAZA, “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en L.C. PÉREZ BUENO y R. DE LORENZO, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*, CERMI-Cinca, 2016, pp. 63-92, p. 64.

46 Sobre las singularidades que supone el hecho de que una organización de integración regional se incorpore a una convención internacional sobre derechos humanos véase M. A. CABRA DE LUNA y J. GÜEMES PEDRAZA, *op. cit.*, pp. 68-78; J.R. MARÍN ASÍS, *La Unión Europea y el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2013, disponible

las organizaciones de integración declaren “en sus instrumentos de confirmación oficial o adhesión, su grado de competencia respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención” (art. 44.1 CDPD).

La declaración de competencias presentada por la UE –representativa de su capacidad de acción en materia de discapacidad conforme a los arts. 3-6 TFUE– adoptó la forma de enumeración de los Reglamentos y Directivas atinentes a las materias afectadas por las previsiones de la CDPD. En la práctica, se trata, por tanto, de

“un ‘mapeo’ de los diferentes actos donde la UE ha legislado de manera directa y expresa materias que atañen la discapacidad, asociando ‘competencia’ con un acto de fuerza legal”⁴⁷.

Este planteamiento es juzgado como poco ambicioso y reduccionista de la acción de la UE en materia de discapacidad por, entre otros, el movimiento asociativo de la discapacidad a nivel europeo, quien entiende que la ratificación de la Convención por la UE confirma sus competencias en materia de derechos humanos, y la habilita para impulsar y renovar sus iniciativas legales y de políticas públicas sobre discapacidad, incluso por encima de los condicionantes competenciales de los Tratados. Frente a ello, la UE –en particular, la Comisión– ha venido entendiendo su posición en materia de discapacidad tras la ratificación de la CDPD conforme al tradicional planteamiento condicionado al esquema competencial antes descrito (actuando sólo en las materias de la CDPD de competencia exclusiva o compartida y obviando los aspectos de mero apoyo, coordinación e impulso). De esta forma, la Convención

en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/30329/22412529.pdf?sequence=1> [15 de mayo de 2021]. Directamente relacionado con la declaración de competencias, resulta también de interés la celebración de un Código de conducta entre el Consejo, los Estados Miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la UE de la CDPD y para la representación de la UE en dicha Convención (2010/C 340/08). Dicho código se elaboró en aplicación de la previsión de un mecanismo de coordinación para la aplicación y seguimiento de la Convención (*ex art.* 33.1 CDPD) y de los artículos 3 y 4 de la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, por la que se acordó la adhesión de la UE a la CDPD. A efectos prácticos, supone un mecanismo de coordinación y relación entre las instituciones europeas y los Estados Parte a los efectos de la aplicación y desarrollo de las previsiones de la Convención. El reparto de tareas, iniciativas y liderazgos entre la Comisión y los Estados se establece, en gran medida, en función del reparto competencial UE-Estados miembros, de forma que la dinámica de este marco de relación y coordinación puede ser propicia para que se superen las rigideces y restricciones en ámbitos propios de competencias compartidas, pero de fuerte arraigo estatal, como las materias sociales relacionadas con la discapacidad.

47 M.A. CABRA DE LUNA y J. GÜEMES PEDRAZA, *op. cit.*, p. 69.

estaría siendo entendida más en términos programáticos o de principios que como un instrumento generador de obligaciones legales y políticas concretas para la UE⁴⁸.

En el pulso sostenido entre las dos posiciones descritas habría intervenido de manera decisiva y relevante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –órgano de control de aplicación de la Convención *ex arts.* 34 *ss.*– con motivo de las primeras Observaciones finales⁴⁹ aprobadas en octubre de 2015 al respecto del primer informe sobre la aplicación y cumplimiento de la CDPD presentado por la UE. En relación con la delimitación competencial, el Comité de la Convención recomienda –con carácter prioritario (párrafo 90)– que la UE actualice su declaración de competencias (*ex art.* 44.1 CDPD) “para incluir los instrumentos de reciente aprobación y los instrumentos que tal vez no se refieran específicamente a las personas con discapacidad, pero que son pertinentes para ellas” (párrafo 17). Esta llamada del Comité a ampliar la declaración de la UE más allá de los estrictos actos jurídicos dictados al amparo de sus competencias exclusivas o compartidas ha sido interpretada en el sentido de que la UE “puede desplegar su capacidad normativa y de definición de políticas en todos los artículos de la CDPD con independencia de su nivel competencial”⁵⁰. Por tanto, también en aquellas materias (sociales) compartidas de tradicional control estatal y en las materias objeto de mero apoyo por parte de la UE (art. 6 TFUE), a través de los instrumentos que correspondan en cada caso.

A pesar de la interpretación tendencialmente expansiva de las responsabilidades de la UE en relación con el cumplimiento de la CDPD que ha sostenido su Comité, la acción de la UE en materia de discapacidad se ha mantenido dentro de los restrictivos parámetros tradicionales descritos conforme al factor competencial. Pruebas de ello serían tanto el retraso en el cumplimiento de la recomendación de actualización de la declaración de competencias de la UE respecto a la CDPD (inicialmente requerido para octubre de 2016), como el persistente bloqueo a la adopción de la Directiva horizontal antidiscriminatoria más allá del empleo cuya propuesta data de 2008. Un tímido compromiso sobre ambas cuestiones aparece recogido, de nuevo, en la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030⁵¹.

48 *Ibid.*, pp. 66-68, 78, 80.

49 Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el informe inicial de la Unión Europea, 2 octubre 2015 (CRPD/C/EU/CO/1). Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx> [15 de mayo de 2021].

50 M.A. CABRA DE LUNA y J. GÜEMES PEDRAZA, *op. cit.*, p. 80.

51 Pp. 31-32 y 16 respectivamente.

A la vista de lo expuesto, el peso del condicionante competencial para el desarrollo, por parte de la UE, del tratamiento jurídico de la discapacidad concebido bajo el denominado modelo social, no habría desaparecido o minorado por el hecho de la ratificación de la CDPD. Y ello a pesar del potencial que ésta representa al albergar en su seno como partes a los Estados y a organizaciones de integración.

En cambio, la ratificación de la CDPD por parte de la UE sí que estaría teniendo un impacto relevante en la dimensión de la acción europea en materia de discapacidad que, como antes se apuntó, se encuentra más desarrollada: la tutela antidiscriminatoria. Aunque limitada al ámbito del empleo y la ocupación, la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Directiva 2000/78, interpretada ahora a la luz de la CDPD, ofrece argumentos para advertir no ya sólo un avance o desarrollo de esta concreta técnica, sino posibles efectos secundarios, indirectos o por alcance, sobre las políticas sociales estatales relacionadas con la discapacidad que, tradicionalmente, han quedado fuera del radio de acción de la Unión como la seguridad social y la protección social (art. 3.3 Directiva 2000/78), así como determinados aspectos de legislación laboral.

III. LA INTERPRETACIÓN (EXTENSIVA) DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD REALIZADA POR EL TJUE A LA LUZ DE LA CDPD

El hecho de que la Directiva 2000/78 no contenga una definición de discapacidad⁵² en su articulado supone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya tenido que esbozar por vía interpretativa el concepto de discapacidad⁵³ que subyace, en este caso, a su normativa antidiscriminatoria en materia de empleo y ocupación. Dicha tarea se habría visto directamente afectada por la ratificación de la CDPD por parte de la UE, en la medida en que “a partir de la entrada en vigor de aquélla, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión”; de lo que “se sigue que dicha Convención puede ser invocada para interpretar esta

52 Sobre las dificultades para establecer un concepto de discapacidad a nivel europeo ante las diferencias existentes entre las nociones legales de los Estados Miembros y los fallidos intentos habidos a lo largo del tiempo en la Unión Europea, véase I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 19-29, 247, 250-251, 254, 272, 282.

53 En términos más amplios sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación y discapacidad, véanse los estudios de Barrero Ortega y Martínez Alarcón en la obra colectiva dirigida por A. LÓPEZ CASTILLO (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 645-667 y 789-811.

Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención”⁵⁴.

De acuerdo con ello, el TJUE viene precisando el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78, a la luz de la CDPD, a partir de una interesante serie de resoluciones⁵⁵ que, con origen frecuente en cuestiones prejudiciales, vienen planteando el encaje (o no) bajo el concepto de discapacidad de situaciones personales de salud (enfermedades de larga o incierta duración, obesidad...) que generalmente son consideradas por las legislaciones laborales nacionales bajo categorías legales diferentes, tales como la mera enfermedad, la incapacidad temporal o la especial sensibilidad ante determinados riesgos del trabajo, entre otros conceptos. La extensión del concepto de discapacidad a esas otras situaciones tendría el efecto de considerar como discriminatorias determinadas decisiones empresariales o administrativas adoptadas bajo la correspondiente regulación legal interna (*v.gr.* un despido por absentismo, sanciones disciplinarias, reducciones de jornadas, no renovaciones, no reconocimiento de determinadas prestaciones...). La confirmación de tal escenario pondría de manifiesto un importante desajuste o disfunción entre la forma de concebir la discapacidad desde la tutela antidiscriminatoria, de un lado, y desde determinadas regulaciones nacionales en materia laboral y, por extensión, de contingencias de la seguridad social, entre otras materias⁵⁶, de otro.

54 STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., y otros* (asunto C-395/15 apartados 40 y 41).

55 Algunos de los pronunciamientos más relevantes de la referida línea jurisprudencial son, entre otros: SSTJUE de 11 de julio de 2006, C-13/2005, asunto *Chacón Navas*; de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z. contra A Government department and the Board of management of a community school*; de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*; de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros*, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*.

56 Si bien no constituye el objeto de este trabajo, debe dejarse constancia de que la doctrina laboralista española ha analizado profusamente el impacto de tales sentencias europeas en el ordenamiento y la jurisdicción laboral española. Entre otros muchos, destacan: C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 99-132; J.L. MONEREO PÉREZ, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 681-746; J.L. GOÑI SEIN, (coord.), “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 6, 2017, o M.A.

La Convención afirma en su Preámbulo que

“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad” (letra e).

para, posteriormente, identificar en su art. 1 a las personas con discapacidad como

“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, y circunscrito al ámbito del empleo y la ocupación, el TJUE ha estimado que el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como

“referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”⁵⁷.

Sobre la base de tales definiciones, se tratará a continuación de “deconstruir” el concepto de discapacidad que deriva de la CDPD y de su lectura por parte del TJUE. Ello permitirá, de un lado, explicar los motivos que llevan a considerar como discapacidad realidades o situaciones personales no planteadas como tal con anterioridad; y de otro, advertir la distinta lógica con que se afronta la realidad de la discapacidad desde la tutela antidiscriminatoria y desde la acción social prestacional complementaria. Si bien ambas perspectivas deben formar parte del modelo social de atención a la discapacidad generalizado a partir de la CDPD, lo cierto es que la

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2018.

⁵⁷ El TJUE reitera tal definición en sus sentencias de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, *Z.*, C-363/12, apartado 76, de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 53; de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, apartado 28; de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., y otros*, C-395/15, apartado 42; y de 11 de septiembre de 2019, *DW contra Nobel Plásticos Ibérica, S.A.*, C-397/18, apartado 41, entre otras.

integración, ajuste o equilibrio entre ambas técnicas jurídicas estaría presentando disfunciones (subyacentes en muchos de los casos resueltos por el TJUE) debidas, probablemente, a una falta de adaptación de las normativas nacionales laborales y sociales, ancladas aún en un enfoque médico-asistencial de la discapacidad.

1. Elemento técnico u objetivo

La discapacidad se compone, en primer lugar, de un elemento técnico u objetivo que los instrumentos internacionales más recientes identifican con la concurrencia de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (art. 1 CDPD) en cualquier persona; mientras que la definición del TJUE se refiere sólo a “dolencias físicas, mentales o psíquicas”. Se trata, por tanto, de un elemento atinente a la integridad física y la salud de las personas que abarca toda pérdida o anormalidad de una estructura corporal o de una función fisiológica. En cuanto a la tipología de tales deficiencias, los instrumentos internacionales han acabado por confirmar una consideración universal de todas ellas⁵⁸, ya sea por la vía de agotar la enumeración de todas sus clases (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales *ex art. 1 CDPD*) o por la vía de la consideración de la discapacidad con independencia de su naturaleza y origen (*ex art. 15 CSER*).

En ese sentido, tampoco restringe o condiciona la consideración de este primer elemento la causa a la que se deba la existencia de la deficiencia en cuestión, de forma que ésta podrá tener su origen en una enfermedad (curable o incurable), en un accidente o cualquier condición de salud, ser congénita o adquirida⁵⁹. Igualmente, tampoco resulta relevante, a los efectos de advertir y dar respuesta a la situación de

58 En el marco de la OIT, se ha manejado una consideración limitada a disminuciones de la capacidad o deficiencias de carácter físico y mental (véase art. 1.b Recomendación núm. 99 de 1955 y art. 1.1 Convenio núm. 159, 1983). En época más reciente, la CIEFDPD se refiere a una deficiencia “física, mental o sensorial” (art. I.1).

59 Así se afirma en la STJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, apartado 40: “no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad”. De acuerdo con ello, el TJUE ha considerado potencialmente subsumibles, atendidas las circunstancias de cada caso, bajo el concepto de discapacidad conforme a la Directiva supuestos de obesidad del trabajador, deficiencia mental, enfermedades curables e incurables, dolencias derivadas de accidentes y enfermedades de larga e incierta duración.

discapacidad, la participación o el nivel de intervención del sujeto en el surgimiento de la deficiencia⁶⁰. Conforme a tales consideraciones, la apreciación de este primer elemento del concepto de discapacidad requiere de un criterio técnico de carácter médico basado en la experiencia de la salud. De acuerdo con ello los operadores jurídicos no pueden más que considerar la concurrencia de una deficiencia cuando efectivamente así lo considere la ciencia médica⁶¹; sin perjuicio de que en ocasiones el criterio médico sea evidente (*v.gr.* ante la pérdida o amputación de un miembro) y en otras la actividad probatoria deba ser más minuciosa.

2. Elemento relacional o contextual

En segundo lugar, cabe apreciar un elemento relacional o contextual que introduce de manera esencial en la concepción de la discapacidad la interacción de las personas con deficiencias con su entorno físico y social. La consideración de esa interacción es la principal consecuencia de la asunción del modelo social de la discapacidad, en cuya virtud ésta no trae causa exclusivamente de la condición de salud que supone la deficiencia de una persona –cualquiera que ésta sea–, sino del contexto físico y social y el modo en que éste la percibe, gestiona, responde o reacciona ante ella. Las definiciones ofrecidas por la CDPD y por el TJUE coinciden en subrayar la idea de relación o interacción entre la deficiencia o dolencia padecida y el entorno físico o social; lo que sugiere una cierta bidireccionalidad y mayor dinamismo⁶².

En efecto, esta perspectiva relacional o contextual dota a la discapacidad de un carácter dinámico y de cierto relativismo que, si bien puede generar dificultades de interpretación y calificación en el ámbito de la práctica jurídica, resulta coherente con el rechazo al efecto estigmatizante de la discapacidad y la afirmación de la diver-

60 Sobre este particular, y en relación con un posible caso de discapacidad por obesidad, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 56 afirma: “Efectivamente, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de ‘discapacidad’ no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad”.

61 A título ilustrativo, el TJUE recurre incluso a las definiciones de deficiencias elaboradas por la OMS para evidenciar la concurrencia de este primer elemento. Así ocurre, particularmente, en relación con la obesidad en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 18.

62 En tal sentido, algunos autores matizan que la CDPD acoge un modelo evolucionado del modelo social. Se trataría del enfoque “biopsicosocial” o “perspectiva ecológica” que, al poner énfasis en la interacción del individuo y el entorno, trata de “conseguir una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social”. Véase I. BIEL PORTEIRO, *op. cit.*, pp. 18 y 25.

sidad como rasgo inherente a la dignidad humana. La decisiva introducción de este elemento contextual supone que no toda deficiencia es en sí y por sí discapacitante o, en otros términos, que la concurrencia aislada de una deficiencia será condición necesaria, pero no suficiente, para apreciar la existencia de discapacidad. En consecuencia, la valoración del entorno y el efecto condicionante que éste suponga sobre el pleno ejercicio de los derechos de la persona con deficiencias es lo que dará la clave para la apreciación de una discapacidad y de su intensidad o alcance. De acuerdo con ello, el TJUE no ha procedido a ampliar, por vía interpretativa, las causas de discriminación prohibidas por la Directiva 2000/78 a supuestos como la enfermedad o la obesidad, sino a considerar que, en determinadas circunstancias, estas últimas pueden conllevar una limitación que, en su interacción con el entorno, constituyan una discapacidad⁶³.

Por lo que respecta al contexto o entorno, la CDPD no realiza acotaciones o precisiones y, por tanto, maneja una noción abierta de contexto y entorno que incluye todo factor ambiental externo al individuo, tanto si es de carácter físico o natural, como si resulta de una organización o dinámica social. La Directiva 2000/78, en cambio, como es sabido, considera sólo el contexto laboral o profesional⁶⁴, ya sea en el sector público o privado, conforme a la delimitación de su ámbito de aplicación (art. 3.1). Frente a ello, la Convención y la Directiva, sí coinciden en considerar que forman parte también del contexto los factores personales que concurren en el individuo más allá de su deficiencia, como es el caso de la edad, la raza o el sexo. Estos factores personales también interaccionan con las deficiencias pudiendo dar lugar a situaciones de desigualdad y exclusión más complejas y comprometidas⁶⁵.

63 Sobre esta particular, véanse las SSTJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, apartado 75: “es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de ‘discapacidad’ y de ‘enfermedad’”; y de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 58: “la obesidad como tal no puede considerarse ‘discapacidad’, dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación”.

64 De acuerdo con ello, la STJUE de 18 de marzo de 2014, *Z.*, C-363/12, consideró, en relación con el caso de una trabajadora que no podía gestar y dar a luz a un hijo por falta de útero, que, efectivamente, dicha afección constituía “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo” y, una “causa de grave sufrimiento para ella”, pero que, en la medida en que dicha incapacidad para tener un hijo por medios convencionales “no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él”, no se trataba de una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78, que no resultaría aplicable al caso al plantear un problema ajeno a su ámbito de aplicación (apartados 78-82).

65 A ello responden las previsiones específicas sobre las mujeres, niños y niñas con discapacidad

3. Elemento finalista o funcional

En directa relación con la consideración del contexto, se aprecia un tercer elemento integrante de la noción de discapacidad. Un elemento finalista o funcional que atiende al efecto “barrera” o impeditivo que el entorno físico o social tiene sobre el ejercicio pleno y efectivo de cualquiera de los derechos de las personas con deficiencias y su participación social. En el caso de la Directiva, dicho efecto barrera se circunscribe a su materialización sobre los derechos de carácter laboral enumerados en su art. 3.1 (acceso y promoción en el empleo, orientación y formación profesional, condiciones de empleo y trabajo, afiliación y participación en organizaciones sindicales o de empresarios) y al concreto entorno laboral o profesional, ya sea en el sector público o privado.

De acuerdo con ello, la disposición física del entorno (lugar de trabajo) o la actitud colectiva (política empresarial, relación con el resto de trabajadores) con la que se percibe o responde en el ámbito laboral o profesional a las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales del trabajador debe generar una consecuencia o impacto limitativo o diferenciador sobre los concretos derechos laborales de esas personas y su plena integración profesional⁶⁶. Es esa barrera derivada del entorno

que se contienen en los arts. 6 y 7 CDPD, y la referencia a situaciones de discriminación múltiple [apartado p) del Preámbulo y art. 6.1 CDPD, Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE].

66 En relación con el ya referido caso de la obesidad, ésta pueda estar incluida en el concepto de discapacidad de la Directiva “si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional” (STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 60). Asimismo, y en relación con la aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, la STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW contra Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, C-397/18, argumenta: “el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de ‘discapacidad’, en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (apartado 51); correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional comprobar la concurrencia efectiva de dicha limitación o impedimento para cuya consideración puede resultar determinante los ajustes o adaptaciones facilitados por el empleador, entre otros factores.

o de la interacción entre este y las deficiencias la que genera o lleva a apreciar, en último término, la discapacidad. De acuerdo con ello, los elementos contextual y funcional dotan a la discapacidad de una naturaleza dinámica que obliga a admitir que ante un mismo tipo de deficiencia unos entornos generen barreras y otros no, que la tipología e intensidad de éstas varíe y que cada entorno pueda generar barreras diferentes (afectando o impidiendo el pleno ejercicio de derechos diversos) en función de la deficiencia con que interaccionen⁶⁷.

Por lo que respecta a la apreciación de la barrera y su alcance, parece evidente que basta con que el efecto impeditivo u obstaculizador sobre los derechos y la participación plena de las personas con discapacidad suponga un quebranto o diferencia de trato directa o indirecta (*ex arts. 2.2 Directiva y 2 CDPD*) en cualquier aspecto del derecho afectado (facultad concreta, condición de ejercicio, garantías...) respecto del resto de personas; de forma que no es exigible la negativa absoluta al reconocimiento y ejercicio del derecho⁶⁸. Por tanto, la defensa de los derechos de las personas con discapacidad se activará igualmente ante perturbaciones y restricciones parciales, menos intensas o condicionantes adicionales que les afecten sólo a ellas a causa de su deficiencia⁶⁹. Sin perjuicio de

67 A título ilustrativo, cabe identificar sectores y actividades económicas que presentan mayores posibilidades de integración de personas con deficiencias físicas o sensoriales que otros en los que las “barreras” son contundentes (*v.gr.* la construcción) y, en algunos casos, difíciles de evitar.

68 A este respecto, las SSTJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 54, y de 11 de septiembre de 2019, *DW contra Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, C-397/18, apartado 43, señalan que el concepto de discapacidad “debe entenderse en el sentido de que no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta”. “El estado de salud de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de ‘discapacidad’”. “Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de esa Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo”.

69 Particularmente revelador en tal sentido resulta el análisis que el TJUE hizo del diverso impacto que el art. 52.d del Estatuto de los Trabajadores español (despido por absentismo laboral, actualmente derogado) tenía sobre los trabajadores con discapacidad y sin discapacidad: “un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores que un trabajador sin discapacidad. En efecto, (...) un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad (...) de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d) (...). Por tanto, (...) la regla establecida en esta disposición puede (...) suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”. “Si bien el artículo 52, letra d) establece que determi-

esto último, cabe apreciar en los diferentes instrumentos internacionales específicos cierta evolución y matices en el rigor o intensidad con que exigen la materialización o ejecución de dicha barrera o efecto impeditivo sobre el ejercicio de cualquier derecho. De la realización efectiva, necesaria y material de dicho efecto que requieren los textos más lejanos en el tiempo⁷⁰, la CDPD entiende que basta la posibilidad de que dicho impedimento se produzca para considerar la discapacidad (véase el art. 1.2 CDPD). De acuerdo con ello, la existencia real o potencial de barreras requerirá medidas no sólo reactivas sino también preventivas, promocionales o de otro tipo.

4. Elemento temporal

Cabe apreciar un cuarto elemento de carácter temporal como parte integrante del concepto de discapacidad. Tanto la Convención (art. 1) como el TJUE precisan la identificación de personas con discapacidad al requerir que estas tengan deficiencias (de cualquier tipo) “a largo plazo”. De esa forma, se pone el acento en la duración de las consecuencias y no en el pronóstico final de la deficiencia. Así, los efectos sobre las actividades cotidianas individuales y sociales de una deficiencia (ya sea producto de un accidente, una enfermedad, una afección congénita, etc.) podrán ser permanentes o temporales, reversibles o irreversibles, progresivos o regresivos, pero el dato relevante a efectos de considerar una discapacidad es que su duración

nadas ausencias no pueden considerarse faltas de asistencia intermitentes al trabajo que justifiquen la extinción del contrato, las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de ‘discapacidad’, en el sentido de la Directiva”, de manera que “procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente” (STJUE de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, apartados 39, 51, 54, 57).

⁷⁰ En relación con el derecho al trabajo, la Recomendación núm. 99 y el Convenio núm. 159 OIT, entienden por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener, conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo *se hallen realmente o queden sustancialmente reducidas* a causas de las deficiencias que concurren. Por su parte, el art. I.1 CIEFDPD establece que discapacidad significa “una deficiencia física, mental o sensorial (...) que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. La cursiva ha sido añadida.

sea prolongada, independientemente de cómo evolucionen o de que puedan llegar, incluso, a desaparecer.

La consideración de la duración de los efectos de la deficiencia es también coherente con la lógica jurídica que subyace en el Derecho de la Discapacidad; esto es, la evitación de la anulación individual y exclusión social de las personas con discapacidad y la lucha contra todo acto o situación que conduzca a ello. En esa perspectiva, resulta evidente que la duración prolongada de las consecuencias de una deficiencia –que nadie está libre de padecer– es uno de los factores que más determina la necesidad de protección de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo, más contribuye a la devaluación, estigmatización, aislamiento y expulsión de estas. De ahí que ese factor o elemento temporal sea parte esencial del concepto de discapacidad, pues la prolongada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos, hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio de los derechos de las personas que las sufren y limitan su plena participación social.

Entendido en tales términos el elemento temporal de la noción de discapacidad, su función no es la de trazar con taxatividad y exactitud la frontera entre lo que es y no es una discapacidad por referencia a una magnitud temporal exacta. La trascendencia del tiempo en el concepto de discapacidad reside en justificar la necesidad de tutela jurídica y determinar la concreción y alcance de la misma. De hecho, la consideración y determinación del elemento temporal puede diferir según la técnica de tutela normativa que se despliegue en relación con las personas con discapacidad. Así, desde el punto de vista de las medidas de protección social, asistencial o económica de la discapacidad, la duración de una discapacidad puede ser determinante en tanto que condición de acceso para el reconocimiento de unos determinados servicios u otros, o de mecanismos de sustitución de rentas de mayor o menor alcance. En este caso, el carácter duradero de la discapacidad es tenido en cuenta en el diseño normativo por ser indicativo de una situación de exclusión o dificultad más grave –por más prolongada o irreversible– que debe ser considerada para ofrecer medidas de protección proporcionadas y adecuadas. De acuerdo con ello, no es extraño que, en este contexto, algunas normas de carácter prestacional establezcan plazos temporales taxativos que definen –no la discapacidad en sí misma– sino el supuesto objetivo de la medida de protección concreta (acceso a determinados servicios sociales, reconocimiento de prestaciones económicas de seguridad social, etc.) o, si se quiere, una forma cualificada de discapacidad que justifique determinadas medidas tuitivas.

Por su parte, desde la óptica de la tutela antidiscriminatoria, el elemento temporal de la discapacidad juega un papel diferente. En concreto, la negativa percepción que se tiene de la prolongada duración de los efectos de las deficiencias es la

que, en muchos casos, hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio de sus derechos a las personas que las sufren y que limita su plena participación social. Ese cálculo temporal sobre la prolongación de los efectos de una deficiencia que precede y fundamenta la decisión que impacta sobre los derechos de una persona con discapacidad encierra un evidente desprecio a la dignidad humana que determina su carácter discriminatorio.

En el contexto de la tutela antidiscriminatoria, la duración de la discapacidad no requiere, por tanto, de un cómputo y acreditación exacta, sino de su apreciación y ponderación como argumento justificativo del acto discriminatorio. Así, lo fundamental para apreciar una conducta discriminatoria no es tanto que la discapacidad esté formalmente acreditada y determinada temporalmente, sino que la percepción razonablemente fundada de la prolongación de los efectos derivados de una deficiencia –cualquiera que sea su causa u origen (una enfermedad, un accidente...)- sea el motivo de una decisión que suponga un trato diferente de la persona con discapacidad respecto al resto.

Es ese entendimiento del elemento temporal de la noción de discapacidad a efectos discriminatorios el que está detrás de algunas de las resoluciones del TJUE que han motivado, en gran medida, estas páginas. Resoluciones judiciales que han considerado incluidas bajo la causa de discriminación basada en la discapacidad algunos casos de enfermedad de trabajadores o limitaciones derivadas de accidentes laborales que no ofrecían una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización en el corto plazo, o que presentaban indicios suficientes de prolongación y carácter duradero⁷¹. Las decisiones empresariales de extinción de los contratos de tales tra-

71 En relación con la consideración de una enfermedad de larga duración, la STJUE de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, apartados 41-42 estima que: “si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva”. Sobre el carácter duradero de la obesidad como elemento a considerar para apreciar la discapacidad en el caso concreto de una persona, véase la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartados 59-61. Sobre el caso del despido de un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal –reversible aunque de duración incierta– por causa de un accidente laboral y mientras recibía asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra*

bajadores adoptadas sobre la base del (impreciso) cálculo temporal antes descrito –relativo a la prolongación de los efectos derivados de la enfermedad– ha llevado a su calificación como discriminatorios.

Esta línea de interpretación y desarrollo de la prohibición de discriminación basada en la discapacidad no deja de confirmarse, ya a nivel interno, en pronunciamientos judiciales tan recientes como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 975/2021, de 13 de abril de 2021. Esta resolución lleva la tutela antidiscriminatoria hasta el punto de considerar una discriminación por “discapacidad aparente”, o por “apariencia de discapacidad”, en el despido realizado por un empresario el mismo día en que el trabajador despedido sufrió un accidente laboral cuyo pronóstico –conocido por el empresario– apuntaba a una larga y duradera convalecencia y una incierta recuperación⁷².

Bootes Plus, S.L., y otros, C-395/15, contiene relevantes afirmaciones sobre el elemento temporal del concepto de discapacidad y su apreciación en el caso concreto: “el hecho de que se aplique al Sr. Daouidi el régimen jurídico de la incapacidad ‘temporal’, con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como ‘duradera’, en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU”; “(...) el carácter ‘duradero’ de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio”; “[p]or lo que respecta al concepto de carácter ‘duradero’ de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que (...) la importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”; “[c]orresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter ‘duradero’, ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico”; “[e]ntre los indicios que permiten considerar que una limitación es ‘duradera’ figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, (...) el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”; “[e]n la comprobación del carácter ‘duradero’ de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales” (apartados 51-57).

⁷² En relación con la calificación de los hechos sostenida en el caso, el Tribunal precisa, en relación con el concepto de discriminación directa por razón de discapacidad, que éste no “exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia comunitaria para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17 de julio de 2008, asunto

Casos como el recién referido, confirman que, en el plano de la tutela antidiscriminatoria, la consideración del elemento temporal de la discapacidad no requiere un juicio de constatación o subsunción cuantitativa, sino un juicio de ponderación que atiende al peso cualitativo y efecto inspirador que la duración temporal de la discapacidad ha tenido en la decisión cuyo carácter discriminatorio se analiza. Por ello, lejos de relativizar o desdibujar el elemento temporal del concepto de discapacidad, este se reafirma y juega –en el sentido apuntado– un importante papel en el terreno del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad al extraerse relevantes consecuencias jurídicas de ese rasgo integrante del concepto de discapacidad.

5. Elemento formal

Finalmente, resulta mucho más discutible la consideración de un quinto elemento formal como parte integrante necesaria del concepto general o matriz de discapacidad. La exigencia de un reconocimiento, certificación o acreditación formal de la discapacidad, o de su grado o alcance, aparece mencionada en algunos instrumentos internacionales específicos sobre discapacidad. En particular, así ocurre en algunos Convenios y Recomendaciones de la OIT que tratan de las personas con discapacidad en relación con la readaptación profesional y el empleo⁷³ (Convenio n. 159 y Recomendación n. 99). Tales normas suelen plantear la adopción de medidas consistentes en el establecimiento de servicios de orientación, formación y colocación para facilitar el acceso y la conservación de un empleo por parte de personas con discapacidad, así como la previsión de fórmulas o regímenes especiales de empleo para éstas. La naturaleza de este tipo de medidas –de acción protectora o incluso de acción positiva– justifican la necesidad de contar con un reconocimiento formal de la discapacidad que acredite, incluso, su grado o nivel de intensidad y alcance, pues tal información no sólo puede ser relevante a efectos de cumplimiento de los requisitos formales para el reconocimiento o la prestación del servicio en cuestión, sino que también puede ser determinante de la selección concreta de la medida a aplicar en cada caso y de su efectividad.

Coleman, C-303/06). En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad” (FJ. 3 *in fine*).

⁷³ El art. 1.1 del Convenio núm. 159 establece: “se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental *debidamente reconocida*”. La cursiva ha sido añadida.

Desde esa concreta perspectiva, sí resulta razonable y conveniente que la discapacidad se formalice, acredite y acote a determinadas exigencias. Sin embargo, no parece razonable hacer depender, con carácter general, la tutela jurídica de la discapacidad de la exigencia de una suerte de certificación oficial con efectos “constitutivos” de la misma. Es más, la exigencia de ese elemento formal resulta difícilmente conciliable con algunos de los otros elementos analizados; particularmente, con los elementos contextual y funcional que dotan a la noción de discapacidad de un carácter complejo y dinámico difícilmente trasladable a una certificación oficial, y que demandan un análisis “sobre el terreno”, cuando no caso a caso.

Asimismo, el tratamiento normativo de la discapacidad, como ya se ha apuntado, puede articularse conforme a diversas técnicas normativas. Una de ellas, la tutela antidiscriminatoria –la más desarrollada desde la Unión Europea y su Tribunal de Justicia–, no requiere que haya una discapacidad formalmente acreditada para apreciar una conducta discriminatoria por tal motivo y desplegar sus efectos⁷⁴, pues la gravedad del acto discriminatorio no depende de que la discapacidad de la víctima esté o no acreditada formalmente, o de que esta establezca una mayor o menor graduación, sino del carácter especialmente rechazable de la motivación del acto, para cuya apreciación puede ser suficiente la constancia de meros indicios de discapacidad. Por tales motivos, no parece que la exigencia de ese elemento formal deba considerarse, como regla general, parte integrante necesaria del concepto de discapacidad.

74 La contingencia del elemento formal de la discapacidad, a efectos de tutela antidiscriminatoria, puede advertirse particularmente en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., y otros*, C-395/15, apartado 59: “El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de ‘duradera’, con arreglo a la definición de ‘discapacidad’”. Asimismo, en relación con el reconocimiento de la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional por el padecimiento de una enfermedad del sistema endocrino-metabólico (obesidad) y una limitación funcional de la columna vertebral, la STJUE de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, establece que: “ha de precisarse que el hecho de que se haya reconocido al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78” (apartado 32). Y otro tanto ocurre en relación con el reconocimiento a una persona de la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional en materia de prevención de riesgos laborales (STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW contra Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, C-397/18, apartado 49).

IV. CONCLUSIONES

El proceso de “deconstrucción” realizado permite concluir que el concepto de discapacidad derivado particularmente de la CDPD y de la interpretación realizada por el TJUE presenta una naturaleza compleja y dinámica que lo hace capaz de acoger realidades diversas como la enfermedad, la obesidad u otras condiciones de salud que, tradicionalmente, se han entendido diferentes o ajenas a la realidad de la discapacidad y su tratamiento jurídico. El modo en que se integran bajo la noción de discapacidad los distintos elementos que se han identificado, la particular configuración que presenta cada uno y el modo en que se relacionan entre ellos, explican esa posibilidad de extensión del concepto de discapacidad que ha llevado a cabo el TJUE. En particular, merece destacarse la amplitud con que se consideran las deficiencias (elemento técnico u objetivo) que están en la base de una situación de discapacidad; y, sobre todo, el dinamismo de que dotan al concepto los elementos contextual y funcional, con los que el modelo social de la discapacidad adquiere respaldo y alcance jurídico.

El carácter dinámico de la discapacidad, que deriva fundamentalmente de la realidad viva y variable de las barreras y los entornos concretos con que interactúan las personas con deficiencias, obliga al Derecho a salir del estático y rígido planteamiento normativo tradicional, más propio del modelo médico. Dicho planteamiento, cuyo desarrollo ha tenido lugar fundamentalmente a nivel nacional o interno –pero que también estuvo presente durante años en la acción europea– se centraba fundamentalmente en el establecimiento de medidas de carácter prestacional o asistencial concebidas con una lógica protectora y compensadora de la diferencia con que era percibida la discapacidad en cada caso. Asimismo, dicho enfoque normativo-asistencial se enmarca fundamentalmente en el principio de igualdad de oportunidades; mientras que la CDPD y los demás instrumentos internacionales responsables de la actual comprensión de la discapacidad invitan a un tratamiento normativo más rico, amplio e integrador de estrategias y técnicas tuitivas que se conciben, primordialmente, desde la igualdad de trato y la no discriminación.

La apertura del tratamiento normativo de la discapacidad a un abanico más amplio de técnicas y fundamentos, e incluso el desplazamiento del eje de dicho tratamiento hacia la igualdad de trato y la no discriminación, provoca que algunos de los elementos del concepto de discapacidad sean percibidos con ciertas diferencias o matices según la lógica jurídica desde la que se aborde (la igualdad de trato o la diferencia, la dinámica inclusiva o la asistencial y compensadora). Así ha sido puesto de manifiesto, particularmente, en relación con los elementos temporal y formal que

son los que más situaciones de conflicto o contradicción han planteado en relación con la constatación de la discapacidad.

Asimismo, cabe señalar que el carácter dinámico de la noción de discapacidad resulta mejor acogido desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria; ámbito en el que, por los motivos competenciales que se han expuesto, la acción europea tanto legislativa como judicial se desarrolla con mayor intensidad. En efecto, el enfoque antidiscriminatorio permite valorar en cada caso y circunstancias concretas los elementos contextual y funcional que se han apuntado y, sobre todo, cuenta con una enorme fuerza transformadora al servicio de la igualdad de trato y la plena integración de las personas con discapacidad. De ahí que se hable de un “nuevo Derecho antidiscriminatorio, más concreto e intenso que el clásico derecho de igualdad”, el cual “ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace también, y quizá, sobre todo, frente a otros particulares”⁷⁵.

En esa misma línea, se considera que la tutela antidiscriminatoria en materia de discapacidad desarrollada por la Unión Europea a partir del actual art. 19 TFUE y la Directiva 2000/78 habría alcanzado el logro de “crear un acercamiento entre el modo europeo de regular la discapacidad, tradicionalmente vinculado a las políticas de bienestar social, y el modelo norteamericano, de naturaleza más individualista, basado en un enfoque de derechos civiles”⁷⁶. Ahora bien, la integración, complementariedad y equilibrio entre ambas perspectivas –“la construcción pragmática e individualista del modelo anglosajón de la discapacidad y las estructuras propias de los Estados sociales de tradición continental”⁷⁷– se estaría viendo afectada por la referida distribución de competencias entre la UE y los Estados Miembros en las materias y aspectos sociales de la discapacidad, incluso después – como ya se apuntó– de la adhesión tanto de la UE como de los Estados Miembros a la CDPD. Mientras que la tutela antidiscriminatoria estaría siendo asumida con cierta naturalidad y dinamismo desde la Unión, particularmente desde el TJUE, los sistemas laborales, de protección y asistencia social de los Estados estarían

75 F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 128.

76 Para llegar a esta valoración, I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, p. 274, nota 556, se hace eco de A. HENDRIKS, “Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansion Strategies”, en A. LAWSON Y C. GOODING, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart Publishing, 2005, pp. 188 y ss.

77 I. BIEL PORTERO, *op. cit.*, pp. 274-275.

avanzando más lentamente hacia la plena asimilación del concepto de discapacidad de la CDPD y el ideal inclusivo, propio del modelo social de atención a la discapacidad, que esta conlleva.

En efecto, la fuerza transformadora del derecho antidiscriminatorio –como demuestran algunas de las sentencias del TJUE referidas– llega a operar, incluso, por encima de medidas nacionales de carácter prestacional y asistencial cuya aplicación y ejecución queda condicionada en las normas que las prevén a concepciones legales o supuestos de discapacidad limitados o acotados a unas concretas condiciones de duración, grado o intensidad (como ocurre con los supuestos de despido objetivo y las incapacidades en el terreno laboral y de la Seguridad Social, o con la calificación del grado o nivel de discapacidad o minusvalía para el acceso a determinados servicios sociales). Es en esos casos donde la acción del TJUE estaría contribuyendo –desde la acción antidiscriminatoria– a alertar y advertir de ciertas distorsiones o disfunciones en el conjunto del sistema normativo de atención a la discapacidad que evidencian la necesidad de adaptaciones y mejoras en las normativas prestacionales nacionales⁷⁸, de forma que su configuración y su aplicación práctica estén en sintonía con la lógica de la plena integración de las personas con discapacidad en lugar de inducir, en ocasiones, a ofrecer soluciones asistenciales diferenciadoras no inclusivas o, incluso, materialmente discriminatorias.

El desarrollo de esa tutela antidiscriminatoria que pone en evidencia la lógica asistencial y compensadora (no inclusiva) propia del modelo médico que aún subyace en muchas regulaciones nacionales, no es algo aislado o exclusivo del marco de acción del TJUE, sino que estaría siendo acogido también por las propias jurisdicciones nacionales. Así puede comprobarse en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español 51/2021, de 15 de marzo, cuyo fundamento jurídico 3.a) hace suya la jurisprudencia del TJUE referida en estas páginas sobre el concepto de discapacidad y el modelo de tratamiento jurídico derivado de la CDPD. En particular, el caso en cuestión pone de manifiesto la insuficiencia del recurso a la jubilación por incapacidad permanente, propia del sistema de Seguridad Social, para atender la situación de un empleado público aquejado de una deficiencia mental que afectaba a su rendimiento y, sobre todo, que la denegación de dicha prestación conforme a su estricta definición legal, no prejuzga o determina la consideración de dicha deficiencia como una discapacidad –en el sentido de la Convención– digna de tutela

78 J.C. ITURRI GÁRATE, “¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5, 2020, pp. 37-64.

por la vía del derecho a ajustes razonables como forma de plena integración en el entorno laboral en lugar de la “exclusión asistida” que supondría la jubilación por incapacidad⁷⁹.

Si bien la acción judicial antidiscriminatoria en materia de discapacidad estaría generando, en primera instancia, ciertos desequilibrios, distorsiones o contradicciones con determinadas regulaciones laborales, sociales y prestacionales nacionales; no es menos cierto que, como segundo efecto, puede provocar una reacción reformista por parte de los legisladores nacionales en las materias sociales, laborales y asistenciales propias de sus ámbitos competenciales. De esta forma, el tradicional factor competencial condicionante de la acción europea en materia de discapacidad se estaría viendo compensado por este efecto secundario o indirecto que sobre las legislaciones nacionales pueden llegar a tener las sentencias del TJUE sobre discriminación por discapacidad.

Paradigmático resulta en ese sentido, el acicate que han supuesto las sentencias del TJUE en los asuntos *Ruiz Conejero* y *Nobel Plásticos Ibérica* para que el legislador español se decidiera a derogar el apartado d) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores por su efecto discriminatorio sobre las personas con discapacidad, en la medida en que permitía a los empresarios despedir (por causas objetivas) a un

79 De forma más precisa, los hechos de los que trae causa la sentencia derivan de la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador, empleado público (letrado de la Administración de Justicia), por graves y reiterados incumplimientos y retrasos en las funciones inherentes a su puesto de trabajo. La detección de tales incumplimientos se produce en el marco de una inspección rutinaria del órgano judicial en que el trabajador desempeñaba sus funciones. Fruto del seguimiento realizado se apunta a que el motivo de los incumplimientos advertidos se debe a la idoneidad y capacidad del trabajador para el concreto puesto que ocupaba, y no a una cuestión de indisciplina. A la luz de tales circunstancias, la administración empleadora optó por acudir al régimen de la Seguridad Social incoando un expediente de jubilación por incapacidad permanente del trabajador. Sin embargo, esta vía resultó infructuosa pues, tras las valoraciones pertinentes, el órgano correspondiente consideró que el trabajador-funcionario no sufría afecciones que le imposibilitaran totalmente para las funciones de su puesto de trabajo. En la medida en que los incumplimientos en el desempeño de sus funciones continuaban, la administración empleadora decidió iniciar la vía disciplinaria entendiéndolo que la denegación de la incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social respaldaba la culpabilidad del empleado al descartarse razones médicas que justificaran sus incumplimientos. En el curso de la tramitación de expediente disciplinario, el trabajador revelaría padecer síndrome de *Asperger* mediante el correspondiente diagnóstico médico acreditativo; razón por la cual denuncia una posible discriminación por razón de discapacidad y el derecho a ajustes razonables en su puesto de trabajo. A pesar de ello, la Administración empleadora acabaría sancionando al empleado que, no obstante, encontraría finalmente amparo ante el Tribunal Constitucional.

trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad⁸⁰. Efectos similares no serían descartables en el futuro en relación con la adaptación a una lógica inclusiva, propia del modelo social de la discapacidad, de la configuración normativa y dinámica aplicativa de mecanismos como la incapacidad temporal, la jubilación por incapacidad permanente o el acceso a determinados servicios sociales o asistenciales en el caso de las personas con discapacidad.

Por último, si bien el tratamiento jurídico de la discapacidad presenta relevantes particularidades propias como consecuencia, entre otros factores, de su sólida y completa articulación multinivel a partir de la CDPD y la adhesión a la misma de la UE y sus Estados Miembros, no deja de merecer atención la dinámica descrita en estas páginas al respecto de la influencia de la tutela antidiscriminatoria en materia de discapacidad desplegada por tribunales supranacionales (en este caso, el TJUE) sobre los tribunales y, particularmente, sobre los legisladores nacionales en materias relacionadas con el reconocimiento y tutela efectiva de derechos sociales. El tradicional margen de apreciación que se reconoce a los Estados en relación con el reconocimiento, desarrollo y garantía de los derechos sociales, particularmente, los de carácter prestacional, se estaría viendo así reducido o matizado por el efecto indirecto o secundario de resoluciones (europeas) como las analizadas en materia de discriminación por discapacidad.

Este concreto caso de influencia supranacional sobre la legislación interna en materia de derechos sociales, puede considerarse inscrito en un más amplio movimiento o proceso de desarrollo de los sistemas de efectividad y garantía de éstos del que participan, entre otras técnicas, las resoluciones de órganos jurisdiccionales internacionales –como el TEDH– que establecen determinadas obligaciones positivas estatales; la extensión de los procedimientos de reclamaciones individuales o colectivas sobre vulneraciones concretas en materia de derechos sociales ante los órganos de garantía de instrumentos internacionales como el PIDESC o la CSER, y el perfeccionamiento de los sistemas de seguimiento y aplicación de los instrumentos

80 Véanse los apartados II a VI de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (*BOE* núm. 43, 18.02.2020); así como los correspondientes del Preámbulo de la posterior Ley 1/2020, de 15 de julio que deriva de aquél (*BOE* núm. 194, 16.07.2020).

internacionales de protección de derechos sociales a través de una mayor exigencia de transparencia y generación de indicadores y datos estadísticos que permitan un control más efectivo del grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados (tendencia esta asumida tanto por la CDPD *ex art.* 31, como por la propia Estrategia Europea sobre Discapacidad en sus últimas ediciones 2010-2020 y 2021-2030).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE, CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, 2018.
- H. ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1027-1055.
- F.J. BASTIDA FREIJEDO, “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en M. PRESNO LINERA (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, 2013, pp. 147-184.
- I. BIEL PORTERO, *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2009, disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1>.
- E. BLANCO EGIDO, “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI-Cinca, 2012, pp. 95-119.
- M.A., CABRA DE LUNA, “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 2004, pp. 21-46.
- M.A. CABRA DE LUNA y J. GÜEMES PEDRAZA, “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en L.C. PÉREZ BUENO y R. DE LORENZO, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*, CERMI-Cinca, 2016, pp. 63-92.
- C. CÁCERES RODRÍGUEZ, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, vol. 2, 2004, pp. 74-77.

- M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 11-57.
- E. GARRIDO PÉREZ, “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 165-192.
- J.L. GOÑI SEIN, (coord.), “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 6, 2017.
- A. HENDRIKS, “Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansion Strategies”, en A. LAWSON Y C. GOODING, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart Publishing, 2005.
- J.C. ITURRI GÁRATE, “¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5, 2020, pp. 37-64.
- M. JARABA SÁNCHEZ, “La Estrategia Europea de discapacidad 2010-2020: nuevas herramientas contra la discriminación”, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, 2012, pp. 141-158.
- L. JIMENA QUESADA, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 1393-1486.
- P. LÓPEZ ÁLVAREZ, “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, 2012, pp. 121-140.
- A. LÓPEZ CASTILLO (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- J.R. MARÍN ASÍS, *La Unión Europea y el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2013. Disponible en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/30329/22412529.pdf?sequence=1>.
- M.A. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2018.
- C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019.

- J.L. MONEREO PÉREZ, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 681-746.
- A. PADILLA-MUÑOZ, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 2010, pp. 381-414.
- A. PALACIOS y F. BARIFFI, Francisco: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca, 2007.
- A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca, 2008.
- F. REY MARTÍNEZ, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171.
- J.A. VICTORIA MALDONADO, “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 2013, pp. 1093-1109.

Resumen

El presente trabajo analiza, en primer término, la evolución de la acción de la Unión Europea en materia de discapacidad para determinar el modo en que la Unión ha asimilado el tránsito del modelo médico al modelo social de la discapacidad. Dicho análisis concluye que la acción europea se desarrolla principalmente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria y la igualdad de trato, antes que desde la acción promocional y prestacional y la igualdad de oportunidades; lo que encuentra justificación, en gran medida, en la distribución de competencias entre la Unión y sus miembros. De acuerdo con ello, se analiza, a continuación, el impulso adicional que la adhesión de la UE a la CDPD habría dado a esa tutela antidiscriminatoria. Así lo evidenciaría la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Directiva 2000/78, interpretada ahora a la luz de la CDPD. Una relevante serie de resoluciones que extienden el concepto de discapacidad a distintas condiciones de salud, ofrece argumentos para advertir no sólo un desarrollo de la propia tutela antidiscriminatoria, sino posibles efectos secundarios o impactos indirectos sobre las políticas sociales estatales relacionadas con la discapacidad en materias que, tradicionalmente, han quedado fuera del radio de acción de la Unión, como la seguridad social y la protección social, así como determinados aspectos de legislación laboral.

Palabras clave

Discapacidad; igualdad de trato; discriminación; igualdad de oportunidades; modelo médico; modelo social; Unión Europea.

Abstract

This paper analyses, firstly, the evolution of the European Union action on disability in order to evaluate how the Union has assumed the transition from the medical model to the social one on the treatment of disability. As result of this analysis, it's concluded that, mainly because of the EU-States distribution of competences system, European action is developed especially in the field of anti-discrimination protection and equal treatment, rather than from promotional action, social benefits, and equal opportunities. In this regard, the EU's accession to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) would have given a new impetus to this anti-discrimination protection, that is analysed below. The case-law of the Court of Justice of the European Union in application of Directive 2000/78, now interpreted in the light of the CRPD, would evidence it. A relevant series of resolutions that extend the concept of disability to different health conditions, offers arguments to note not only a development of anti-discrimination protection itself, but also possible secondary effects or indirect impacts on state social policies related to disability in matters that traditionally have remained outside the scope of the Union, such as social security and social protection, as well as certain aspects of labor legislation.

Keywords

Disability; equal treatment; discrimination; equal opportunities; medical model; social model; European Union.

Recibido: 20 de mayo de 2021

Aceptado: 9 de junio de 2021



**IDEARIO EDUCATIVO VERSUS
NEUTRALIDAD DE LA ESCUELA PÚBLICA.
UN ETERNO DEBATE EN ESPAÑA**
**Educational ideology versus neutrality of
public schools. An eternal debate in Spain**

SUSANA DURO CARRIÓN

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Doctora
en Derecho Constitucional. Profesora Asociada en Universidad Rey
Juan Carlos. Profesora y Tutora Máster de Acceso a la Abogacía de
UNED. Profesora en Universidad Internacional de Valencia*

SUMARIO:

- I. Introducción. El ideario de los centros educativos, expresión del derecho a la libertad ideológica.
- II. El ideario educativo, expresión de pluralismo ideológico.
- III. Ideario educativo, expresión de valores y principios morales.
- IV. El derecho a un ideario propio como expresión de la libertad de creación de centros docentes.
- V. La escuela pública. El factor neutralidad y la exclusión del Estado como empresa ideológica.
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. EL IDEARIO DE LOS CENTROS EDUCATIVOS, EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

Actualmente, la multiculturalidad de la sociedad en que vivimos y la diversidad de ideologías de todo tipo provoca que el conflicto entre algunas organizaciones y la libertad ideológica de los individuos esté servido. Nos encontramos ante un proceso mundial de globalización en el que la lucha por el poder de las grandes organizaciones empresariales de diversa índole trasciende hasta el nivel particular de los grupos e individuos que integran la sociedad en una pugna ideológica en los diferentes ámbitos.

En este contexto, las organizaciones ideológicas o de tendencia se configuran como instituciones de carácter empresarial cuyo rasgo más característico es ser creadoras o sustentadoras de una determinada ideología. Ampliamente implantadas en el mundo empresarial, tanto en nuestro país como en el ámbito comparado, y si bien no se encuentran reconocidas expresamente en nuestra Constitución, encuentran plena legitimidad y son conformes con nuestro ordenamiento jurídico.

Las escuelas y centros de enseñanza privados y del mismo modo, las empresas de información, como empresas privadas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico, son el modelo típico de empresa de tendencia.

Como veremos, constituye el pluralismo social el presupuesto necesario para la configuración de este tipo de empresas dado que requieren inevitablemente para su existencia, una sociedad plural, una diversidad de concepciones de la realidad, de ideología, convicciones o creencias.

No obstante, y al mismo tiempo, cuando la finalidad de estos centros de enseñanza privados es la formación global del individuo de acuerdo con una concreta visión del mundo, se constituyen como el cauce idóneo para el ejercicio del derecho a la libertad ideológica de los individuos que en ella se integran, derecho reconocido en el artículo 16 de nuestra Carta Magna. Como cauce idóneo para el ejercicio de la libertad ideológica del conjunto de individuos que la integran, constituyen formaciones sociales intermedias entre el individuo y el Estado, cuyo objetivo principal es la difusión de una determinada ideología de modo que confluye en este tipo de empresas la libertad ideológica en su doble dimensión individual y colectiva, vertiente esta última que requiere de la actuación de los poderes públicos para atender las necesidades en que los individuos se integran de acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución.

La ideología del centro y su concreta visión del mundo se manifiesta en el ideario educativo que refleja, por tanto, no solo una determinada percepción y criterio en cuanto a los aspectos religiosos y morales, sino respecto a todos los ámbitos de la vida¹. La ideología constituye y sostiene la organización constitu-

1 Sobre lo expuesto y todo este tema puede consultarse con mayor amplitud, S. DURO CARRIÓN, “La empresa ideológica: Relación laboral y Derechos Fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, julio, 2020, pp. 163-206. También puede consultarse *idem*, *Empresas de tendencia y derechos fundamentales. Especial referencia al ámbito educativo*. Portal revistas UNED. E-Espacio.

yendo el elemento sustancial que las promueve y mantiene; el factor determinante que las caracteriza como auténtica empresa ideológica. El interés colectivo, objeto de protección constitucional, reside precisamente en la formación global del individuo de acuerdo con una determinada concepción del mundo (el derecho del titular del centro implica la suma de los derechos de los padres a que los hijos reciban esa educación²)³.

El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente el derecho de los titulares de los centros privados a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución (artículo 27.6 CE), forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (artículo 38) consagra. El derecho a establecer una ideología (un ideario) en el centro docente se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 27.6 CE porque “forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios”⁴. En esta línea, es la tutela de la ideología lo que garantiza el ordenamiento jurídico con el reconocimiento de la libertad de creación de centros del artículo 27.6 CE.

La naturaleza de los centros docentes privados con ideario como empresa de tendencia se encuentra jurídicamente sostenida en el artículo 27.1 y 27.6 de la Constitución, artículos que reconocen la libertad de enseñanza y concede a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes en el respeto a los principios constitucionales⁵. Conviene traer a colación en este punto y no olvidar, la interpretación de ambos preceptos que en su día efectuó el Tribunal Constitucional⁶. Si la intención no fuera la protección de la ideología, la libertad de creación de centros estaría garantizada con la libertad de empresa del artículo 38 CE.

2 Artículo 27.3 CE y en Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26.3.

3 J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1985, pp. 193 y 281.

4 STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, fundamento jurídico 8 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).

5 J. OTADUY GUERIN, “Las empresas ideológicas; Aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, *Anuario de Derecho Eclesiástico*, núm. 2, 1986, p. 329.

6 STC 77/1985, de 27 de junio de 1985 (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1985).

II. EL IDEARIO EDUCATIVO, EXPRESIÓN DE PLURALISMO IDEOLÓGICO

El artículo 27 CE fue redactado, en el debate constituyente del 78, partiendo de dos posiciones enfrentadas sobre la materia: libertad de enseñanza o pluralismo escolar versus escuela pública y única, aunque pluralista⁷. Ante las enormes dificultades del proceso constituyente, este artículo fue uno de los últimos en alcanzar una redacción consensuada hasta el punto de que más que a un pacto se llegó a un acuerdo precario de mínimos con el fin de dejar al legislador el desarrollo de los derechos y garantías⁸. Ambas posturas⁹ tenían que alcanzar el consenso necesario para la transición democrática, y la conclusión fue una redacción ambigua del artículo, de forma que la materia educativa quedaba pospuesta para un desarrollo legislativo posterior. Esa ambigüedad ha venido a producir en la práctica conflictos jurídico-políticos que el Tribunal Constitucional ha terminado resolviendo, dejando para la instancia judicial lo que quizá debió resolverse en las instancias políticas¹⁰;

7 Los partidos de centro y derecha abogaban por un modelo basado en un pluralismo escolar más externo que interno y defendían regular constitucionalmente la libertad de enseñanza incorporando a nuestro ordenamiento el derecho a crear y dirigir centros libremente, el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el deber del Estado de financiar el derecho a la educación de acuerdo con el principio de igualdad. La postura contraria abogaba por una escuela pública única como instrumento que asegure la educación de todos en condiciones de igualdad. Sobre esta cuestión puede consultarse C. VIDAL PRADO, “La libertad de cátedra en España”, en A. TORRES DEL MORAL, *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 546. J.L., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)”, *Revista Persona y Derecho*, núm. 6, 1979, p. 217. J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 21-23.

8 A. TORRES DEL MORAL, “Variaciones de la libertad de comunicación pública por razones laborales, profesionales, funcionariales y políticas”, en A. TORRES DEL MORAL, *op. cit.*, p. 499.

9 De una parte, los defensores del pluralismo escolar consideran que es el medio más adecuado para cubrir las necesidades educativas de la sociedad y abogan por una intervención meramente subsidiaria y supletoria de los poderes públicos, dado que la actividad educativa corresponde únicamente a los miembros de la sociedad y solo cuando para ellos no sea posible, entonces corresponde la intervención de los poderes públicos llegando a tener que justificar la Administración la creación de centros docentes por razones de interés general. Del otro lado, la idea de otro sector doctrinal y que no comparto en absoluto. Esta parte de la doctrina, si bien reconoce una oferta educativa paralela a la estatal, consagra sin embargo el derecho docente al Estado e incluso llega a considerar que el artículo 27 de la Constitución consagra un papel primordial del Estado en la educación pública y privada. Sobre esta cuestión, P. NUEVO LÓPEZ, *La Constitución educativa del pluralismo*, Netbiblo, La Coruña, 2009, p. 73.

10 J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, *cit.*, pp. 25-28.

si bien esta polémica en torno al pluralismo educativo aún continúa latente¹¹, perjudicando el principio de seguridad jurídica en el ámbito educativo, ante la variedad legislativa producida en cortos espacios de tiempo durante el período de democracia en España desde nuestra Carta Magna, y comenzando con la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE) de 1980 hasta llegar a las más recientes Ley de Educación (LOE) de 2006, la Ley para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) de 2013 y la actual Ley Orgánica de Modificación de la LOE (LOMLOE) de 2020¹².

El pluralismo del artículo 1 CE requiere de la existencia de un pluralismo escolar que garantice y tutele la enseñanza en todas las ideologías¹³ y, en esta línea, incluso quienes defendieron en el debate constituyente el sistema de enseñanza pública, entendían necesario un pluralismo ideológico. No abogaban por profesores de diversas ideologías en cada escuela, sino que exigían, en la enseñanza pública, centros diferentes inspirados en las distintas concepciones de la vida¹⁴. En una perspectiva comparada, la configuración de la escuela pública en Alemania como manifestación de una neutralidad abierta, no reconoce la prohibición de escuelas públicas con una orientación ideológica determinada, siempre que se den las condiciones de respeto y garantía de la libertad ideológica y religiosa proclamada en la Ley Fundamental, admitiéndose escuelas confesionales vinculadas a una orientación religiosa determinada, escuelas comunitarias cristianas y escuelas sin sujeción a una determinada concepción religiosa¹⁵. Y es la libertad de enseñanza, el instrumento que viene a dar traslado del principio pluralista al ámbito educativo, pues como principio estructural del sistema educativo (consecuencia de la libertad de conciencia y la libertad de expresión) ante sus implicaciones en la libre transmisión de la cultura y el conocimiento¹⁶ (y englobando tanto la libertad de creación de centros docentes –con facultad para

11 J.L. CARRO, “Libertad de enseñanza y escuela privada”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, abril-junio, 1982, p. 219. Ya anunciaba Carro que el tratamiento de estos temas sería “siempre polémico por la entidad de los intereses puestos en juego, tratamiento polémico al que no se ha sustraído la Sentencia del TC de 13 de febrero de 1981...”.

12 Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

13 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 21-23.

14 F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 351.

15 A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 99-103.

16 F.R. BLAT JIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 117.

establecer un ideario o carácter propio por parte de sus titulares y su correlativo derecho de elección de centro distinto a los creados por los poderes públicos-, como también la libertad de cátedra y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones¹⁷⁾ viene a constituirse en la garantía institucional del pluralismo ideológico.

A diferencia del reglamento de régimen interior como documento administrativo, el ideario como documento pedagógico y código ideológico define el proyecto educativo del centro docente, esto es, los principios que integran una determinada visión y concepción global de la realidad y que vienen a orientar su tarea educativa¹⁸⁾ configurando el carácter y espíritu propio del centro¹⁹⁾. El establecimiento del ideario en un centro implica, por tanto, el obligado respeto a la coherencia interna de la comunidad educativa de ese centro en tanto que esa identidad educativa le caracteriza y le permite ofrecer una determinada opción educativa a la sociedad, de modo que este ideario adicionalmente, incluso opera como límite a la libertad de cátedra y a la libertad de expresión del docente²⁰⁾.

Ante la polémica suscitada en su momento, y las muchas y variadas críticas que siempre ha generado de una forma u otra el reconocimiento constitucional del ideario de los centros privados, conviene recordar la ambigüedad del artículo 27 en cuanto que, si bien se garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa acorde a sus convicciones (art. 27.3), el término conviccio-

17 A. VALERO HEREDIA, “Ideario educativo constitucional y ‘Homeschooling’: A propósito de la STC 133/2010, de 2 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril, 2012, p. 422.

En el primer intento de desarrollo legislativo del artículo 27, la LO 5/1980, de 19 junio, reguladora del Estatuto de Centros Docentes (LOECE) se manifestaba claramente a favor del pluralismo educativo, regulando el derecho de los padres a la libre elección para sus hijos tanto del tipo de educación como de centro de acuerdo a sus propias convicciones, además del derecho de toda persona a la creación y dirección de los centros docentes con el consecuente reconocimiento de la enseñanza pública y privada, el derecho a establecer un ideario en los centros educativos privados, y el derecho al respeto del ideario por los profesores. Sobre este tema, J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, cit., pp. 46-48.

18 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, p. 55-57.

19 A. EMBID IRUJO, *op. cit.*, p. 55.

20 C. VIDAL PRADO, *op. cit.*, p. 546. *Idem*, *La libertad de cátedra. Un estudio comparado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

nes es impreciso pues conduce a pensar que mientras algunos estarán satisfechos con una asignatura, otros con la orientación general de toda la actividad educativa del centro.

La existencia de ideario es el signo más claro de existencia de pluralismo educativo pues, en definitiva, la pluralidad de idearios se corresponde con la existencia de una pluralidad de opciones diferentes y diversas formas de entender la realidad²¹, entre las que los padres pueden elegir la que les resulta más coherente con la formación que desean para sus hijos menores de edad y de acuerdo con su particular visión de la vida.

Se trata, en definitiva, de reconocer una doble perspectiva del ideario tanto como exigencia de coherencia interna en el seno de la comunidad educativa del centro, como al mismo tiempo, otra vertiente externa signo de pluralismo social, en la que se distingue el ideario de cada centro como una opción educativa para los padres. Unidad interna, pluralismo externo.

Tanto en interés de los padres como desde el interés de los hijos, debe existir posibilidad de elegir entre varias opciones. La libertad del educando reclama la posibilidad de una pluralidad de ofertas educativas para hacer efectivo íntegramente su derecho a la educación²² y, por otra parte, la realización de este derecho exige igualmente la posibilidad de poder elegir por parte de los padres entre diferentes centros de enseñanza, aquellos que respondan a las convicciones que desean transmitir a sus hijos, así como la posibilidad de garantizarles que en la enseñanza pública sus hijos podrán recibir la enseñanza religiosa y moral que ellos deseen. Nuestra Constitución garantiza ambas decisiones. Por una parte, en el artículo 27.3, ampara la elección en la formación religiosa y moral que deseen los padres y, por otra parte, en el artículo 27.6, la elección de los padres del tipo de centro al consagrar el derecho a crear centros educativos dotados con ideario propio²³.

Este derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, así como el derecho a elegir para ellos una concreta formación religiosa y moral, se configura como una proyección de los derechos de libertad ideológica y religiosa reconocidos en el artículo 16.1 de la Constitución²⁴ y, ante ello, nos vemos abocados necesariamente a la obligación de hacer prevalecer la unidad de criterio

21 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 27-29 y 55-57.

22 P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 73.

23 B. LOZANO, *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 221.

24 A. VALERO HEREDIA, *op. cit.*, p. 413.

pedagógico entendida como el clima intelectual que de una forma coherente con las circunstancias del menor –entre otras, la edad y la cultura– le ayuden en su formación.

III. IDEARIO EDUCATIVO, EXPRESIÓN DE VALORES Y PRINCIPIOS MORALES

La educación va más allá de una simple instrucción e información en diversas áreas. Educar implica la formación del sujeto en una determinada concepción del mundo y una postura concreta ante la vida y las relaciones con los demás, con la sociedad y ante sí mismo²⁵, siendo difícil distinguir educación y enseñanza al ser más bien conceptos inescindibles pues, si bien son “dos dimensiones diferentes de la labor docente” y pueden existir límites y diferencias teóricas entre ellos, en la realidad se manifiestan de forma conjunta²⁶. La formación de la persona envuelve tanto la formación humana como la académica, no solo los conocimientos académicos sino la transmisión de valores y principios morales que han de hacerse llegar al alumno en un entorno coherente con esos principios, de acuerdo con el sentir de los padres y como parte de una educación integral de la persona.

Resulta imposible diferenciar la transmisión de conocimientos de la transmisión de valores y, en este sentido, pensar en una enseñanza neutra es un supuesto utópico. La simple transmisión de valores neutros ya es una orientación ideológica a la enseñanza. La neutralidad no es posible en la enseñanza²⁷ pues es imposible educar sin referencia a unos principios educativos y valores y, por tanto, no hay centro educativo sin ideario. Unos los manifiestan expresamente y otros no, y quizás podríamos hablar de centros con ideario manifiesto y centros con ideario no expreso; o, incluso en ocasiones, oculto, con las consiguientes consecuencias artificiosas en el respeto a los demás intereses en liza y a la pluralidad democrática. Negar que cada centro docente expresa un sistema de valores, creencias y princi-

25 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 55-56 y 63.

26 C. VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 239. *Idem*, “Libertad de cátedra en España. Regulación constitucional, desarrollo legislativo y jurisprudencia. Especial referencia a la libertad en los centros no universitarios” en P.J. TENORIO SÁNCHEZ, Y.C. FERNÁNDEZ MIRANDA, *El derecho a la información*, Ediciones UNED, Madrid, 2001, p. 148.

27 C. VIDAL PRADO, “La libertad de cátedra en España” en A. TORRES DEL MORAL, *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 560.

pios es negar la escuela misma. Solo se eliminan las manifestaciones externas del ideario, pues la escuela neutra es una utopía²⁸.

Si bien la enseñanza pública habría de ser ideológica y religiosamente neutral, esta enseñanza neutral quiebra en la transmisión de valores y normas de conducta. Ni el Estado, ni los poderes públicos pueden ser neutrales en la transmisión de conocimientos y valores.

“...como tampoco pueden ser neutrales ante los antivalores que los contradicen. Son obligados para ellos, por un lado, la defensa y la transmisión de los valores compartidos (...) y, por otro, el rechazo de los no compartidos que sean contradictorios con ellos. La neutralidad, por tanto, se refiere solo a aquellos valores que, pese a no ser compartidos, no contradicen a los que sí lo son ya que...ningún modo concreto de ser feliz es universalizable”²⁹.

La neutralidad en educación no existe. Y si existiese, no hablamos de educación. Educar la mente debe implicar la formación de la persona, la formación en el conjunto de valores y principios que, además de las habilidades académicas, el alumno va a necesitar para afrontar las distintas facetas de la vida.

La neutralidad en educación no existe, pues el docente no puede evitar transmitir de una forma u otra sus propios prejuicios conforme a las experiencias propias que ha vivido en los diversos aspectos de la vida y que le sitúan en una determinada perspectiva de la vida en el desempeño de su función. El docente no puede sustraerse a esta situación y menos aun tratándose de la función que realiza en cuanto a preparación intelectual de los alumnos que le va a situar en la resolución de muchas y diversas cuestiones desde una determinada perspectiva³⁰.

La neutralidad no es más que otra opción, otra forma de influir, pero en este caso, por omisión. Cuando los menores no reciben ningún tipo de influencia de sus padres o profesores, quedan a merced de otras formas de influencia, de otras entidades e instituciones menos desinteresadas y preocupadas por el bien de sus hijos; podríamos quizás decir que movidos por intereses que no son precisamente educativos³¹.

28 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 66, 68 y 69.

29 D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II. Conciencia, identidad personal y solidaridad.*, Thomson Reuters, Civitas, 2011, Navarra, p. 85.

30 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 141-142.

31 J. M. MARTÍ SÁNCHEZ, “Objeciones de conciencia y escuela”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, octubre, 2007, p. 14.

El derecho al establecimiento del ideario en el centro cumple la función de protección y garantía del derecho de los padres de educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones y es por ello por lo que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ideario además de no ser expreso, podría ser tanto ateo como cristiano, pluralista, pues en educación se admiten diversas corrientes de pensamiento, o incluso neutro, entendido como educación aséptica y al margen de toda orientación³². Estamos ante un derecho, no un deber y, por tanto, la fijación del ideario en aquellos centros que opten por ello no impide la existencia de otros centros con pluralismo interno y sin un ideario unidimensional³³. El derecho a la libertad de enseñanza y la libertad de creación de centros docentes privados con ideario propio es una manifestación de la libertad ideológica y religiosa, y en esta línea, una interpretación extensiva del objeto de la libertad ideológica nos conduce a rechazar su restricción a las concepciones morales no religiosas del individuo³⁴. En esta misma línea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos inserta la libertad de cátedra en el seno de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, es decir, en la libertad ideológica en sentido amplio, y en la libertad de expresión³⁵.

Quienes pretendían un modelo de escuela intrapluralista o neutral rechazan y critican el ideario educativo. Pretenden dosis iguales de todas las ideologías vigentes a los alumnos, para alcanzar el equilibrio ideológico y la neutrali-

32 “El derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales...el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad”, STC 5/1981, FJ 8. El ideario puede estar inspirado en cualquier ideología, pues no es exclusivo de la Iglesia Católica, incluso puede no ser confesional con tal de que siempre respete la Constitución y los principios constitucionales. J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, cit., pp. 63 y 67. Si partimos de una concepción del ideario restringida al ámbito ideológico o religioso, se produce una contradicción con la propia esencia de la libertad de enseñanza, consecuencia a su vez del pluralismo y cuya restricción a lo religioso o moral en la enseñanza es carente de sentido, pues el pluralismo también se manifiesta en los métodos, los contenidos, el enfoque de la asignatura, etc. C. VIDAL PRADO, “Libertad de cátedra en España. Regulación constitucional, desarrollo legislativo y jurisprudencia. Especial referencia a la libertad en los centros no universitarios”, cit., p. 148.

33 F.R. BLAT JIMENO, *op. cit.*, p. 123.

34 G. ROLLNERT LIERN, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Madrid, p. 159.

35 A. TORRES DEL MORAL, “Variaciones de la libertad de comunicación pública por razones laborales, profesionales, funcionariales y políticas”, cit., p. 499.

dad, pero no hay duda de que eso también es una postura y además contraria a la coherencia educativa, a la Constitución y los Pactos Internacionales³⁶.

IV. EL DERECHO A UN IDEARIO PROPIO COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

El derecho a establecer un ideario en un centro privado, consecuencia de la libertad de creación de centros³⁷ se manifiesta en el establecimiento de una determinada orientación ideológica que va a convertir la mera empresa educativa en organización de tendencia³⁸. La empresa ideológica, como organización expresiva de una determinada ideología cuyo fin institucional es la promoción y defensa de esa ideología mediante la prestación de bienes y servicios que constituyen el objeto de la citada empresa³⁹, además del ejercicio de la libertad de empresa, implica el ejercicio de la libertad ideológica, religiosa o educativa.

La diferencia fundamental entre enseñanza pública y enseñanza privada es la aparente neutralidad de la enseñanza pública. Mientras los centros públicos en principio gozan de la presunción de ser ideológicamente neutrales, los centros privados pueden establecer un ideario propio⁴⁰ que les guía en la convivencia con la enseñanza pública, y les sirve para aportar una visión pluralista de la sociedad.

Como derecho autónomo que se extiende a toda la actividad educativa y no solo a aspectos morales y religiosos de la educación, el ideario cumple con una función instrumental al derecho de los padres de conocer qué tipo de educación moral imparte el centro con el fin de que puedan elegir libremente, derecho de los padres que debemos distinguir del derecho a la libre elección de centro⁴¹.

La constitucionalidad y trascendencia del ideario educativo del centro reside precisamente en ese derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus propias convicciones con fundamento en los artículos 16.1 y 16.2

36 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 64-65.

37 C. VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, *cit.*, p. 102. También J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, p. 69.

38 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "No discriminación en las relaciones laborales", en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, pp. 379-380. F.R. BLAT JIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, *cit.*, pp. 125-126.

39 M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982, p. 268.

40 D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 94.

41 STC 5/1981, FJ 8.

CE, que garantizan el derecho de libertad religiosa en su doble dimensión individual y colectiva, y como inmunidad de coacción⁴², precepto a su vez desarrollado por la ley de libertad religiosa⁴³. Y en esta línea, no podemos dejar de citar en un primer momento, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2007⁴⁴, que expresamente reconocía esta facultad de los padres para exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas recordando que la libertad de los padres para elegir la educación religiosa y moral de sus hijos se encuentra estrechamente vinculada al ejercicio del derecho a la educación y, por lo tanto, es un ámbito vedado a los poderes públicos, de modo que la resolución de aquellos conflictos ocasionales que puedan producirse en este ámbito deben resolverse con garantía a la libertad ideológica y religiosa de los alumnos⁴⁵. El titular del derecho para elegir las convicciones culturales, religiosas e ideológicas que han de comunicarse a los niños son sus padres, no los profesores⁴⁶.

Igualmente, la reciente STC 31/2018⁴⁷ hace también valer este derecho de los padres del 27.3 CE cuando en su FJ 4, a la hora de valorar la posible vulneración

42 S. GASPAR LERA, “El derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones: patria potestad y autonomía del menor”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre, 2010, pp. 337-338.

43 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

44 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 29 junio 2007. Caso *Folgero y otros contra Noruega* (TEDH 2007, 53).

45 C. VIDAL PRADO, “La cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades”, en M. ELÓSEGUI ITXASO, *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Actas, Zaragoza, 2012, p. 107.

46 M.J. ROCA FERNÁNDEZ, “Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, 2008, p. 9.

47 STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4 (*BOE* núm. 124, de 22 de mayo de 2018). Los impugnantes cuestionan el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos, ya sea en la admisión de los alumnos y alumnas, ya sea en la organización de la enseñanza. Consideran, en primer lugar, que es inconstitucional por incurrir en una discriminación prevista en el artículo 14 CE. Añaden después que, aunque fuera constitucional, las Administraciones educativas deberían poder denegar el concierto a quienes desarrollaran ese tipo de educación pues vulnera los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, en su artículo único, apartado 56, se establece un “incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública” además de los apartados 1, 53 y 83 del mismo artículo único de la LO 3/2020 que declara que “...los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, ..., y no separarán al alumnado por su género”.

del artículo 14 CE que proscribía la discriminación por razón de sexo, alegada por los recurrentes, establece que la separación de los alumnos por sexos en el proceso educativo institucionalizado constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, que responde a un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros. En la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (artículo 27.1 CE), resulta conforme a ella cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el artículo 27.2 CE.

El derecho a establecer un ideario educativo en un centro privado no es un derecho ilimitado⁴⁸ sino que como garantía del derecho - deber de los padres a educar sus hijos según su elección, en cuanto que de ese ideario depende la elección de centro por parte de los padres, el ideario además de encontrar sus límites en el respeto a los principios y declaraciones de la Constitución, no puede vulnerar derechos fundamentales⁴⁹ y, por ello, debe ser formulado de forma responsable de acuerdo a un sistema de autorización reglada de la Administración, con el fin de verificar su adecuación a los principios constitucionales previamente a la apertura y funcionamiento de los centros privados. El establecimiento del ideario determina el carácter propio del centro, y forma parte del acto de creación⁵⁰.

Es por ello que el ideario requiere el cumplimiento de obligadas exigencias en cuanto a su formalización externa como referencia objetiva, tanto para los padres en la elección del tipo de educación, como para los profesores y alumnos en el ejercicio de sus derechos; además del cumplimiento de otros parámetros de estabilidad y continuidad en las actuaciones coordinadas del centro, tanto externa como interna-

48 STC 5/1981, FJ 8. También la STC 47/1985, de 27 de marzo de 1985, fundamento jurídico 3 (BOE núm. 94 de 19 de abril de 1985). Asimismo, el artículo 34.1 de la LOECE expresamente situaba los límites del ideario en el respeto de los principios y declaraciones de la Constitución.

49 Así lo ha reconocido el TC en la ya citada y reciente STC 31/2018, de 10 de abril, en su FJ 4, cuando establece que "...el carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado".

50 STC 5/1981, FJ 8.

mente, y un modo esquemático y sintetizado, en cuanto a los principios básicos que integran la orientación última del centro⁵¹.

Se refiere, por tanto, el carácter propio del centro a una determinada orientación ideológica de la educación y constituye un proyecto educativo integrado por un sistema coherente de ideas y principios que en el ámbito de la enseñanza se traduce en una forma determinada de entender la realidad. Por ello, aunque el proyecto educativo de un centro privado puede referirse a diversos aspectos de la docencia, solo cuando reviste un carácter ideológico, puede considerarse que se ha establecido verdaderamente un ideario o carácter propio del artículo 27.6 de la Constitución, como manifestación de la libertad de enseñanza, es decir, como manifestación y proyección en el ámbito educativo de la libertad de pensamiento y la libertad de expresión⁵².

En este punto, determinado sector doctrinal aboga por aquella concepción en que las libertades educativas parecen derivarse de la libertad de expresión, más amplia que aquellas, en cuanto que lo que se protege con la libertad educativa no es más que la libertad de expresión científica, profesional y educativa⁵³. Sostienen una visión restrictiva del concepto que, vinculada al principio de neutralidad, conduce a una limitación del ideario a aquellos aspectos organizativos⁵⁴, morales, éticos o religiosos de la educación impartida en el centro escolar⁵⁵ y adicionalmente, a estos límites se incorporan la subordinación a un cumplimiento adecuado de la función educativa para formar la conciencia en libertad, los principios y valores constitucionales y la laicidad, reduciendo el grado de confesionalidad al mínimo necesario exigido para la realización de otros derechos en juego⁵⁶.

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, considera el ideario en un sentido amplio, de modo que envuelve tanto el marco ideológico como la plasmación de ese marco ideológico en un proyecto educativo coherente y de contenido más extenso que el religioso⁵⁷. En esta línea, una concepción del ideario restringida al ámbito

51 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.*, pp. 57-58.

52 B. LOZANO, *op. cit.*, pp. 252-253.

53 J. BARNES VÁZQUEZ, "La educación en la Constitución de 1978", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, septiembre-diciembre, 1984, p. 30.

54 J. L. CARRO, *op. cit.*, pp. 314 y 318. P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 171.

55 E. EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995. p. 235. P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 171.

56 D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 77. P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 171.

57 J.M. ZUMAQUERO, *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984, p. 355. D. GARCÍA-PARDO, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 86.

ideológico o religioso nos conduciría a una contradicción con el pluralismo, esencia de la libertad de enseñanza, que también se manifiesta en otros aspectos diversos de la enseñanza como la elección de textos, enfoque de la asignatura, etc.⁵⁸. Como consecuencia de esta amplia concepción del ideario del centro, la educación y la enseñanza se configuran como dos conceptos inescindibles, que en la práctica se manifiestan de una forma conjunta a pesar de las diferencias teóricas existentes entre ellas⁵⁹. En esta línea, los únicos límites al ideario, entendido como forma de entender y enfocar la enseñanza, métodos pedagógicos, papel de la creatividad y memoria, etc., son aquellos derivados del respeto a los principios constitucionales en el ámbito educativo⁶⁰.

Del mismo modo, el profesor no puede atacar un ideario⁶¹ que, si bien tampoco puede imponerse, sí debe ser aceptado por el profesor cuando se incorpora al centro. No le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista de este, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento. Su libertad es libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y esa libertad ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro en que se integra ese ideario⁶². Los conflictos en estos casos entre la libertad de cátedra y el ideario, según remite la misma sentencia que declara la constitucionalidad del ideario, se resolverán en la jurisdicción competente o incluso, al recurso de amparo cuando se pretenda someter la libertad del profesor⁶³.

Conviene recordar que entre los derechos que integran el derecho fundamental a la educación; además del derecho a recibir la enseñanza básica según el artículo 27.4 CE, encontramos el derecho y deber de los menores a ser educados según las convicciones de sus padres o tutores y, supletoriamente, las de los poderes públicos, sin olvidar el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo a sus propias convicciones en cuanto formación religiosa y moral, estableciendo así el artículo 27.3 CE el contenido esencial del derecho a

58 C. VIDAL PRADO, "Libertad de cátedra en España. Regulación constitucional, desarrollo legislativo y jurisprudencia. Especial referencia a la libertad en los centros no universitarios" en P.J. TENORIO SÁNCHEZ y C. FERNÁNDEZ MIRANDA, *El derecho a la información*, cit., p. 148.

59 C. VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, cit., p. 239.

60 P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 172. C. VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, cit. pp. 238 y ss.

61 STC 47/1985, de 27 de marzo de 1985, fundamento jurídico 3 (BOE núm. 94 de 19 de abril de 1985).

62 STC 5/1981, FJ 10.

63 J. OTADUY GUERIN, *op. cit.* p. 77.

la educación conforme a los tratados internacionales ratificados por España (Art. 5 de la Convención de la Unesco de 1960 y art. 13 de los Pactos Internacionales de 1966, art. 26.3 de la Declaración universal derechos del hombre. Art. 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio para la protección derechos humanos y libertades fundamentales).

Respecto al derecho a la libre elección de centros educativos distintos a los públicos en todos los niveles educativos, como dimensión esencial del derecho a la educación e implícito en el mismo, este está relacionado con la libertad de pensamiento, conciencia y religión proclamados en el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948 y el artículo 16 de nuestra Constitución, estando a su vez relacionado con el 20.1. d) CE, que reconoce el derecho a recibir información veraz por cualquier medio de difusión; artículo cuya interpretación debe efectuarse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados internacionales. Adicionalmente, el derecho a un sistema educativo no discriminatorio de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución, el derecho a la financiación pública de la enseñanza obligatoria, y la ayuda económica de los poderes públicos a la enseñanza no obligatoria de acuerdo con criterios de igualdad.

En este punto, viene al caso recordar que el derecho a la libre elección de centro forma parte del derecho a la educación, pero como derecho distinto al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que los hijos deben recibir. Se trata de un derecho no constitucionalizado que se encuentra integrado en el contenido esencial del derecho a la educación, vía interpretativa de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución⁶⁴.

La concurrencia entre centros escolares creados por los poderes públicos (art. 27.5 de la C.E. y Título II de la LOECE) y centros escolares privados (art. 27.6 de la C.E. y Título III de la LOECE) significa que nuestro sistema educativo (art. 27.8 de la C.E.) está compuesto por instituciones escolares debidas a una u otra iniciativa, pero tendentes unas y otras a dar satisfacción a los derechos fundamentales y a los fines educativos señalados por la Constitución. Unas y otras instituciones escolares son convergentes y complementarias entre sí, noción esta reiteradamente subrayada por el TEDH⁶⁵.

64 P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 107.

65 STC 5/1981, Voto particular al Motivo Primero de la sentencia, formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, apartado 6.

V. LA ESCUELA PÚBLICA. EL FACTOR NEUTRALIDAD Y LA EXCLUSIÓN DEL ESTADO COMO EMPRESA IDEOLÓGICA

1. El Estado como empresa ideológica en Alemania

Mientras que en Italia y España no existe duda sobre la exclusión del Estado como empresa de tendencia, en Alemania, sin embargo, la situación es distinta a la vista del paralelismo existente entre la configuración de la empresa de tendencia y el deber de fidelidad a la Constitución y al Estado en el ámbito de los funcionarios públicos⁶⁶. Se trata de un diseño de Estado en su Ley Fundamental, en el que, tanto en el terreno ideológico como en el religioso, el Estado pretende una absoluta neutralidad que, conforme a determinados criterios de no intervención, no identificación, igualdad de oportunidades, paridad, y neutralidad como interdicción de privilegios⁶⁷, va a tener también unas consecuencias muy concretas en el ámbito de los funcionarios públicos y su deber de fidelidad tanto a la Constitución como al Estado.

Este concepto de neutralidad en el Estado alemán no significa una indiferencia hacia las prácticas religiosas o hacia la formación religiosa de los ciudadanos, de modo que no existe una separación Iglesia-Estado, sino, más bien, una relación de colaboración amistosa con las confesiones religiosas⁶⁸ que va a generar un contexto y una estructura muy concreta en el ámbito educativo.

El principio de neutralidad del Estado reconocido en el Derecho público alemán tanto en el artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn (“No existe una Iglesia del Estado”), como entre otras disposiciones de las que igualmente se deriva la neutralidad del Estado, como el 4.1, 3.3 y 33.1 de la Ley Fundamental, y como ya sucedía en los artículos 4, 136.1 y 137.1 de la Constitución de Weimar, se justifica por no identificarse con religión alguna y como una manifestación de la libertad religiosa.

Sin embargo, a pesar de esa declaración estatal de neutralidad, no existe una separación propiamente dicha entre la religión y el ámbito público, sino que más bien, el Estado mantiene una posición abierta a la religión como manifiesta la propia Ley Fundamental, tanto en su Preámbulo como en sus disposiciones, así como en alguna de las constituciones de los estados federados (en las que la religión no se

66 F. R. BLAT JIMENO, *op. cit.*, p. 75.

67 MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar*, C.H. Beck, 2021. A. EMBID IRUJO, *op. cit.*, p. 99.

68 A. EMBID IRUJO, *op. cit.*, p. 99.

excluye de la enseñanza sino que existe libertad de religión y libertad de optar), y en diversas leyes de educación escolar y universitaria. Estamos, en consecuencia, ante una neutralidad abierta a la cooperación⁶⁹.

El propio Tribunal Constitucional alemán, ya en su sentencia de 24 de septiembre de 2003⁷⁰, relativa al velo islámico, se refiere a estas apreciaciones terminológicas, admitiendo dos vertientes del término laicidad y equiparando la neutralidad positiva con una vertiente positiva de laicidad, en cuanto postura del Estado abierta a la cooperación con el fenómeno religioso, y una vertiente negativa, definida como el distanciamiento entre el Estado y la religión.

En este contexto, frente a una vertiente negativa de neutralidad, que podría calificarse como indiferente o distante, la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado una concepción de neutralidad del Estado en Alemania en un sentido positivo. Se reconoce un Estado neutral en el que existe una separación entre Iglesia y Estado, pero, sin embargo, se muestra abierto a la cooperación y adopta una postura receptiva a las diversas concepciones religiosas, lo que se manifiesta especialmente en el ámbito educativo.

Ante esta controversia generada en torno al principio de neutralidad religiosa estatal⁷¹, no podemos dejar de recordar dos sentencias del Tribunal Constitucional alemán ilustrativas del conflicto entre la neutralidad ideológica del Estado y el derecho a la tutela de la libertad ideológica y religiosa. Actualmente, una creciente diversidad cultural y religiosa nos obliga a pensar en las dificultades que encuentran los Estados contemporáneos para fundamentar su propia soberanía y eficacia como órdenes reguladores ante el fenómeno actual de la multiculturalidad⁷², así como ante las grandes inmigraciones a que se encuentran sometidos algunos países europeos, cuestión que, a su vez, ha producido grandes dificultades en la convivencia de los practicantes de las religiones, desde la cuestión de la vestimenta hasta la exigencia del

69 J. ENNUSCHAT, “La cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades”, en M. ELÓSEGUI ITXASO, *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, cit., p. 92.

70 *BverfGE* 108, 282, de 24 de septiembre de 2003.

71 D. FRINGS, “La libertad de culto de los empleados de la Administración Pública conforme al artículo 33, párr. 3 de la Ley Fundamental con respecto a la neutralidad del Estado”, en M. ELÓSEGUI ITXASO, *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, cit., pp. 173 y ss.

72 B. ALÁEZ CORRAL y L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Madrid, p. 939.

respeto a las costumbres originarias, pasando por la construcción de templos o los procesos de integración en los países de acogida, sin olvidar, la lucha para conseguir la no interferencia de las religiones en la acción del Estado⁷³.

La enseñanza alemana se sitúa en un contexto plural⁷⁴, cuyo punto de partida es la pluriconfesionalidad, reconocida por la Ley Fundamental de Bonn, receptiva a otras confesiones, bajo la condición del cumplimiento de determinados requisitos.

Esta postura de colaboración del Estado determina una concreta configuración de las escuelas públicas. La abierta neutralidad del Estado se refleja en la no

73 J.M. OSÉS GORRAIZ, “Laicismo: del concepto a los modelos”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 160, abril-junio, 2013, pp. 138 y 146.

Mientras en la sentencia sobre el crucifijo, de 16 de mayo de 1995 (*BVerfGE* 93, 1, de 16 de mayo, 1995) el Tribunal Constitucional alemán resolvía el recurso de amparo planteado por los padres, ordenando la revocación de diversas resoluciones de varios Estados y suprimiendo el crucifijo en las aulas; solución distinta fue la adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 24 de septiembre de 2003 (*BVerfGE* 108, 282, de 24 de septiembre de 2003, relativa al Velo islámico) cuando la reclamante solicita ser readmitida como maestra de enseñanza pública, al haberle sido denegado el puesto, argumentando que carecía de idoneidad para el cargo ante su intención expresa de portar velo islámico en la escuela y durante las clases.

Cada país gestiona la diversidad cultural de acuerdo con la manera en que se entiende a sí mismo como nación; lo que deriva de su filosofía como nación y de su idea de identidad nacional.

En Francia, la prohibición del velo se ha llevado a cabo desde una perspectiva de laicidad, entendida como núcleo del pacto republicano que “permite a los ciudadanos identificarse con la República, con el fin de poder vivir juntos” se ha concluido en la prohibición por ley de cualquier signo que permita identificar a la persona por sus creencias religiosas y, por lo tanto, hacer visible la diferencia en el espacio público, lo que resultaría incompatible con el proyecto republicano, que busca la igualdad entre los ciudadanos.

En Alemania, la cuestión gira en torno a la neutralidad abierta, entendida no como una separación estricta entre Iglesia y Estado, sino como la disposición abierta a proteger la libertad de todas las confesiones religiosas en la misma medida y, por otra parte, la idea de tradición cristiana secularizada que ha llevado a una parte importante de los *Länder* a la exclusión de los símbolos religiosos de tradiciones no occidentales. En ambos países, por tanto, la manera de entender la propia identidad nacional, en un caso, en forma de republicanismo y, en el otro, como sociedad de base cristiana, se ha impuesto sobre las demandas de expresión de la diferencia.

Véase asimismo C. INNERARITY, “El debate sobre el velo islámico en Gran Bretaña: el multiculturalismo liberal y la identidad nacional”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 162, octubre-diciembre, 2013, pp. 168-169.

74 C. VIDAL PRADO, “La cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades”, *cit.*, p. 105.

existencia de una prohibición de las escuelas públicas con una orientación ideológica determinada, siempre que se den las condiciones de respeto y garantía de la libertad ideológica y religiosa proclamada en la Ley Fundamental. Se crean así, escuelas confesionales, vinculadas a una orientación religiosa determinada, escuelas comunitarias cristianas y escuelas sin sujeción a una determinada concepción religiosa.

Esta diversidad de escuelas públicas, además de implicar la creación de escuelas conforme a las convicciones religiosas e ideológicas de los interesados, como manifestación de la concepción abierta de neutralidad del Estado, implica una situación de colaboración y refleja la no separación Iglesia – Estado, situación en la que además se advierte “un mandato de tolerancia en el que se contiene la neutralidad del Estado”⁷⁵.

En la misma línea, consecuencia de la postura de colaboración Estado - Iglesia, la religión es reconocida como enseñanza oficial en la escuela pública e impartida por profesores funcionarios estatales de acuerdo con un plan de estudios. Asimismo, los padres tienen opción de elegir qué educación religiosa, entre las diversas confesiones, desean para sus hijos⁷⁶.

En el conflicto en el ámbito de los derechos fundamentales entre el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias, religión y filosofía o visión de la vida, y la enseñanza de la asignatura de Ética en la escuela alemana; si bien se invoca una enseñanza aconfesional en relación con la religión y neutral con relación con la visión del mundo, sin adoctrinamiento y que evite una presentación de una sola posición, tanto en la escuela pública como en la privada, el programa de la asignatura de Politik es el mismo para todos los centros escolares con independencia de su titularidad y con ella se imparte una educación basada en el espíritu de la dignidad del ser humano, la democracia, la libertad, la tolerancia y el respeto a las convicciones de los demás, además de evitar la solución violenta de los conflictos. Constituye entonces tarea de los tribunales y especialmente del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) marcar los límites del papel del Estado, especialmente cuando con motivo de los contenidos de la asignatura de educación política se produce el conflicto con otros derechos y valores con mismo rango constitucional⁷⁷.

75 A. EMBID IRUJO, *op. cit.*, pp. 99-103.

76 J. ENNUSCHAT, *op. cit.*, p. 93.

77 M. ELÓSEGUI ITXASO, “La legislación vigente sobre la asignatura de educación política en las escuelas alemanas”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 154, octubre-diciembre, 2011, pp. 100 y 102.

En la consideración de la lealtad constitucional del profesor como límite a su libertad de enseñanza, la doctrina mayoritaria alemana considera que, si bien la respuesta es problemática, la libertad de ciencia y la libertad de enseñanza no crean ningún privilegio y se considera un abuso luchar contra los fundamentos del ordenamiento justificándose en ellas. La respuesta, en esta situación, sería la separación del servicio.

La lealtad del profesor a la Constitución se plantea por tanto, con la misma perspectiva que la del resto de funcionarios en cuanto a defensa de la Constitución y del Estado; de acuerdo al artículo 5 párrafo 3 de la Ley Fundamental (“La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución”) y el artículo 33.4 de la Ley Fundamental (“El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público”).

2. El caso de Italia

En Italia, la Constitución no hace una referencia expresa al carácter laico del Estado italiano. Será la sentencia de la Corte Costituzionale italiana 203/1989, de 12 de abril, en su pronunciamiento sobre el carácter facultativo de la enseñanza de la religión católica en la escuela pública, quien reconocerá por vez primera el principio de laicidad como “principio supremo de laicidad del Estado” calificándolo así de “valor superior respecto de otras normas o leyes de rango constitucional”. En la misma línea, la sentencia número 327/2002, de 9 de julio, señala como el principio de laicidad se constituye en principio supremo característico del pluralismo estatal y conforme al que han de convivir las diversas religiones, culturas y tradiciones.

Según establece la Corte Costituzionale italiana⁷⁸, la laicidad “no implica una total indiferencia del Estado hacia las religiones, sino una garantía del Estado para la salvaguarda de la libertad de religión en un régimen de pluralismo confesional y cultural”, consagrándolo, por tanto, como el más importante parámetro de constitucionalidad del régimen jurídico de la libertad de conciencia. La Corte Italiana vincula de esta forma, el principio de laicidad del Estado a la tutela de la libertad de conciencia religiosa del individuo.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Costituzionale, concretamente en las sentencias número 13/1991, de 14 de enero, y la sentencia número 290/1992, de 22 de junio, reconoce como aspectos característicos de la laicidad un elemento ga-

78 Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 203/1989, de 12 de abril.

rantista, en cuanto obligación del Estado de garantizar a los individuos la protección de su conciencia individual, y un elemento promocional por parte del Estado, en cuanto intervención positiva del legislador y los poderes públicos para adoptar todas aquellas medidas necesarias para promover el desarrollo de la persona humana y su participación en la vida pública, política, social y cultural.

Con fundamento en la definición de la Corte constitucional italiana del principio de laicidad como “lógica instrumental propia del Estado para acoger y garantizar la autodeterminación de los ciudadanos”, no hay opción para una actuación por parte del Estado de carácter abstencionista o de no interferencia, sino que la laicidad debe implicar una actitud positiva del Estado para favorecer el ejercicio individual de la libertad de conciencia y el desarrollo de la persona humana⁷⁹.

No obstante, y sin perjuicio de esta actitud positiva o promocional del Estado, la ecuanimidad del Estado en sus relaciones con las diversas confesiones aparece expresamente referida en la sentencia de la Corte Constitucional italiana número 329/1997, de 14 de noviembre y en el mismo sentido, citar la sentencia número 508/2000, de 20 de noviembre, en la que con fundamento en los principios de igualdad y libertad de todos los ciudadanos, refiere que “la actitud del Estado no puede ser más que de equidistancia e imparcialidad en su relación con estas últimas...”.

3. Laicidad abierta en España

Nuestro ordenamiento jurídico ha acogido el modelo de aconfesionalidad, si bien no ha utilizado expresamente este término, al establecer en el artículo 16.3 de la Constitución que ninguna confesión puede tener carácter estatal. El Estado en sus actuaciones no se rige, por tanto, por parámetros religiosos, sino por el principio de neutralidad frente a todas las doctrinas o creencias, de manera que ninguna de ellas puede resultar beneficiada o perjudicada como resultado de la actuación de los poderes públicos⁸⁰. Nos encontramos ante la neutralidad de los poderes públicos, por un lado, y la cooperación con las diversas religiones e iglesias, por otro⁸¹.

79 A. VALERO HEREDIA, *Libertad de conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, pp. 134-137.

80 S. GASPAR LERA, *op. cit.*, p. 335.

81 STC 101/2004, de 2 de junio de 2004, fundamento jurídico 3 (BOE núm. 151 de 23 de junio de 2004).

Nuestro sistema jurídico no establece un modelo de democracia militante⁸² que imponga la adhesión positiva al ordenamiento y a la Constitución como sucede en el sistema alemán⁸³. La jurisprudencia constitucional española fija, por tanto, como punto de partida la neutralidad del Estado para la existencia de pluralismo⁸⁴.

Frente a la pluralidad histórica alemana, en España la situación es muy diferente, pues tradicionalmente la confesionalidad mayoritaria es la católica. En nuestra historia constitucional, la confesionalidad del Estado se inaugura en 1812. No hay modelo histórico, por tanto, en el Derecho español que sirva de patrón al constituyente de 1931, que tuvo que buscar la pauta a seguir entre el modelo francés y el alemán. Lo mismo sucederá al legislador de 1978, que se verá obligado a construir un modelo propio basado en el principio de la tolerancia y el pluralismo con el fin de alcanzar el consenso constitucional⁸⁵.

Si bien la doctrina alemana es mucho más elaborada en este tema, podemos hablar de una similitud normativa en cuanto a la neutralidad de un Estado que en ambos países se reconoce como aconfesional, pero no indiferente al fenómeno religioso, sino con una actitud de cooperación⁸⁶ y, en este sentido, nuestro Tribunal Constitucional asume en su jurisprudencia, un concepto de laicidad positiva muy

82 Sobre este tema, se puede consultar S. DURO CARRIÓN, “Los valores y principios constitucionales como límites a la actuación de los poderes del Estado y la función pública”, *Revista de Derecho Político*, núm. 111, mayo-agosto, 2021.

83 J.A. SANZ MORENO, “Democracia finalista y defensa de la constitución española” *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 10, 2012, p. 623. Sobre esta cuestión, pueden consultarse: A. TORRES DEL MORAL, “Democracia militante”, en M. CARRASCO DURÁN; J. PÉREZ ROYO; J. URÍAS MARTÍNEZ; M.J. TEROL BECERRA, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2006, pp. 209-224; M. REVENGA SÁNCHEZ, “El tránsito hacia (y la lucha por) la Democracia Militante en España”, *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, pp. 11-31.

84 Sobre esta cuestión, se puede consultar S. DURO CARRIÓN, “Los valores y principios constitucionales... *cit.*”.

En un sistema jurídico basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y, muy especialmente, los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. STC 5/1981, FJ 9.

85 G. SUÁREZ PERTIERRA, “Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo agosto, 2011, pp. 42-43.

86 I. TORRES MURO, “Estado aconfesional y libertad religiosa de los empleados públicos. Una visión desde España” en M., ELOSEGUI ITXASO, *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania, cit.*, pp. 207-226.

similar al alemán⁸⁷. Si bien la idea de laicidad aparece por vez primera en nuestra jurisprudencia constitucional en 1985⁸⁸, nuestra Constitución reconoce un modelo de laicidad en su artículo 16.3 al establecer que “ninguna confesión tendrá carácter estatal” al igual que el artículo 137.1 de la Constitución de Weimar declaraba en su momento que “no existe Iglesia oficial del Estado” y reconociendo ambas el fenómeno religioso, tanto en el artículo 16.3 de la Constitución como en el artículo 137 de la Constitución de Weimar.

La Constitución española reconoce en consecuencia, un modelo de laicidad abierta o positiva dado que por una parte, reconoce la separación Iglesia – Estado en el artículo 16.3 de la Constitución y reconoce, por otra parte, una neutralidad positiva expresamente en el artículo 9.2 de la Constitución al imponer a los poderes públicos la obligación de garantizar la libertad e igualdad individual y colectiva, removiendo los obstáculos que existan para ello y adoptando las condiciones necesarias que lo favorezcan.

Responde por tanto, el modelo español a una concepción de laicidad positiva⁸⁹, integrada por una laicidad tradicional identificada con la separación Iglesia y Estado, a la que se incorpora el principio de neutralidad positiva, en cuanto actuación positiva de los poderes públicos encaminada a garantizar las condiciones necesarias para el libre desarrollo de la personalidad humana y la dignidad de la persona como fundamento de la libertad de conciencia y en concreto, la libertad ideológica y religiosa.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho de libertad religiosa no termina con la abstención de intervención del Estado, sino que existe una exigencia a los poderes públicos de cooperación constitucional y esta idea “veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales”⁹⁰. Esta disposición del Estado no debilita la neutralidad del Estado pues sigue siendo imparcial, pero con esta doctrina el Tribunal Constitucional está incorporando a la laicidad el elemento de la cooperación alejándonos del laicismo militante⁹¹.

87 C. VIDAL PRADO, “La cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades”, *cit.*, p. 103.

88 STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985, fundamento jurídico 4 (BOE núm. 55 de 05 de marzo de 1985).

89 A. VALERO HEREDIA, *Libertad de conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, *cit.*, p. 167.

90 STC 24/1982, de 13 de mayo de 1982, fundamento jurídico 1 (BOE núm. 137 de 09 de junio de 1982).

91 G. SUÁREZ PERTIERRA, “Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)”, *cit.*, pp. 60-61.

En esta línea, ante el recurso planteado frente a la equiparación de la LOMCE entre las asignaturas de Religión y la de Valores sociales y Cívicos/Valores Éticos, elevando la religión a la condición de asignatura, el TC vino a rechazar que la existencia de una asignatura de Religión vulnera la Constitución, resolviendo en su pronunciamiento⁹² a favor del respeto en este punto al principio de neutralidad religiosa del Estado porque no implica valoración alguna de las doctrinas religiosas y, al mismo tiempo, garantizaba el derecho de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

Del mismo modo y en esta misma línea argumental, el TC en la misma STC 31/2018 descarta que se produzca discriminación alguna con los alumnos que optasen por Religión porque no puedan formarse en valores éticos y ciudadanos, pues considera el TC que la LOMCE había optado por un modelo transversal en el que la educación cívica y constitucional estaría presente en todas las asignaturas que se imparten en Primaria y Secundaria. Esto supondría la garantía por ley en la formación de todos los alumnos, también los que optasen por Religión, en los valores que constituyen el fundamento de una sociedad democrática.

No obstante, el concepto de neutralidad positiva fue expresamente reconocido en nuestra jurisprudencia como laicidad positiva a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001 de 15 de febrero⁹³. Esta sentencia supone la alusión por primera vez a este término citando el artículo 16 de la Constitución como neutralidad negativa del Estado, y la neutralidad positiva, en el ámbito del artículo 9.2 de la Constitución, como obligación de intervención de los poderes públicos para garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y libertad individual, es decir, la libre autodeterminación del individuo⁹⁴; si bien todo ello en España, también generará duras críticas por aquellos que consideran que si bien en principio, con el concepto laicidad positiva se defienden medidas favorables hacia todas las religiones, en la práctica sólo algunas resultan privilegiadas ante una consideración favorable o privilegiada a ciertas confesiones⁹⁵. Mientras algunos autores consideran que no existe un modelo puro de laicidad, sino que estamos ante soluciones

92 STC 31/2018, de 10 de abril (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018).

93 C. VIDAL PRADO, “La cooperación entre el Estado y la Iglesia en escuelas y universidades”, *cit.*, p. 102.

94 A. VALERO HEREDIA, *Libertad de conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, *cit.*, p. 168.

95 L. VILLAVICENCIO MIRANDA y A. RUIZ MIGUEL, “Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, septiembre-diciembre, 2014, p. 99.

creadas por políticos y juristas, condicionadas por la trayectoria histórica de cada país, así como por el contexto social que cada uno de ellos tiene en la actualidad⁹⁶, otros autores han valorado el régimen alemán como semi-laico⁹⁷ y es que un determinado sector doctrinal, considera el modelo denominado de laicidad positiva o abierta como la opción más cercana a la confesionalidad religiosa, al considerar que lo que existe en realidad son formas de compromiso más o menos intenso entre Estado e Iglesia. Defienden estos autores un modelo constitucional de laicidad neutral como la mejor postura del Estado ante las creencias en materia religiosa y, en concreto, abogan por la plena imparcialidad del Estado en materia religiosa e indiferencia e imparcialidad total hacia las creencias ateas, agnósticas o simplemente indiferentes. Consideran que la neutralidad no puede ser ni positiva ni negativa, y consideran asimismo que para un Estado aconfesional las creencias religiosas deben ser indiferentes con tal de que se respeten los derechos ajenos y el orden público. Valoran la intención de unir laicidad o neutralidad y positividad como una forma de hacer pasar por laico y neutral lo que no es sino una toma de partido por la vertiente religiosa⁹⁸.

El objetivo del artículo 16 de nuestra Constitución no es otro que agotar la hostilidad del Estado hacia la religión, pues además de definir una postura del Estado de cooperación con la religión, establece un procedimiento de relación Estado - Iglesia inaugurando un modo de cooperación vinculada al pacto, y a pesar de la dificultad ante la separación Estado-Iglesia como elemento central. Mención especial requiere la incorporación del derecho fundamental a la libertad de conciencia (expresado en el derecho de libertad religiosa, ideológica y de culto) y el mandato a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad, así como la cooperación con las confesiones religiosas, y la referencia especial a la iglesia tradicionalmente ligada al Estado⁹⁹.

96 J. MACLURE y CH. TAYLOR, *Laicidad y libertad de conciencia*, Alianza, Madrid, 2011, p. 73.

97 D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Enseñanza de la religión: perspectiva comparada”, en A. LOPEZ CASTILLO, *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 97-134.

98 L. VILLAVICENCIO MIRANDA y A. RUIZ MIGUEL, “Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”, *cit.*, pp. 99-104.

99 G. SUÁREZ PERTIERRA, “Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)”, *cit.*, pp. 44-48.

4. Escuela pública en España. Exclusión del Estado como empresa ideológica

En el constitucionalismo contemporáneo, uno de los principios básicos vinculado a la idea de democracia en libertad, es que el Estado ha de ser neutral tanto en cuestiones ideológicas como religiosas, con el fin de permitir la identificación de todos los individuos con el Estado. La actividad de los poderes públicos ha de estar guiada por criterios de neutralidad¹⁰⁰ ante el carácter instrumental que ostenta la Administración a favor de aquellos que ejercen legítimamente el poder¹⁰¹.

La imparcialidad del Estado como garantía de pluralismo, frente a las convicciones religiosas de los ciudadanos¹⁰², nos conduce inevitablemente a una posición ideológicamente neutral del Estado y, por tanto, a un principio de neutralidad estatal ligado a la necesidad de tutela de la libertad ideológica de los individuos, cuestión sobre la que tanto jurisprudencia¹⁰³ como doctrina¹⁰⁴ se han pronunciado expresamente, aludiendo a la exclusión del Estado como empresa de tendencia.

Únicamente la neutralidad de los poderes públicos garantiza el principio pluralista y solo gracias a ambos, pluralismo y neutralidad del Estado, se garantiza el derecho a la libertad ideológica y religiosa.

La neutralidad religiosa e ideológica del Estado es requisito necesario para la apertura al pluralismo cultural, ideológico y religioso generado por la libertad de conciencia de los ciudadanos¹⁰⁵. Se proyecta esa neutralidad, en el ámbito educativo de forma que se convierte en el contexto pluralista idóneo para el contraste y la interacción a la diversidad, sin que ello implique la identificación del Estado con religión alguna.

La perspectiva desde la que debe analizarse este punto es la que sitúa en el centro de la cuestión la libertad ideológica del individuo. Si la escuela pública y su profesorado han de ser neutrales, la sociedad no tiene por qué serlo y, de hecho, no lo es.

100 P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 15-16.

101 J. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos", *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 210-211, 1987, pp. 72 y 74.

102 G. SUÁREZ PERTIERRA, "Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)", *cit.*, p. 60.

103 STC 5/1981, FJ 9.

104 J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, *cit.*, pp. 141-143; F. J. CALVO GALLEGOS, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, p. 100. F. R., BLAT JIMENO, *op. cit.*, p. 75.

105 A. VALERO HEREDIA, *Libertad de conciencia, Neutralidad del Estado y Principio de laicidad (Un estudio constitucional comparado)*, *cit.*, pp. 111, 113 y 160.

El individuo no tiene obligación de ser neutral y los padres y los alumnos tienen y pueden tener sus propias convicciones culturales, ideológicas y religiosas. De ahí la necesidad del pluralismo escolar¹⁰⁶. En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente, los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales¹⁰⁷. La neutralidad del Estado es presupuesto necesario para la existencia de un Estado plural y, en consecuencia, un Estado pluralista necesariamente ha de ser un Estado neutral.

Es por ello que la Ley Orgánica 3/2020¹⁰⁸ resulta muy desafortunada en algunos de sus apartados, concretamente los 10, 11, 14, 16, 17, 25 y 78 de su artículo único, en la medida en que establecen como materias obligadas, determinada educación emocional al alumno sobre determinados valores que fomentan "...de manera transversal la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual" (apartado 11 y 16 entre otros) y, en definitiva, más allá de vulnerar el respeto a la libertad ideológica de los agentes de la comunidad educativa (alumnos, padres y profesores) además exceden y quebrantan los límites de la neutralidad ideológica cuyo máximo exponente y representante es y debe ser la escuela pública, carente de ideología oficial que vincule la actividad del docente. No podemos forzar la consideración del Estado como empresa ideológica.

La referencia al centro público como aquel cuya titularidad, sin más añadidos, es de un ente público conduce a su configuración conforme al principio de neutralidad y, en consecuencia, a la prohibición de cualquier ideario educativo. Un Estado pluralista como el que nuestra Constitución predica conlleva la imposibilidad de constituir centros públicos que estén orientados por consideraciones distintas a la simple neutralidad¹⁰⁹.

Esta neutralidad, presente en cada uno de los puestos docentes del centro (y no como resultado de enseñanzas diversas impartidas por profesores de distinta ideología, por coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos cuyas enseñanzas se neutralizan recíprocamente) elimina y suprime necesariamente la idea

106 B. RODRIGO LARA, "La libertad religiosa y el interés del menor", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, 2001, pp. 409 y ss. J.M., GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, Madrid, 2002, p. 285. M.J. ROCA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 4-5.

107 STC 5/1981.

108 Ley Orgánica 3/2020.

109 A. EMBID IRUJO, *op. cit.*, pp. 201-203 y 217.

de un pluralismo dentro de una única escuela, requiriendo la pluralidad de escuelas como respuesta de los poderes públicos al pluralismo cultural, ideológico y religioso que la sociedad presenta¹¹⁰.

De aceptarse la existencia de una doctrina del Estado, el contenido negativo de la libertad de cátedra, entendida como la facultad que se otorga al profesor para resistir ante cualquier orientación ideológica determinada de la realidad, y absolutamente contraria a la existencia de una doctrina oficial, actuaría como mecanismo de defensa del profesor frente al Estado¹¹¹; si bien es cierto que, el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra por los profesores (en el caso de los docentes no universitarios, la llamada libertad pedagógica en Alemania) no justifica la anulación de otros derechos, pues ello supondría una dejación de los poderes públicos de su deber de inspección escolar¹¹².

VI. CONCLUSIONES

La neutralidad que se alega de la escuela pública, así como de la escuela privada sin ideario, genera confusión y en esta línea debemos admitir que la neutralidad, como actitud humana, en cualquier campo de la vida, resulta una postura difícil. El hombre entiende y vive las cosas a partir de su situación, que en buena medida se compone de prejuicios, y en otra buena parte es el resultado de la experiencia que la forzosidad de la vida le ha impuesto. El docente no puede sustraerse a esta situación, menos aun cuando sobre él gravita con un peso nada desdeñable la preparación intelectual, que quiérase o no, le lleva a situar determinados problemas en la óptica de lo que para él es algo ya asumido¹¹³. La estricta neutralidad no existe pues el docente no puede evitar transmitir de una forma u otra sus propios prejuicios, convicciones y experiencias que le sitúan en una determinada perspectiva de la vida en el desempeño de su función. Sin duda, un tema con una enorme dificultad práctica, que, en definitiva, trasciende

110 J. FERRER ORTIZ, "Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural" *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, iustel.com, núm. 10, 2006, pp. 14 y 21. M. J. ROCA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 5.

111 J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados, cit.*, pp. 141-143.

112 M. J. ROCA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 9.

113 J. DE ANDRÉS FERNÁNDEZ, *Sobre la neutralidad de la enseñanza*, Ministerio de Educación y Ciencia, p. 7. J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados, cit.*, pp. 141-143.

en una obligada ausencia de adoctrinamiento ideológico, con el fin de respetar la libertad de elección de los padres.

En este orden de cosas, convendría recordar que la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos impone a los docentes que en ellos desempeñan su función, una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita¹¹⁴. La neutralidad obliga a que el alumno, sujeto de derechos prioritarios que deben respetarse, no ha ser objeto de adoctrinamiento ideológico, cuestión, sin embargo, difícil en la práctica pues la transmisión de conocimientos inevitablemente está vinculada a una forma determinada de entender la realidad.

Si bien es cierto que la neutralidad del Estado es presupuesto de un Estado pluralista, el Estado debe cumplir igualmente con la opción que ha de otorgar a los padres, a quienes corresponde la elección de la educación para sus hijos y en este sentido, una aspiración que podría considerarse la ideal es la configurada por el Estado alemán en el que en la escuela pública se reconocen las diversas confesiones religiosas, de modo que existe una escuela pública para cada una de ellas. En ese contexto sí es realmente posible el ejercicio para los padres de su derecho a la libre elección de centro y con independencia de sus circunstancias económicas.

La neutralidad se expresa en términos de respeto a la libertad de los padres para que puedan educar a sus hijos en centros públicos¹¹⁵ de modo que, ante el principio de neutralidad ideológica del Estado, los poderes públicos no deben ni pueden realizar una labor de adoctrinamiento de la sociedad¹¹⁶. La neutralidad en el ámbito de la escuela pública apunta desde luego al interés público y, por supuesto, al reconocimiento de la persona como ser valioso en sí mismo¹¹⁷.

En definitiva, se puede concluir que no cabe la inclusión en el concepto de empresa de tendencia de todas aquellas entidades escolares de titularidad pública dado que, de acuerdo con una doctrina y jurisprudencia reiterada, no son constitutivas de un instrumento al servicio de una determinada creencia o ideología y, por otra

114 STC 5/1981, FJ 9.

115 J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, cit., pp. 142-143.

116 P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 72-75.

117 J. DE ANDRÉS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 9. J. OTADUY GUERIN, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*, cit., p. 143.

parte, dada la necesidad del requisito de neutralidad ideológica en la actividad que desarrollan¹¹⁸.

El Estado ha de ser neutral, pero para que exista una democracia pluralista, deberá existir una pluralidad de ofertas educativas y de proyectos educativos de forma que cada uno de ellos proponga su propia identidad a la sociedad. El pluralismo educativo es garantía de una sociedad democrática¹¹⁹ y en esta línea, y si bien es difícil la neutralidad en la enseñanza, la neutralidad es un deber de los poderes públicos en el ámbito educativo, en el respeto a la diversidad cultural, religiosa e ideológica¹²⁰.

Resumen

En la enseñanza, la formación de la persona envuelve tanto la formación humana como la académica, no solo los conocimientos académicos sino, la transmisión de valores y principios morales que han de hacerse llegar al alumno en un entorno coherente con esos principios. En España, el ideario de los centros concertados y algunos privados se configura como aquel elemento que diferencia el ejercicio de la libertad ideológica del ejercicio de la libertad de empresa por el empresario regulado en el artículo 38 de la Constitución, constituyéndose como elemento distintivo de la empresa ideológica. Consecuencia de la libertad de creación de centros y signo claro de pluralismo, este ideario educativo constitucional, entendido de una forma extensiva y no restringida a los principios morales y religiosos del individuo, cumple una función instrumental como garantía del derecho de los padres a la libre elección del centro como de la formación religiosa y moral de sus hijos. La ineludible neutralidad de los docentes de la enseñanza pública reconocida en la STC 5/81, así como la necesaria ausencia de adoctrinamiento en sus aulas conduce a la exclusión de la escuela pública del concepto de empresa de tendencia. Sin embargo, la última ley de educación aprobada¹²¹ en su artículo único y en concreto, en sus apartados 10, 11, 14, 16, 17, 25 y 78, viene a quebrar este principio de neutralidad de las instituciones públicas, específicamente de la escuela pública, al establecer entre las áreas de conocimiento una formación en determinadas materias que más allá del respeto a la libertad ideológica tanto de alumnos como padres, legaliza de alguna manera el adoctrinamiento en las aulas obviando la obligada neutralidad de la escuela pública.

Palabras clave

Libertad; pluralismo; religión; ideología, adoctrinamiento, educación, ideario, enseñanza, valores, empresas ideológicas, empresas de tendencia, escuela pública, escuela privada.

118 F.J. CALVO GALLEG0, *op. cit.*, p. 100.

119 P. NUEVO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 72-75.

120 M. J. ROCA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 36-37.

121 Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Abstract

In teaching, the formation of the person involves both human and academic formation, not only academic knowledge but also the transmission of values and moral principles that must be made available to the student in an environment consistent with those principles. In Spain, the ideology of subsidized centers and some private ones is configured as that element that differentiates the exercise of ideological freedom from the exercise of company freedom by the employer regulated in article 38 of the Constitution, constituting itself as a distinctive element of the ideological enterprise. Because of the freedom to create centers and a clear sign of pluralism, this constitutional educational ideology, understood in an extensive way and not restricted to the moral and religious principles of the individual, fulfills an instrumental function as a guarantee of the parents' right to freedom to choose of both the center and the religious and moral formation of their children. The inescapable neutrality of public education teachers recognized in STC 5/81 as well as the necessary absence of indoctrination in their classrooms leads to the exclusion of public schools from the concept of a trend company. However, the latest education law approved in Spain in its sole article and specifically, in its sections 10, 11, 14, 16,17, 25 and 78, breaks this principle of neutrality of public institutions, specifically of The public school, by establishing among the areas of knowledge a training in certain subjects that, beyond respect for the ideological freedom of both students and parents, legalizes in some way the indoctrination in the classrooms, obviating the obligatory neutrality of the public school.

Keywords

Freedom; pluralism; religion; ideology; indoctrination; education; ideology; teaching; values; ideological companies; trend companies; public schools; private schools.

Recibido: 1 de septiembre de 2021
Aceptado: 29 de septiembre de 2021

Perfiles/Noticias



CONSTITUCIONALISMO Y PAZ
EN LUIGI FERRAJOLI
Constitutionalism and peace in Luigi Ferrajoli
ABRAHAM SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Constitucionalismo garantista y paz.
- III. La crisis, el futuro del constitucionalismo y la paz.
- IV. Conclusiones.
- V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque pudiera pensarse que el interés sobre la paz se ha reflejado de manera inexorable en las elaboraciones jurídicas, lo cierto es que no siempre las relaciones entre la paz y el Derecho han sido abordadas con idéntica intensidad y que la escasa atención que en ocasiones se le presta a la convivencia o a la solución pacífica de los conflictos o su escueta ignorancia, comparten espacios con reflexiones que, por el contrario, le asignan a la paz una destacada importancia y un papel tan relevante que hace de ella una de las categorías fundamentales del Derecho. Sea que a la paz se le otorgue un papel relevante o uno secundario, no se puede negar que mantiene un importante vínculo con el Derecho, nexo incluso intensificado en los últimos tiempos y que ha dado lugar a que se pueda hablar de un pacifismo jurídico que entre sus múltiples exponentes tiene a Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli como autores sobresalientes.

Luigi Ferrajoli forma parte de la línea de pensamiento “que encuentra su reflejo” en las obras de Hans Kelsen y Norberto Bobbio, en la medida en que “de los trabajos de estos tres importantes autores puede trazarse una cadena directa de influencias”, lo que no impide reconocer “que existen también diferencias significativas que se deben, en parte a los distintos contextos histórico-políticos que les

ha tocado vivir y a la manera en que la guerra ha sido concebida y practicada en esos contextos”¹.

Así, para Kelsen “los años treinta y los primeros años cuarenta del pasado siglo habían representado, como para tantos europeos, un radical cambio en su vida, un punto de inflexión constituido por el derrumbe de su mundo personal y profesional” que le llevó a emprender el camino del exilio y “a vivir como una víctima más la intolerancia creciente”, lo cual quizá “dejara una huella indeleble en su memoria y se desarrollara en su obra escrita”, de la que “ya en los primeros años treinta del siglo XX”, tenía “perfectamente trazadas las líneas maestras de su famosa teoría iusirenista”². Bobbio, por su lado, “desarrolló buena parte de su vida adulta en el clima envenenado de la guerra fría, con la permanente amenaza del estallido de la bomba nuclear que podía significar un punto de *no vuelta atrás*, por conducir a la aniquilación de la humanidad al completo”³ y Ferrajoli, nacido en la ciudad italiana de Florencia en 1940, sitúa su producción “ya al final del siglo XX y a principios del XXI, en plena crisis del Estado de Derecho y de la democracia producida por las dinámicas de la globalización neoliberal”⁴.

El aporte de Ferrajoli es de mayor actualidad y advirtiéndose en su fondo las influencias kelsenianas y las de Bobbio, de quien fue discípulo, ha desarrollado un pacifismo jurídico calificado por Pisarello como “militante”⁵, en cuyo centro se encuentran tanto el constitucionalismo como las discusiones que el papel de las constituciones normativas ha generado en los ámbitos de la teoría y la filosofía del Derecho de los tiempos que ahora corren, signados por las nuevas guerras, la globalización de la economía, la profundización de la desigualdad y los problemas asociados al deterioro del medio ambiente. Este trabajo se dedica a indagar acerca del pacifismo jurídico de Ferrajoli, habida cuenta de sus singulares connotaciones y del “compromiso civil incansable” asumido por el

1 J.A. GARCÍA SÁEZ, “El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli”, en G. PECES-BARBA *et al.* (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV. Siglo XX. Volumen II. Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 651-685, p. 662.

2 M. LA TORRE y C. GARCÍA PASCUAL, “La utopía realista de Hans Kelsen”, en H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 9-29, pp. 19-20.

3 J.A. GARCÍA SÁEZ, *op. cit.*, p. 663.

4 *Ibid.*, p. 664.

5 G. PISARELLO, “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, en L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 23.

profesor de Roma que, al decir de Ruiz Manero, le ha llevado a participar “en mil batallas, tanto de ámbito italiano, como de ámbito global”⁶.

II. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y PAZ

1. El carácter artificial del Estado y la paz

Consecuente con sus convicciones positivistas, Ferrajoli considera que el Estado es un artificio creado por el hombre y para el entendimiento de esta invención humana se apoya en la filosofía contractualista, en la cual la democracia constitucional tendría su ascendiente. Singular atención le merece la teoría pacticia de Hobbes que, aun cuando puesta al servicio del absolutismo monárquico, provee una metáfora explicativa del tránsito del *bellum omnium* al Leviatán o individuo artificial, dotado de mayor fuerza y tamaño que los asociados e instaurado para su protección y defensa⁷.

El Estado no es una realidad perteneciente a la naturaleza y más bien lo natural estaría dado por el enfrentamiento, la guerra de todos contra todos, la imposición del más fuerte, la amenaza y el riesgo permanente, factores que supeditarían a los seres humanos a sobrellevar una existencia insegura y azarosa. Esta situación les habría impulsado a contratar con sus semejantes y a acordar un pacto contentivo de las cláusulas destinadas a confiarle al soberano la protección de los derechos, a empezar por la vida, cuyo aseguramiento, según la versión hobbesiana, justificaría la salida del estado de naturaleza y la construcción del hombre ficticio guarnecido con los poderes indispensables para tutelar la supervivencia de todos.

La garantía de la existencia lleva a la búsqueda de la paz como objetivo, “ya que la superación de la guerra propia del estado de naturaleza es indispensable para la garantía del derecho a la vida, el cual, a su vez, es una condición indispensable para la paz” relacionada mediante un nexo instrumental con el Estado que, desde sus principios, tuvo la misión de lograr la unificación interna, pero también el encargo de constituirse en medio adecuado respecto de la finalidad de asegurar la convivencia pacífica⁸.

La anotada condición instrumental comprueba que el Estado no halla justificación en sí mismo ni, por lo tanto, su valor es intrínseco, más aún, no siendo “ni un fin, ni un valor”, es apenas “un producto fabricado por los hombres” que toma

6 L. FERRAJOLI, y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p. 20.

7 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 53.

8 *Idem*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007, p. 356.

su legitimación del fin externo que está llamado a satisfacer, fin que no es diferente a estar al constante servicio de “los hombres naturales” que “con su acuerdo lo produjeron”⁹, a tal punto que cuando el Estado se aparta de su cumplimiento “legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia”¹⁰.

La legitimidad del Estado no proviene de arriba, sino de abajo y, por ello, su justificación no es teológica ni naturalista y, lejos de ser una “personificación de toda la sociedad”, surge de esta “entendida como suma heterogénea de personas, de fuerzas y clases sociales”, de tal modo que lo natural son los sujetos “y sus necesidades vitales”, en tanto que lo convenido y artificial es el conjunto de poderes instituidos para el cuidado y protección de las expectativas de la gente que, aun cuando comprendidas al inicio bajo la denominación de derechos “innatos o naturales”, han de ser entendidas por fuera de su original marco iusnaturalista como derechos pre-estatales o pre-políticos, “en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el Estado” y de ser fundamentales o fundantes “de su razón de ser”, en cuanto “parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional”¹¹.

Cuando en dirección contraria a la destacada, el Estado se sobrepone a la sociedad erigiéndose en un ente auto-justificado, las “perversiones autoritarias”, las “tentaciones totalitarias”¹², la subordinación de las personas y la instrumentalización de sus expectativas pasan a ocupar el primer plano, junto a la exaltación de la fuerza y de la guerra, así como a una visión de la paz y de la convivencia asimiladas al orden coercitivamente impuesto desde el poder refractario al disenso, proclive a la uniformización e inclinado a la estigmatización del individuo tenido por diferente en relación con los patrones de normalidad propugnados.

Con razón ha escrito Ferrajoli que detrás de la pretendida homogeneidad social se esconden concepciones organicistas y metafísicas que reducen o directamente desconocen la finalidad garantista de la organización política estatal, al paso que ignoran “los conflictos políticos, culturales y sociales” que atraviesan la sociedad¹³ y que deben ser objeto de consideración si lo buscado es asegurar la paz interna, no mediante la implementación de un orden impuesto, sino con base en

9 *Idem*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 881.

10 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., p. 53.

11 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 882.

12 *Ibid.*, p. 888.

13 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 54.

el desarrollo de garantías que le abran espacio al afianzamiento de la paz social, ya que esta es “tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más están extendidas” y “son efectivas las garantías de los derechos vitales”¹⁴.

2. La artificialidad del Derecho y la paz

El carácter artificial del Estado también es predicable del Derecho que “nunca es natural” y debido a eso “es como lo hacemos y, por tanto, como lo queremos, lo pensamos y lo reivindicamos”¹⁵. En la cultura moderna el Derecho igualmente encuentra explicación en el contractualismo de estirpe hobbesiana, pues se justifica “como remedio al *bellum mniium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil”, que solo consiente la fuerza en la medida necesaria y la sujeta a reglas jurídicas cuya misión es regular su uso legítimo¹⁶.

La relación entre el Derecho y la guerra se plantea así con la intensidad de un contraste radical, ya que la guerra, como la criminalidad homicida y cualquiera otra forma de violencia salvaje “es violencia desregulada”, es decir, no sometida a reglas, lo cual se traduce en la total ausencia del Derecho que, en su prístino sentido, es “una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y limitación del uso de la fuerza”, definición de la que se deriva un primer entendimiento de la paz como “expectativa del único uso de la fuerza que está previsto por el Derecho como efecto de un posible ilícito, bien sea una sanción, una intervención de la policía o una legítima defensa proporcionada a la ofensa”¹⁷.

Si la guerra consiste en la ausencia del Derecho, propia del estado de naturaleza “prejurídico y salvaje”, la paz, por el contrario, “es una construcción confiada por la razón a ese artificio que es, precisamente, el Derecho”, asimilado a instrumento de la convivencia pacífica “que se disuelve como ordenamiento cuando la guerra deja de considerarse jurídicamente ilícita”¹⁸. La paz deviene así en “esencia íntima” del

14 *Idem*, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, p. 44.

15 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 99.

16 *Ibid.*, p. 486.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*, pp. 486-487.

Derecho¹⁹ y “uno y otra se implican recíprocamente”²⁰, pues “el Derecho es el único instrumento racional de pacificación y civilización de los conflictos y la única alternativa realista a la guerra y a la ley del más fuerte”²¹.

Evidencia del papel asignado al ámbito jurídico en relación con la paz se tiene en el Derecho penal claramente orientado hacia el propósito “utilitario y garantista” de minimizar la violencia²², lo que lo define y justifica como alternativa a la guerra y a la arbitrariedad, en la medida en que evita la venganza o la reacción desmesurada o excesiva, inspirada en la lógica de la confrontación violenta. Por obra del Derecho penal se busca impedir “que los ciudadanos recurran a la violencia, ya sea la de los delitos, la de la justicia por propia mano o la de la justicia sumaria”²³.

Se trata, entonces, de minimizar la violencia generada por los delitos o por las respuestas informales a los mismos, sean venganzas, arbitrariedades o abusos policiales²⁴ y, en suma, de mermar o disminuir la violencia privada, pero no solo, puesto que de las finalidades del Derecho penal también forma parte la minimización de la violencia pública, aspecto este último demostrativo de su conexión con “la función garantista del Derecho en general” consistente en la “minimización del poder” que, de otra manera, sería absoluto en cualquiera de los escenarios en los que puede ejercerse, sean privados o públicos²⁵.

En efecto, Ferrajoli enseña que “todo el artificio jurídico” se justifica “como técnica de *minimización del poder*, en otro caso absoluto y salvaje”, tratándose de los poderes públicos “tal como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos policiales, administrativos o judiciales” o de los poderes privados “tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación del trabajo y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal”. La minimización perseguida en ambos casos consiste en la “igual garantía y maximización de las tutelas de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación y/o funcionalización a éstos de las situaciones jurídicas de poder”²⁶.

19 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 29.

20 *Ibid.*, p. 83.

21 *Idem*, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018, p. 56.

22 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, p. 931.

23 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, *cit.*, p. 348.

24 *Idem*, *Derechos fundamentales y democracia*, trad. Miguel Carbonell Sánchez, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell México, 2014, p. 143.

25 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, p. 931.

26 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, *cit.*, p. 223.

De los planteamientos precedentes emana una visión desfavorable de lo que es el poder y así lo confirma Ferrajoli al aseverar que, a diferencia del totalitarismo basado en una concepción optimista del poder tenido por bueno y dotado de valor ético “gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee”, el garantismo parte de un presupuesto distinto que es “siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y de garantías, a degenerar en el despotismo”²⁷. Patente surge, entonces, la idea de los límites y garantías que, de inmediato, evoca el ya destacado concepto de constitucionalismo como sistema jurídico equivalente “a un conjunto de límites y vínculos, no solo formales, sino también sustanciales, rígidamente impuesto a todas las fuentes normativas por normas supraordenadas”²⁸.

3. La Constitución y la paz

El carácter supraordenado y la rigidez a su turno conducen al concepto de constitución, vocablo mediante el cual se designa, en términos generales, “a cualquier estatuto de una institución política, cuyas normas, sean cuales fueren sus contenidos, están supraordenadas, como normas formales y/o sustantivas sobre la producción a cualquiera otra norma del ordenamiento”²⁹. A renglón seguido nuestro autor precisa que la constitución para ser democrática requiere agregar en la misma definición, como condiciones

“contrafácticas necesarias (pero no suficientes), la representatividad de las instituciones de gobierno, la separación de estas instituciones de las funciones e instituciones de garantía y la garantía de los derechos fundamentales que han sido en cada caso constitucionalmente estipulados como necesarios para la convivencia pacífica”³⁰.

Así las cosas, el acto mediante el cual se ejerce el poder constituyente generador de las normas sobre la producción jurídica y que se imputa a un sujeto constituyente, que “si el acto es democrático, es el pueblo”³¹, ha de entenderse como un pacto de

27 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 885.

28 *Idem*, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en L. FERRAJOLI *et al.*, “Un debate sobre el constitucionalismo”, *Monográfico Revista Doxa*, núm. 34, 2012, pp. 11-50, pp. 11-12.

29 L. FERRAJOLI, y J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 59.

30 *Ibid.*, p. 60.

31 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 809.

convivencia, “mediante el que resultan rígidamente establecidos límites y vínculos a cualquier autoridad, con lo que toda autoridad aparece constituida como autoridad limitada”³² por barreras formales y también por las sustanciales de las cuales hace parte la paz que en las constituciones de la segunda posguerra mundial aparece como límite, al lado de la separación de poderes y de la garantía de todos los derechos fundamentales³³.

El fundamento pacticio hace de las constituciones democráticas contratos fundantes “dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil”, predicado inscrito en la perspectiva filosófica formulada por Hobbes y “desarrollada después por el pensamiento ilustrado” que concibe al Estado y al Derecho como fenómenos artificiales y convencionales elaborados por los hombres para la tutela de sus necesidades y de los derechos que, históricamente, se han venido desplegando desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de libertad y propiedad y por los derechos de carácter político y social, hasta los de última generación como la paz, conforme “se han añadido en las constituciones del siglo XX”³⁴.

Gracias a la positivación, los principios y derechos antes considerados naturales se vuelven positivos y, en razón de su rango constitucional, se imponen en primer lugar a los poderes públicos e incluso a la mayoría y al poder de revisión constitucional que no los tienen a su entera disposición, ya que las constituciones en su calidad de pactos dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil contienen el conjunto de las reglas del juego sustraídas a la modificación, derogación o debilitamiento por esos poderes que únicamente pueden “ampliarlos o reforzarlos”³⁵.

3.1. Constitución, derechos fundamentales y pueblo

Pero no solo se trata del resguardo de lo sustancial frente a todos los poderes; dado que la universalidad de los derechos fundamentales radica su titularidad en el pueblo, vale decir “en todas las personas y/o ciudadanos”; además de reafirmar que, por no pertenecerles, las mayorías no pueden suprimirlos ni reducirlos, tienen el efecto de asignar “a todos los ciudadanos y a todas las personas a las que están conferidos una colocación a su vez supraordenada al conjunto de los pode-

32 *Idem*, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 78-79.

33 *Idem*, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, p. 32.

34 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 48.

35 *Ibid.*, p. 47.

res, públicos y privados, que están vinculados y dirigidos al respeto y la garantía de los derechos³⁶.

La primacía de los derechos fundamentales sobre los poderes, la superioridad de las personas físicas “respecto de las máquinas políticas” y la prevalencia “de sus necesidades y voluntades sobre cualquier posible razón de Estado”³⁷ constituyen la contrapartida de la concepción pesimista del poder, porque “la idea del ‘poder malo’ tiende a asociarse a la de la sociedad buena”, en rotundo contraste con las tendencias totalitarias que a la supuesta bondad del poder contraponen la idea de una “sociedad mala”, dándole un giro pesimista a la situación que luego degenera en la subordinación de los derechos a intereses públicos considerados “superiores a ellos”³⁸.

El optimismo sociológico, por el contrario, se decanta en favor de la sociedad y de la universalidad de los derechos fundamentales, lo que se manifiesta en su titularidad radicada en el pueblo, esto es, en todas y en cada una de las personas y ciudadanos; situación que guarda la debida correspondencia con la finalidad del pacto constitucional que no puede dejar “de ser garantía para todos los jugadores, incluso para las minorías y las oposiciones”³⁹, arista esta última que nos deja ante dos aspectos que son de gran importancia en clave de paz: la noción constitucional de pueblo y las relaciones trabadas entre sus miembros.

La palabra pueblo hace pensar en un colectivo y, así mismo, en cierto sentido de unidad y de cohesión propiciada por algunos factores comunes a los asociados o compartidos por ellos. Esta pretensión ha sido asumida en forma radical por una tendencia bastante difundida en los dominios del Derecho público que hace de la homogeneidad social y cultural la base inescusable de la constitución que, necesariamente, tendría que estar sustentada en vínculos pre-políticos configuradores de una identidad forjada a lo largo de una historia común, cuyos resultados se condensarían en la nación y en el Estado nacional basados en la homologación social y cultural surgida de las tradiciones, la cultura y los valores ampliamente compartidos.

En contra de esta concepción, Ferrajoli ha opuesto argumentos fundados en consideraciones fenomenológicas o de hecho que, a su juicio, históricamente desmienten la tesis de la homogeneidad como pre-condición de los Estados nacionales europeos, pues

36 *Ibid.*, p. 48.

37 *Ibid.*

38 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 885.

39 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 47.

“sería difícil sostener que en la Francia o la Inglaterra de los siglos XVII o XVIII, o en la Alemania o la Italia del XIX hayan existido lazos pre-políticos e identidades colectivas –de lengua, cultura, intereses o comunes lealtades políticas– aptos para unir campo y ciudad, campesinos y burgueses, trabajadores y empresarios, masas analfabetas y estamentos profesionales e intelectuales”

e improbable resulta que

“en cada uno de estos países existiera una opinión pública nacional y en todo caso una homogeneidad social mayor que la que hoy se da entre los distintos países europeos, e incluso entre los distintos continentes del mundo”⁴⁰.

Ferrajoli señala que la efectividad de cualquier constitución reporta beneficios de “un cierto grado de cohesión social y prepolítica” y “alguna identidad colectiva representan los factores más seguros de la efectividad de cualquier constitución”, pero agrega que efectividad y legitimidad no son la misma cosa e invirtiendo la tesis criticada apunta que el sentido cívico y la común idea de pertenencia, así como el consenso en torno a valores políticos compartidos parece “bastante más un efecto que una precondition de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus constituciones”. En este sentido, pueblos, naciones y tradiciones “han sido gran parte de una invención política, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, no menos que los Estados nacionales y sus instituciones jurídicas”⁴¹.

Si se acepta que ni la cohesión social y política, ni la legitimidad son presupuestos del pacto constitucional, sino que son posteriores a su estipulación, sobreviene una pregunta acerca de la manera como se afirman y radican “en el sentir común los principios y los valores de un pacto constitucional de convivencia” y la respuesta que ofrece Ferrajoli viene ligada a la común titularidad de la constitución y de los derechos universalmente conferidos, ya que es la igualdad en los derechos fundamentales y no una supuesta voluntad común afincada en una pretendida entidad colectiva orgánica “la que genera la unidad de un pueblo” y hace de la constitución “un patrimonio de todos”, sustraído a los poderes de la mayoría jurídicamente imposibilitada para suprimirlo o menoscabarlo⁴².

40 *Ibid.*, p. 52.

41 *Ibid.*, pp. 52-53.

42 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, cit., pp. 875-876.

De lo anterior se desprende que la constitución, al establecer la igualdad en los derechos, se erige en “la condición política y cultural del reconocimiento de los demás como iguales” y es, por ello, “el principal factor de la esfera pública y de la identidad colectiva de un pueblo” que, por lo tanto, no es un cuerpo político orgánico o “una suerte de macrosujeto dotado de una imposible e impensable identidad y voluntad unitaria”, sino “un sujeto colectivo cuyos componentes están unidos solamente por la titularidad de las mismas modalidades constituyentes o expectativas constituidas”⁴³, perspectiva que en el plano axiológico contrarresta la idea metafísica de la homogeneidad social y las concepciones tendencialmente autoritarias y totalitarias que suelen basarse en el carácter organicista del pueblo “como macrosujeto dotado de voluntad unitaria”⁴⁴.

La igualdad en los derechos sirve como garantía “de todas las diferencias de identidad personal” y esto es lo único que en realidad resulta indispensable “para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar sobre el respeto recíproco en vez de sobre las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas”⁴⁵.

3.2. Las relaciones entre los miembros del pueblo, la conflictualidad y las constituciones

De conformidad con los anteriores planteamientos, las relaciones entre los miembros del pueblo se perciben de manera distinta a la derivada de una homogeneidad ilusoria y sesgada hacia el orden y la uniformidad impuesta desde las instancias del poder. En efecto, el fundamento axiológico de una constitución no se encuentra en una identidad inducida a fuerza de pretendidas semejanzas políticas, culturales o nacionales de las personas y/o ciudadanos, sino, todo lo contrario, “en su diversidad y en su virtual conflictualidad”, toda vez que una convención constitucional es “un pacto entre sujetos potencialmente antagónicos”⁴⁶.

En efecto, si el pacto constitucional se orienta hacia la convivencia civil de todos y al aseguramiento de la libertad de modo que sea compatible con la de todos los demás, el acuerdo ha de lograrse “entre sujetos y fuerzas políticas virtualmente contrapuestas y extremas”, de lo cual se sigue que si se pretende asegurar una paz que

43 *Ibid.*, p. 876.

44 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, cit.*, p. 54.

45 *Ibid.*, p. 53.

46 *Ibid.*, p. 41.

consista en “la limpieza del juego democrático y la solución pacífica e imparcial de los conflictos entre sujetos hostiles” no hay camino diferente a la tutela de “de todas las distintas e incluso opuestas identidades” y a asumir “por ello como su presupuesto esta su pluralidad y este su potencial conflicto”⁴⁷.

Las constituciones democráticas devienen, entonces, en pactos de convivencia “entre sujetos distintos y en otro caso enemigos”, así que desde un punto de vista hobbesiano pueden ser entendidas como contratos sociales vertidos en forma escrita,

“tanto más necesarios y preciosos cuanto más profundas son las diferencias personales que están llamadas a tutelar, cuanto más heterogéneas y conflictivas son las subjetividades políticas cuya convivencia deben garantizar y cuanto más vistosas e intolerables son las desigualdades materiales que tienen la tarea de remover o reducir”.

La utilidad de las constituciones estriba en la garantía de los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y en el afianzamiento de la convivencia pacífica “entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto”⁴⁸, motivo por el cual son “pactos de no agresión y de socorro mutuo, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos, tanto más esenciales cuanto mayores sean, por las fuertes desigualdades y diferencias, los peligros de guerra o de dominación”⁴⁹.

Como conclusión de lo precedente cabe sostener que la legitimación de las constituciones no se funda en el consenso popular, pues aunque sea deseable que todos los asociados o buena parte de ellos compartan permanentemente un sentimiento de adhesión a la constitución y al conjunto de los derechos fundamentales, lo cierto es que el fundamento de la legitimidad proviene de los contenidos sustanciales en la medida en que lo acordado se asegura a todos, puestos, por esta causa, en condiciones de igualdad.

No se trata, pues, de que las constituciones expresen la voluntad de todos, sino de que se garantice a todos, ni de que los derechos tengan aceptación unánime, sino de que sean otorgados a todos y tampoco se trata de que a la estipulación del pacto constitucional hayan concurrido todos, sin excepción, sino de que se acuerde la no exclusión de nadie. En síntesis, la no exclusión “no se refiere a la esfera de los contratantes, inevitablemente limitada a una asamblea más o menos representativa,

47 *Ibid.*, p. 51.

48 *Ibid.*, p. 54.

49 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 55.

o incluso, a un número restringido de constituyentes más o menos iluminados, sino más bien a las cláusulas del pacto”⁵⁰.

Visto lo precedente vuelve a confirmarse, esta vez desde la perspectiva constitucional, que la conceptualización de la sana convivencia y de la paz no evade la existencia de conflictos en el seno de la sociedad, puesto que, precisamente, lo que se procura es favorecer soluciones pacíficas adoptadas de conformidad con los dictados del Derecho y evitar que la fuerza se convierta en el principal medio para tratar las controversias, aunque en el plano jurídico se reserve un espacio limitado para su uso legítimo que ha de ser acotado y sometido a regulación.

La variedad y la diferencia emergen fortalecidas de estos planteamientos, pues, conforme ha sido puesto de manifiesto, el Derecho no está al servicio de una exclusiva concepción de la moral ni es instrumento de reforzamiento de alguna en particular, sino de la tutela de las personas físicas a las que debe proporcionarles paz y garantías de convivencia civil, procurando evitar que los asociados se causen daños entre sí o reduciendo los perjuicios que efectivamente se hayan ocasionado⁵¹.

4. Derechos fundamentales, soberanía interna y paz

Una vez examinado lo atinente al Estado, al Derecho y a la constitución surge con claridad que en el pensamiento de Luigi Ferrajoli tales conceptos mantienen vínculos entre sí y también con los derechos fundamentales y con la paz. Por lo que hace a los derechos fundamentales, su incorporación como parte sustancial de las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial ha traído consigo importantes transformaciones y entre ellas especial relevancia tiene la producida respecto de la noción de soberanía interna.

Reiteradamente Ferrajoli ha puesto de manifiesto que el concepto jurídico y político de soberanía designa la suprema y superior potestad, “se remonta al momento de la aparición de los grandes Estados nacionales europeos” y ha acompañado el desarrollo de la organización estatal, conservándose en la actualidad como una especie de rezago iusnaturalista y “de residuo premoderno”⁵², del que, sin embargo, se ha servido la concepción positivista del Estado que ha visto variar este concepto “de rasgos absolutistas” al compás de las distintas formas estatales que fueron sucediéndose en el tiempo, desde la soberanía como atributo del príncipe, hasta las concepciones

50 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 369.

51 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., p. 154.

52 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., p. 125.

“jacobinas, organicistas y democráticas en los orígenes de la soberanía nacional, más tarde de la soberanía popular, y finalmente en las doctrinas iuspublicistas decimonónicas del Estado-persona y de la soberanía como atributo o sinónimo del Estado”⁵³.

Pese a haberse mantenido y a haber asumido variadas formas, la soberanía interna ha avanzado en el proceso de su declinación y a tal grado que hoy en día es posible sostener “la tesis de la existencia de una antinomia irresoluble entre soberanía y Derecho”⁵⁴, acrecentada en la etapa del Estado constitucional de Derecho gracias a la penetración de “una racionalidad axiológica y sustantiva” en las constituciones, cuya superioridad y rigidez dieron al traste con la omnipotencia del legislador y la soberanía parlamentaria, de modo que el sometimiento del legislativo a dictados superiores se traduce en la inexistencia de poderes absolutos, pues todos quedan sujetos al Derecho, sin que, por ende, haya lugar para ejercer una soberanía ya vaciada de su contenido⁵⁵.

Aunque las constituciones todavía se refieren a la soberanía popular, Ferrajoli estima que esa alusión es “apenas un homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales”, porque después de radicar la soberanía en el pueblo, constituciones como la italiana, añaden que el pueblo la ejerce “en las formas y dentro de los límites de la Constitución”, de donde resulta que ni siquiera el pueblo es soberano en el viejo sentido de la expresión”, menos aún las mayorías, “puesto que la garantía de los derechos de todos –también frente a las mayorías– se ha convertido en rasgo característico del Estado democrático de Derecho”⁵⁶.

No obstante, todavía es factible atribuirle a la soberanía popular un significado positivo que la torne compatible con el paradigma constitucional y esta opción es la consecuencia de su nexo con los derechos fundamentales previstos en la constitución, dado que estos “dan formas y contenidos a la voluntad popular” que, en cuanto suma de las voluntades individuales, “no puede manifestarse libremente sin estar presidida por las garantías no solo de los derechos políticos y de libertad, sino también de los derechos sociales”. En este sentido la soberanía pertenece a todos los miembros del pueblo y equivale a la suma de “los poderes y contrapoderes” que son los derechos fundamentales, sean políticos, civiles, de libertad o sociales⁵⁷.

53 *Ibid.*, p. 126.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*, p. 141.

56 *Ibid.*, p. 141.

57 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, cit.*, p. 14.

En la medida en que estos derechos se refieren al pueblo, es decir, “a todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso”, equivalen “a otros tantos *fragmentos de soberanía popular* correspondientes a todos y a cada ciudadano”⁵⁸ y, de esta manera, su violación “es una lesión no solo a las personas que son sus titulares, sino también a la soberanía popular”⁵⁹, entendida de conformidad con el significado positivo aquí destacado y con el cual aún se puede “hacer uso de esta vieja palabra”⁶⁰.

La paz resultaría de hacer compatibles en el seno de la sociedad los fragmentos de soberanía correspondientes a cada uno, consideración en la cual se resume todo lo anterior y en cuyo fondo se aprecia un importante nexo entre la paz y los derechos fundamentales que no son caídos “del cielo”⁶¹, sino el resultado de luchas sociales que históricamente han venido ampliando su catálogo y afianzando ese vínculo que, de acuerdo con Ferrajoli, se remonta al “criterio racional formulado por Thomas Hobbes mediante la justificación del Derecho y del Estado como instrumentos de la paz y de la tutela de la vida”, por cuanto “la paz, o sea, la superación de la guerra propia del estado de naturaleza, es indispensable para la garantía del derecho a la vida, la cual a su vez, es una condición indispensable para la paz”⁶².

El artificio hobbesiano concebido para la tutela del derecho a la vida se extendió luego “a todos los derechos vitales cuya violación sistemática justifica la ruptura del pacto social” y, junto a la vida misma, comprendió el derecho “a la integridad personal y las libertades fundamentales frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza”⁶³. Así, desde la tutela del derecho a la vida, la esfera pública y el papel garantista del Estado se han extendido, “ampliándose a otros derechos que en distintas ocasiones fueron afirmándose como fundamentales”, en un proceso que progresivamente ha incorporado los derechos civiles y de libertad, “por obra del pensamiento ilustrado y de las revoluciones liberales de las que nacieron las primeras declaraciones de derechos y las constituciones decimonónicas”, los derechos políticos “con la progresiva ampliación del sufragio y de la capacidad política”, el derecho a la huelga y los sociales en las constituciones del siglo XX, “hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente y a la información hoy objeto de reivindicación”⁶⁴.

58 *Ibid.*, p. 14.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*, p. 48.

61 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., p. 54.

62 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 356.

63 *Ibid.*, p. 356.

64 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., p. 54.

La secuencia que va desde el derecho a la vida hasta los derechos que hoy reclaman su reconocimiento y constitucionalización es demostrativa de la experiencia histórica cumplida por el constitucionalismo que sugiere cuáles deben ser los fundamentos de los derechos fundamentales, entendiendo la expresión “fundamentos” en el sentido axiológico referente a la cuestión clásica “de carácter ético-político” expresada en el interrogante acerca de los derechos que deberían ser tutelados como fundamentales. La respuesta a esta pregunta exige formular “los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para justificar su estipulación normativa, conforme a los fines o los valores ético-políticos que aquellos sean capaces de satisfacer”⁶⁵.

Ferrajoli ubica cuatro criterios axiológicos referidos “al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio, según la clásica máxima de la moral kantiana”, que sirven “para determinar las opciones ético-políticas en favor de los valores de las personas, tales como la vida, la dignidad, la libertad y la supervivencia. Esos criterios son el nexo entre derechos fundamentales e igualdad, el nexo entre derechos fundamentales y democracia, el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil y el nexo entre derechos fundamentales y paz”⁶⁶.

Tratándose del último criterio enunciado, el maestro italiano indica que deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales “cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica” y a continuación alude a los ya mencionados derechos a la vida e integridad personal, a los derechos de libertad, los civiles y políticos, así como a los “derechos sociales a la supervivencia”, importantes “en un mundo en el que sobrevivir es un hecho cada vez menos natural y progresivamente más artificial”⁶⁷.

La paz no sería factible sin la garantía de los derechos sociales, porque de la satisfacción de la salud, la educación, la subsistencia o la seguridad social “dependen los mínimos vitales que ya no están asegurados como antes por el trabajo individual en el cultivo de la tierra, precisándose, entonces, del aseguramiento de los derechos sociales, cuyo grado de garantía se encuentra en ‘correlación biunívoca’ con el grado de paz, toda vez que ‘la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y estremecedores cuanto más amplias y efectivas sean las garantías de las mismas’”⁶⁸.

65 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 315.

66 *Ibid.*, p. 315.

67 *Ibid.*, p. 316.

68 *Ibid.*, p. 356.

Pero, en general, los “derechos vitales” son “condición de la paz” y a causa de su ausencia o de la falta de sus garantías “la convivencia degenera, por un lado, en la violencia y en la opresión de los más fuertes y, por otro lado, en la resistencia y la revuelta de los más débiles”. La violación de lo que es indecible “se manifiesta en la violencia y genera violencia”, mientras que en las cuestiones que pueden ser objeto de decisión “es precisamente la garantía de la vida, de las libertades y de la supervivencia la que hace posible el *disenso* y el *conflicto pacífico*”, en la medida en que los derechos fundamentales propician que en el conflicto se manifiesten “libre y pacíficamente las diferencias personales y colectivas –de opinión política, de cultura, de religión y similares– y al mismo tiempo confrontarse y reducirse las desigualdades de carácter económico y social”⁶⁹.

La referencia a las desigualdades con la que culmina el párrafo anterior corrobora que los criterios propuestos para “identificar en el plano axiológico cuáles deben ser los derechos fundamentales mercedores de tutela” son “convergentes y complementarios”⁷⁰, luego entre la paz y los tres criterios restantes postulados como fundamento de los derechos hay concordancia y correlación.

4.1. Paz e igualdad

Tratándose de la igualdad, Ferrajoli ha hecho énfasis en la universalidad presente en su definición de derechos fundamentales que entraña la igual titularidad que asiste a todos los sujetos, bien sea personas o ciudadanos y/o capaces de obrar. La titularidad de unos mismos derechos iguala a los involucrados en el conflicto y evita la violencia, cuya manifestación revela la desigualdad o la asimetría en los derechos, “advertida como intolerable por alguna de las partes en el conflicto”, postulado que vale tanto en la esfera pública como “en la esfera privada, –en el mercado, en la familia y en las relaciones de trabajo–, en la que los conflictos suponen asimismo la igualdad en los derechos fundamentales que está en la base del respeto recíproco”⁷¹.

Así por ejemplo, cuando no existe igualdad de derechos entre los cónyuges propiamente no hay conflicto entre ellos, “sino sujeción de la mujer al hombre” y de idéntica manera en el mundo del trabajo hay opresión y no conflicto “si no hay libertades sindicales, derecho de huelga y garantías de los demás derechos de los tra-

69 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, cit.*, p. 62.

70 L. FERRAJOLI, *Derechos fundamentales y democracia, cit.*, p. 30.

71 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, cit.*, p. 62.

bajadores”, mientras que “no hay conflicto social sino ruptura violenta del pacto de convivencia, si no se garantizan a todos, con los derechos sociales a la supervivencia, los mínimos vitales” y habrá guerra y no conflicto político “si los sujetos en conflicto no se reconocen como personas igualmente titulares de los mismos derechos fundamentales”⁷².

La universalidad de los derechos fundamentales se encuentra en correspondencia con la igualdad y en esta relación estriba su “distinción estructural” con los derechos patrimoniales que son parámetros de desigualdad, “en tanto que atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de los demás”⁷³. Los fundamentales, por su parte, dan origen a varias clases de igualdad, pues en armonía con los cuatro tipos de derechos identificados en relación con “los *status* de sujetos que constituyen su presupuesto” se puede hablar de igualdad civil, igualdad política, igualdad liberal e igualdad social⁷⁴.

Los derechos que sirven de soporte a la igualdad garantizan las diferencias personales y buscan reducir las desigualdades materiales para asegurar la “igual dignidad de todas las personas”, dado que los derechos de libertad cobijan la libre expresión y el respeto de “las propias identidades y diferencias”, mientras que la garantía de los derechos sociales “equivale a la reducción de las desigualdades económicas, asegurando a todos mínimos vitales”⁷⁵. Del aseguramiento de unos y otros derechos depende la paz, porque al derecho a la vida y a las libertades fundamentales les incumbe “la pacífica convivencia de las diferencias” y a los derechos sociales a la salud, la educación, la subsistencia y la seguridad social “la reducción de las tensiones y los conflictos generados por las excesivas desigualdades”⁷⁶.

El autor hace notar que “el nexo de implicación y racionalidad instrumental es, de nuevo biunívoco”, ya que, de una parte, “la igualdad en los derechos fundamentales, como igual valor de todas las diferencias personales y como reducción de las desigualdades materiales, es una condición indispensable de la paz”, y, de la otra, “la paz, es decir, la superación del estado natural de guerra, según el modelo hobbesiano, es indispensable para la garantía de la igualdad en el derecho a la vida y en los demás derechos de las personas”⁷⁷.

72 *Ibid.*, pp. 72-73.

73 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 331.

74 *Ibid.*, p. 332.

75 *Ibid.*, p. 333.

76 L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019, p. 21.

77 *Ibid.*, p. 21.

4.2. Paz y democracia

Estrecho contacto con la igualdad tiene la democracia constitucional, ya que todos los derechos fundamentales constituyen “el parámetro más importante de la igualdad jurídica” que, a su vez, se entiende como “la principal característica de la democracia y ha sido siempre el valor primario del pensamiento democrático”. En esta nítida relación se alcanza a percibir la existente entre los derechos fundamentales y la democracia constitucional que se manifiesta en las ya mencionadas dimensiones política, civil, liberal y social, cuya respectiva satisfacción requiere del establecimiento y la observancia de los correlativos derechos⁷⁸.

Es evidente que la dimensión política es “coesencial a la democracia”, ya que siempre es necesaria cualquiera sea la forma democrática de la cual se trate e incluso la democracia puede ser solo política⁷⁹, en cuyo caso lo será en ese único sentido y no responderá al modelo de democracia constitucional que demanda, adicionalmente, la instauración de los límites y vínculos sustanciales que hacen del propio poder del pueblo un poder limitado por el conjunto de los derechos fundamentales, incluidos los políticos, “que no pueden ser válidamente suprimidos, limitados o derogados por el mismo”⁸⁰, habida cuenta de que su universalidad los radica en todos y en cada uno, sustrayéndolos de las decisiones derogatorias o del menoscabo proveniente de mayorías contingentes a las que no les pertenecen en régimen de exclusividad.

La universalidad de los titulares en el caso de la democracia política se expresa en el sufragio universal “generado por el otorgamiento de los derechos políticos a todos los mayores de edad” y en lo que atañe a la democracia liberal, a la social y a la civil, resulta palmario que “la forma universal de los derechos de libertad está en la base de la liberal-democracia, la de los derechos sociales en la de la social-democracia y la de los derechos civiles en la democracia civil”⁸¹, debiéndose hacer hincapié en que la existencia misma de la democracia política y civil “no quedaría garantizada sin los límites que le imponen los derechos fundamentales”, a falta de los cuales podría resultar subvertida “por la ilimitada potestad del pueblo de suprimir y la de cada uno de disponer de forma autónoma de los propios derechos políticos y civiles”⁸².

Todas las dimensiones de la democracia constitucional se relacionan con la paz, porque los derechos fundamentales de libertad y sociales, por formar parte de la

78 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 345-346.

79 *Ibid.*, p. 343.

80 *Ibid.*, p. 344.

81 *Ibid.*, p. 340.

82 *Ibid.*, p. 345.

dimensión sustancial, adquieren carácter vinculante respecto del pueblo y del legislador, a lo que se suma que, en razón de serle garantizados a “todos”, gozan de un carácter universal directamente ligado con la igualdad que es, a su turno, una de las principales características de la democracia constitucional, llamada a asegurar esa igualdad y a proporcionar “una esfera pública organizada para mantenerla”, de todo lo cual se desprende que “la democracia constitucional puede ser caracterizada como un método de civilización y de solución pacífica de los conflictos”⁸³.

Los límites y vínculos que imponen los derechos fundamentales a la democracia constitucional y su consecuente carácter vinculante en relación con el pueblo y con el legislador advierten acerca de la existencia de una esfera de “lo indecible”, sustraída a las decisiones populares y/o mayoritarias y de la cual, justamente, hacen parte los derechos, de manera que “sobre cuestiones vitales, como las que son objeto de tales derechos no se negocia ni se transige ni todavía menos se acepta el ser dejado en minoría”⁸⁴, predicado este último también aplicable a la paz. En efecto, Ferrajoli apunta que

“cuanto más extensa es la unidad política y mayores son las diferencias de orden cultural e histórico que conviven en ella, más improbable y secundaria resulta la representatividad de los órganos políticos, de forma que la garantía de la paz y de los derechos fundamentales a través de la estipulación de límites negativos y de vínculos positivos impuestos a la esfera de la política deviene más importante”⁸⁵.

En este contexto la esfera de lo decidible que es el ámbito de la política “debe ser más restringida y en cambio más amplia la de lo que no puede decidirse o dejar de decidirse, es decir la paz y los derechos, de libertad y sociales, que deben garantizarse a todos los hombres y mujeres del mundo”, lo que comporta una mayor articulación y desarrollo del “paradigma del Estado de Derecho, es decir, la dimensión de la democracia que he llamado ‘sustancial’ referida a lo que es ilegítimo decidir o no decidir”⁸⁶, siendo del caso puntualizar que aquello que no debe decidirse es “la lesión de los derechos de libertad”, en tanto que lo que debe decidirse es “la satisfacción de los derechos sociales”⁸⁷.

83 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 82.

84 *Ibid.*, p. 62.

85 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 108-109.

86 *Ibid.*, p. 109.

87 *Ibid.*, p. 99.

De lo anterior se sigue que la paz no hace parte de la esfera de lo decidible que tiene que ver con las instituciones de gobierno, en cuanto “investidas de funciones políticas de opción y de innovación discrecional”, sino de la esfera de lo indecidible, emparentada con las instituciones de garantía, “investidas de funciones vinculadas a la aplicación de la ley y, en particular del principio de la paz y de los derechos fundamentales”, entre las que se encuentran “las funciones jurisdiccionales o de garantía secundaria, pero también las funciones administrativas de garantía primaria de los derechos sociales, como las instituciones docentes, las sanitarias, las asistenciales, las de previsión y similares”⁸⁸.

4.3. La paz y las leyes demás débil

Finalmente, el cuarto criterio para determinar qué derechos deben ser tutelados es el referente “al papel de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*”, criterio comprensivo de todos los derechos fundamentales, en cuanto son alternativa a la ley del más fuerte “que imperaría en su ausencia”⁸⁹ e impondría el predominio “de quien es más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente, como en el Estado absoluto, de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista”⁹⁰.

De nuevo el universalismo denota la igualdad en los derechos fundamentales que, unida al rango constitucional de las normas que los establecen, pone de manifiesto la relación biunívoca entre la igualdad en los derechos y la tutela de los más débiles, puesto que si se busca “que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean protegidos de la ley del más fuerte, es necesario garantizar a todos por igual la vida, la autonomía política, la libertad y la supervivencia formulándolas como derechos de forma rígida y universal”⁹¹.

5. Las aproximaciones a la paz basadas en el constitucionalismo garantista

Del recorrido por el pensamiento de Ferrajoli que hasta aquí se ha efectuado surgen algunas aproximaciones a la paz que, en primer término es concebida, “como la expectativa del no uso desregulado de la fuerza” o bien de su único uso normativamente regulado “como reacción, taxativamente prevista y limitada, a un acto ilícito”,

88 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 44.

89 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 316.

90 L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, cit., pp. 22-23.

91 *Ibid.*, p. 23.

sentido este en que la paz constituye “la negación del *bellum omnium* evocado por Hobbes como propio del estado de naturaleza o, en cualquier caso, del Estado de no Derecho” propicio a “la violencia individual propia de las sociedades prejurídicas”. La correlación biunívoca entre Derecho y paz indica que el Derecho “es la negación de la guerra y por eso implica la paz que solo se realiza a través del Derecho”, conforme se deriva del “moderno contrato social de convivencia sancionado en las constituciones democráticas”⁹².

Esta aproximación se basa en el monopolio jurídico de la fuerza y en la legitimidad de su empleo que fundamentan “la expectativa de ausencia de violencia desregulada” en la cual consiste la paz que, por lo tanto, incorpora como prohibición la guerra y el crimen, y obliga a usar la fuerza solo en los casos normativamente previstos para responder a un acto ilícito en forma regulada y limitada. La paz es violada tanto por la guerra como por el uso criminal de la violencia de cuya minimización se ocupa el Derecho penal que es alternativa a la violencia del más fuerte que debe ser sancionada, porque la impunidad de la violencia arbitraria ya sea por la ausencia de sanción, por su inaplicación o por la punición del inocente, indica “la quiebra del Derecho, el regreso a la ley del más fuerte y la lógica salvaje de la guerra”⁹³.

Pero la paz también ha aparecido como un criterio de identificación de los derechos fundamentales mercedores de tutela en calidad de “vitales”, lo que significa que su garantía es “condición necesaria de la paz”, en la medida en que su violación “genera y justifica no simplemente el disenso, como algo que está en la fisiología de todas las cuestiones políticas decidibles”, sino que desata “la desobediencia, la resistencia y, en último término, la guerra”. Los derechos vitales son fundamentales, universales y garantes de la paz y, por lo mismo, “de la tutela del más débil contra la ley del más fuerte”⁹⁴.

La garantía de los derechos vitales “es la única alternativa a un futuro de guerra, de violencia y de inseguridad para todos: en resumen, la alternativa al no-Derecho”, por lo que en la definición de constitución, la paz es considerada “la razón social que condiciona el carácter democrático de toda institución política y de la constitución misma” que, en sentido axiológico, es el “pacto de convivencia orientado a garantizar la paz, condicionada, a su vez, en democra-

92 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, cit., pp. 445-446.

93 *Ibid.*, p. 838.

94 *Ibid.*, pp. 838-839.

cia, a la igualdad resultante de la titularidad de los derechos fundamentales”, trátase de los políticos, civiles, de libertad y sociales “en ella estipulados como vitales”⁹⁵.

Desde otro punto de vista se observa que en algunas ocasiones la paz es tratada como principio, mientras que en otras oportunidades es adscrita a la categoría de los derechos nuevos reivindicados y, en ciertos eventos, todavía no constitucionalizados. En cualquier caso, trátase de un principio o de un derecho, la paz forma parte de las normas sustanciales que, a la manera de un contundente “nunca más” fueron opuestas al fascismo y al nazismo valiéndose de una rígida supraordenación a toda otra fuente “como límites y vínculos inderogables impuestos a cualquier mayoría y, más en general, al ejercicio de cualquier poder”⁹⁶. La paz, en consecuencia, se adscribe a la esfera de lo indecible que comporta “la no derogabilidad de los pactos constitucionales y de sus cláusulas, a comenzar por el principio de la paz y de los derechos fundamentales”⁹⁷.

La apreciación del alcance de la paz en cuanto principio varía según se le mire a partir de las concepciones neoconstitucionales o con fundamento en la perspectiva garantista. Mauro Barberis, por ejemplo, al formularle una pregunta a Ferrajoli admite que alrededor del tema de la paz, “siempre acabamos dividiéndonos”, porque para él “como para otros intérpretes de la Carta constitucional, el derecho a la paz es un principio constitucional que debe ponderarse con otros principios, como la limitación de la soberanía nacional exigida por las obligaciones internacionales del país”, mientras que, según Barberis, para Ferrajoli “el artículo 11 (de la Constitución italiana) no es un mero principio, sino una verdadera regla, una prohibición pura y simple de la guerra”⁹⁸.

De acuerdo con una redefinición propuesta por Ferrajoli, son reglas “todas y solo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia”, en tanto que principios directivos o directivas “son aquellas normas que formulan objetivos políticos” y de las que “no son concebibles específicos actos de violación o de observancia”, porque “su referente empírico no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumpli-

95 *Ibid.*, pp. 840-841.

96 L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 137.

97 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 74.

98 L. FERRAJOLI, *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid, 2016, p. 150.

mientos, sino en políticas públicas”. Sin embargo, no todos los principios consisten en simples directivas, puesto que “existen muchas normas formuladas en términos de expectativas y no de obligaciones o prohibiciones, que son al mismo tiempo principios y reglas” a las que Ferrajoli denomina principios regulativos, como es “el caso de la mayor parte de los derechos fundamentales y del principio de igualdad, que son normas en las cuales principios y reglas son caras de la misma moneda”⁹⁹.

En la citada conversación con Mauro Barberis, Ferrajoli puntualiza que los derechos fundamentales, en tanto expectativas negativas o positivas, se traducen en obligaciones y prohibiciones e incorporan, por lo mismo, reglas en la medida en que permiten identificar los comportamientos que en el primer caso son lesiones y en el segundo actuaciones. Tratándose del derecho a la paz recuerda que el artículo 11 de la Constitución italiana lo formula en forma de regla al manifestar una prohibición expresa que hace de él uno de los principios regulativos que funcionan como principios y reglas al mismo tiempo, ambivalencia de la cual se sigue que actúan “como principios cuando se utilizan como argumentos en sede de interpretación sistemática, pero como reglas, en sede de aplicación a sus violaciones”¹⁰⁰.

Los derechos fundamentales pueden ser “unas veces respetados y otras violados, actuados o inactuados” y como normas sustanciales sobre la producción jurídica prohíben al legislador su lesión y en caso de violación se producen antinomias, pero también imponen la obligación de actuarlos mediante la producción de leyes que los garanticen, cuya ausencia da lugar a lagunas y, tratándose de antinomias o de lagunas, los derechos son aplicables a sus violaciones abriéndose así la posibilidad de caracterizarlos como reglas¹⁰¹. Los principios regulativos conjugan así “el doble papel normativo del constitucionalismo, capaz de satisfacer las diferentes exigencias hechas valer por las dos diversas concepciones, la principalista y la garantista”¹⁰², al operar como argumentos de las motivaciones en la interpretación judicial o en la política legislativa y como reglas que se aplican o se actúan, según la normatividad fuerte que prohíba el garantismo.

En los planteamientos de Ferrajoli se alcanza a avizorar la dimensión individual del derecho a la paz y de algún modo también su dimensión social y colectiva, que

99 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., pp. 110-111.

100 L. FERRAJOLI, *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, cit., p. 68.

101 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 112.

102 *Ibid.*, p. 115.

comparte con los derechos al medio ambiente, a la información y a la autodeterminación¹⁰³, pero más allá de lo anotado resta agregar que la sola recepción constitucional de los derechos hace de ellos normas dotadas de alcance vinculante que “entran a formar parte del lenguaje y de la práctica jurídica”, así como a desempeñar un papel normativo dependiente de su interpretación, por cuya virtud, *exempli gratia*, el derecho a la felicidad, respecto del cual nuestro autor tiene reservas¹⁰⁴, podría recibir “a partir de los usos que de él puedan hacer los juristas y los jueces, un significado normativo”¹⁰⁵. Lo propio cabe afirmar de la paz que puede sumar significados, informar la actividad interpretativa, ser aplicado como regla y estar asistido por garantías primarias y secundarias, “además de por las respectivas funciones e instituciones de garantía”¹⁰⁶.

6. La extensión del constitucionalismo garantista al nivel internacional

La proyección del paradigma constitucional hacia el plano internacional es un proyecto destinado a hacer efectivos todos los derechos, a vincular a todos los poderes y a operar en todos los niveles. Aunque el constitucionalismo no queda confinado en los límites estatales, son disímiles los itinerarios seguidos en el orden interno y en el externo, como lo evidencian los diversos rumbos que ha tomado la noción de soberanía. Así, mientras que por obra del advenimiento del Estado constitucional de Derecho la soberanía interna se ha difuminado a causa de la inexistencia de poderes absolutos, internacionalmente no ha acontecido lo mismo, pese a que la organización política estatal se encuentra en el centro de los debates sobre las potestades soberanas.

En dirección opuesta a la recorrida en el nivel interno, la soberanía externa asistió a un proceso de absolutización que condujo a consolidar el Estado como entidad autosuficiente, autónoma y desligada del Derecho, situación que truncó la actuación del Derecho internacional como un ordenamiento supraestatal y configuró al Estado “como un sistema jurídico cerrado y autosuficiente”, lo que “se traduce en la libre competencia entre monopolios igualmente exclusivos, y por tanto en el dominio del más fuerte”¹⁰⁷, de tal modo que “la idea de un estado de naturaleza marcado por el

103 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 915.

104 L. FERRAJOLI, y J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 97.

105 L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 182.

106 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 217.

107 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., p. 143.

bellum omnium” ha revivido “en la sociedad salvaje de los Estados y en el conflicto, latente o explícito, que en la misma enfrenta a las grandes y pequeñas potencias como sujetos ilimitadamente soberanos”¹⁰⁸.

Por esta vía la comunidad internacional devino en una comunidad anárquica fundada “en autónomos pactos bilaterales *inter partes* y en prácticas consuetudinarias” y así se mantuvo hasta la primera mitad del siglo XX, cuando sobrevino su fracaso, sancionado por la Carta de la ONU de 1945 y por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 que tuvieron el potencial suficiente para variar “por lo menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil”, merced a la subordinación de los Estados al Derecho y a la conformación de un ordenamiento único integrado por el Derecho internacional y los diferentes Derechos estatales que ocuparon el lugar antes correspondiente con exclusividad a los tratados bilaterales *inter pares*¹⁰⁹.

En este orden de ideas, la singular etapa constituyente que transcurrió entre 1945 y 1949, además de las constituciones de Japón, Italia y Alemania, produjo la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que forman parte de una “embrionaria constitución del mundo”¹¹⁰, adicionalmente integrada por “los dos Pactos de derechos de 1966 y las distintas convenciones regionales, desde la europea a la de los Estados americanos y africanos” que, pese a su ineffectividad, “son Derecho vigente” que debe ser dotado de las garantías indispensables contra las violaciones jurídicas de los principios en ellas establecidos “como normas vinculantes de Derecho positivo”¹¹¹.

Ferrajoli considera que “la superación del estado de naturaleza ha sido teorizada solo con respecto al Estado, pero no a las relaciones entre los Estados, concebidos, en cambio, como sujetos soberanos entre sí en guerra virtual y permanente”¹¹², por lo que ahora más que nunca es necesaria “la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización”, lo cual se traduce en la “introducción de límites y vínculos en garantía de la paz y de los derechos humanos, frente a los poderes transnacionales, tanto públicos como privados”¹¹³.

108 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 939.

109 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., pp. 105-106.

110 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 70.

111 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 105-106.

112 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 42.

113 *Ibid.*, p. 43.

Esa esfera pública serviría a “una refundación de la democracia constitucional en el plano global” que no requeriría de la instauración de un gobierno que reproduzca la forma estatal a la manera de un “super-Estado mundial”, aun cuando sí de “la introducción de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas”, porque “las funciones y las instituciones de gobierno, al estar legitimadas por la representación política, es bueno que permanezcan lo más posible bajo la competencia de los Estados nacionales”, lo que no acontece con las funciones e instituciones de garantía, pues hallándose legitimadas “por la sujeción a la ley y a la universalidad de los derechos fundamentales y no por el consenso de las mayorías, no solo pueden, sino que en muchos casos deben ser introducidas a escala internacional”¹¹⁴.

Conforme se ha visto, una de las bases de las funciones e instituciones de garantía es el principio de la paz, incluido en la Carta de la ONU de 1945 como parte del nuevo orden internacional forjado por la política constituyente que, en ese entonces, se cumplió con la finalidad de rechazar decisivamente “los horrores del pasado”¹¹⁵, propósito complementado mediante la prohibición de la guerra para preservar a las generaciones futuras de ese flagelo que en dos ocasiones había azotado a la humanidad durante la primera mitad del siglo XX. De nuevo la paz aparece incorporada en la Declaración Universal de 1948 y, a su vez, los “pactos internacionales de 1966 y las diversas cartas regionales de derechos prometen paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales para todos los seres humanos”¹¹⁶.

El ordenamiento jurídico basado en estos documentos obedece a “un contrato social, internacional, histórico y no metafórico”, que sujeta a todos los Estados “como *pactum subiectiois* y no solo *associationis*” y tiene un carácter supranacional cuya razón social puede perfectamente identificarse con la garantía universal de la paz y de los derechos humanos¹¹⁷, por cuanto prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones interestatales y suprime el *ius ad bellum* que fue el principal atributo de la soberanía, de donde resulta que, junto con la paz, “la prohibición de la guerra representa la norma fundamental y, por decirlo así, constitutiva del actual Derecho internacional”¹¹⁸.

114 *Ibid.*, pp. 44-45.

115 *Ibid.*, p. 67.

116 *Ibid.*, p. 43.

117 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 479.

118 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., p. 364.

Al referirse a los fundamentos axiológicos de la prohibición de la guerra, Ferrajoli evoca a Kant, quien vio en la guerra la negación de la identidad de las personas que integran el pueblo, reducidas a la precaria condición de cosas instrumentalizadas para fines ajenos, principalmente por el Estado cuyo pretendido derecho a servirse de sus asociados en la guerra contra otros Estados cuestiona el filósofo, porque implica una indebida disposición del pueblo como si el Estado fuera su propietario indiscutible, ofende la dignidad de los ciudadanos llamados a las armas, hace que el pueblo pierda su soberanía y es signo inequívoco de un despotismo desconecedor de la democracia¹¹⁹.

Desde el punto de vista filosófico-político el rechazo de la guerra también se funda en su contradicción con “la propia razón de ser del Derecho y de las instituciones políticas, que es la tutela de la vida”, enfoque que la hace “asimilable a la pena de muerte, igualmente contradictoria del derecho a la vida que está en la base del pacto social y del papel del Derecho”, con el agravante de ser “infligida además a personas inocentes” e impuesta “sin culpas y sin proceso sobre todo a las poblaciones civiles”, motivos que equiparan la guerra a la ruptura del pacto de convivencia pacífica “estipulado mediante la Carta de la ONU y en relación con el que la misma aparece concebida como una subversión violenta”¹²⁰.

La guerra es “el principal crimen contra los pueblos” e implica la “disolución del ordenamiento internacional”¹²¹, razón por la cual su prohibición es norma constitutiva del ordenamiento internacional erigido ahora sobre la paz, que es un derecho “fundamental y fundante” perteneciente a los pueblos, “en un doble sentido: como derecho de los pueblos de los Estados agresores y como derecho de los pueblos agredidos”¹²².

Nótese que también en el plano del “constitucionalismo internacional”¹²³ la paz se ve amenazada por la guerra y por el desconocimiento de los derechos de libertad y sociales que mantienen con ella un vínculo inescindible, en cuanto su respeto y satisfacción es una de las condiciones de la convivencia pacífica, también desafiada hoy en día por la opresión y por la desigualdad que crece exponencialmente en el mundo, poniendo en entredicho la paz, “dado que un vacío semejante de Derecho

119 *Ibid.*, pp. 365-366.

120 *Ibid.*, pp. 367-368.

121 *Ibid.*, p. 369.

122 *Ibid.*, p. 364.

123 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 102.

público en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente, no es sostenible a largo plazo sin ir camino de un futuro de guerras y de violencias capaces de trastornar la existencia de nuestras democracias¹²⁴.

El agravamiento de la violencia y la desigualdad se presenta, paradójicamente, al mismo tiempo en que ha crecido en las democracias el reconocimiento de las garantías de la paz y de los derechos¹²⁵ que, sin embargo, en el orden internacional tienden a carecer de práctica eficacia, ya que el reconocimiento no está acompañado de las respectivas “leyes de actuación”, es decir, de “las garantías internacionales de los derechos proclamados”, lo cual equivale a la situación que se presentaría “si un ordenamiento estatal estuviese dotado únicamente de constitución, pero no de sus leyes de actuación, o sea, de códigos penales, tribunales, escuelas y hospitales”¹²⁶.

III. LA CRISIS, EL FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA PAZ

1. La crisis del constitucionalismo

La ausencia de garantías a la cual se acaba de hacer alusión es síntoma de una crisis del constitucionalismo que se presenta en el plano internacional y también en el ámbito nacional, porque en el actual contexto mundial el Estado asiste a la disolución de su ordenamiento jurídico interno “fundado en la unidad, la coherencia y la plenitud”, a causa de “la superposición de fuentes y de ordenamientos concurrentes” y de un “debilitamiento del constitucionalismo y del garantismo, provocado por la dislocación de poderes de gobierno hacia organismos supranacionales y aconstitucionales que de hecho deciden sin responsabilidad política y sin límites constitucionales”, todo lo cual aparece “el debilitamiento de las constituciones nacionales”¹²⁷.

Procesos “deconstituyentes” y surgimiento de “neoabsolutismos” confluyen en la actual situación crítica del constitucionalismo que se manifiesta en el progresivo decaimiento del paradigma forjado desde los inicios de la modernidad y en el retorno a los poderes salvajes, a la imposición de la ley del más fuerte y, en resumen, al estado de naturaleza premoderno y reñido con el Derecho. La crisis económica y el avance implacable del mercado de la mano del ideario neoliberal son las principales causas del desbarajuste que afecta a la democracia constitucional en todas sus dimensiones.

124 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 43.

125 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 104.

126 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 43.

127 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 93.

De acuerdo con el diagnóstico que hace Ferrajoli, la creciente deconstitucionalización trae su causa de la inversión de la relación entre política y economía, por cuenta de la cual “ya no tenemos el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política” a cargo de “las potencias del capital financiero” que imponen a los Estados la adopción de medidas “antidemocráticas y antisociales, en beneficio de intereses privados o especulativos”, sin que ahora resulte factible hacerles asumir cualquier tipo de responsabilidad¹²⁸.

Varias razones se conjugan para hacer posible la subordinación de la política y entre ellas se encuentran la “asimetría” generada por el carácter local de los poderes estatales y el global de los poderes económicos y financieros ejercidos al margen de límites y vínculos jurídicos¹²⁹, el influjo de la ideología neoliberal que presta su apoyo a la primacía de la economía haciendo pasar la *lex mercatoria* como una necesidad natural y fundamentadora de una ciencia económica “dotada de la misma objetividad empírica de las ciencias físicas”, así como de la tecnocracia que avasalla a la política¹³⁰ y, por último, la confusión entre poderes políticos y económicos causante del estrecho ligamen que junta la política y el dinero hasta dar vida “a una suerte de *infra*-Estado oculto y paralelo, dedicado a la apropiación privada de la cosa pública”¹³¹.

1.1. La crisis de la dimensión formal de la democracia constitucional y del Estado de Derecho

La dimensión formal de la democracia constitucional recibe el primer impacto de la crisis, pues los órganos electivos adoptan medidas “antisociales, en perjuicio del trabajo y de los derechos sociales” y lo hacen por imposiciones de los mercados orientadas a favorecer los intereses de grupos privados que terminan reportando beneficios derivados de la especulación financiera y “de la apropiación de los bienes comunes y vitales” a costa de una política cada vez más desprestigiada y alejada de las necesidades de la población que, con frecuencia, protesta y da vida a manifestaciones de rebeldía protagonizadas especialmente por las capas jóvenes¹³².

128 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 137.

129 *Ibid.*, p. 137.

130 *Ibid.*, p. 138.

131 *Ibid.*, p. 140.

132 *Ibid.*, p. 143.

Las repercusiones de la crisis también alcanzan al Estado de Derecho, nacido y desarrollado teniendo por referente a los poderes estatales, mas no a los poderes supraestatales y privados que hoy lo tienen en jaque y postrado, dada su incapacidad de dar respuesta a los desafíos planteados por los poderes globales que, además, promueven el desmantelamiento de los poderes públicos, ya sea mediante la violación de la constitución o mediante el impulso de reformas destinadas desvirtuar los límites, vínculos y controles establecidos. En el orden del día también se encuentra la exacerbación de la omnipotencia de las mayorías, por lo general alineadas para dar expresión a la confusión de los poderes económicos y políticos, cuya concentración produce la desaparición de los límites “al ejercicio de los derechos-poder del mercado”¹³³.

La crisis lo es, en sí, del Estado moderno y genera el rompimiento del “doble nexo entre democracia y pueblo y entre poder y Derecho, tradicionalmente mediado por la representación política y por la primacía de la ley producida por instituciones representativas”, lo que “equivale al declive de la esfera política y del Estado nacional”, sustituido en su soberanía externa por una suerte de invisible y tácita soberanía de los mercados, libres de los límites y de las políticas de intervención de los Estados¹³⁴.

Con este trasfondo Ferrajoli hace ver de qué manera sedes supraestatales se han hecho cargo de funciones referentes a la defensa militar, al gobierno de la economía, a la política monetaria o a la lucha contra la gran criminalidad que antes habían asumido los Estados, muchos de los cuales hoy pretenden “subsumir en su interior, de manera forzosa, pueblos y naciones, negando sus diferencias y sus identidades comunes”, de tal manera que, además de ser incapaces, los Estados se constituyen en obstáculos “para desarrollar las dos principales funciones que cumplieron en el pasado: la unificación nacional y la pacificación interna”¹³⁵.

Al agravamiento de la crisis contribuye la pérdida de la “memoria de los ‘nunca más’ opuestos a los horrores del pasado”, la renuencia de la política que no ha aceptado “del todo esta sujeción al Derecho” y la reticencia de la economía a ser gobernada “por parte de la política”, factores todos demostrativos de la “divergencia entre el proyecto constitucional y el ejercicio de los poderes políticos y económicos, uno como ‘deber ser’ del otro” y de la magnitud de una contradicción que ha afianzado

133 *Ibid.*, p. 144.

134 *Ibid.*, pp. 144-145.

135 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 91-92.

“la primacía de la *lex mercatoria* como verdadera, rígida norma fundamental del nuevo orden global, más que todas las cartas constitucionales”¹³⁶.

Por obra de la globalización desprovista de un Derecho público que la regule se ha impuesto el predominio del Derecho privado que, entre otras cosas, inhibe la intervención estatal en la economía, reduce la esfera pública de los Estados, recorta los gastos sociales y, en perjuicio de la representación política y de los contenidos vinculantes de las constituciones, traslada “los poderes políticos y económicos fuera de las fronteras nacionales”, con notable detrimento del Estado de Derecho y de las formas democráticas, ahora limitadas “a las competiciones electorales para la investidura de un jefe”¹³⁷.

A su vez, la desmovilización social de los partidos les ha privado de su calidad de titulares de las funciones de dirección política y ha acentuado la primacía del poder económico que prohija “reglas y políticas antisociales legitimadas por las leyes del mercado no obstante su incompatibilidad con los límites y vínculos constitucionales”¹³⁸, ahora desatendidos por gobiernos de tendencia autocrática que, doblegados a los intereses del mercado, promueven la subordinación del parlamento, para facilitar la adopción de decisiones ágiles contentivas de las políticas antisociales a las cuales, incluso, buscan proveer de bases constitucionales, profundizando el desgaste de la dimensión sustancial de la democracia, así como del paradigma constitucional y de su legalidad “vista por el sistema político como un obstáculo al decisionismo gubernativo”¹³⁹.

1.2. La crisis de la dimensión sustancial de la democracia constitucional

El proceso deconstituyente llega así a la dimensión sustancial de la democracia cuya disolución tiene su origen en gobierno de poderes extraestatales integrados “por sujetos que no nos representan” y en el predominio de la economía que estimula el relajamiento de los vínculos legales y constitucionales que antes sujetaban a la política. El resultado de todo esto es la franca desaparición de la constitución y de sus promesas, destinadas a sucumbir ante la potenciación de la investidura popular como fuente exclusiva de legitimación, con el consecuente incremento del influjo de la mayoría, capaz de dar al traste con los principios y derechos fundamentales¹⁴⁰.

136 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., pp. 16-17.

137 *Ibid.*, p. 18.

138 *Ibid.*, p. 19.

139 *Ibid.*, p. 43.

140 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 150.

De la indicada manera el ataque a la constitución se convierte en una lucha contra el constitucionalismo que, en países como Italia, ha llevado al “rechazo del complejo de reglas y controles, de separaciones y contrapesos, de garantías de los derechos fundamentales y de funciones e instituciones de garantía que integran la sustancia del paradigma constitucional”¹⁴¹. El arrollador avance de la economía ha afectado al trabajo y a los derechos de los trabajadores, objetos de supuestas reformas que precarizan las condiciones laborales en beneficio del acomodamiento de las políticas públicas a la voracidad de un mercado sin reglas, que también ha hecho de los derechos sociales el terreno de la agresión antisocial manifiesta en los recortes del gasto público destinado a la escuela, la salud, la previsión social “y otras formas de asistencia”¹⁴².

La decadencia de los países y el aumento de la desigualdad son las consecuencias de la deconstitucionalización que, a su turno, conduce al debilitamiento de la cohesión social, ya que “el desmantelamiento del Estado social demuele el presupuesto político y social de la democracia que es la igualdad en los derechos fundamentales”, de la cual “dependen la percepción de los demás como iguales y el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad en la que el futuro de cada uno no está determinado inexorablemente por el nacimiento y por el censo de la propia familia”¹⁴³.

1.3. La crisis del constitucionalismo internacional

1.3.1. La relegitimación de la guerra

La crisis también afecta al constitucionalismo internacional, por la ya anotada falta de garantías, por el carácter determinante del mercado y por el franco desafío que a sus previsiones plantean las intervenciones armadas promovidas por algunas de las grandes potencias mundiales que, so pretexto de combatir el terrorismo y de asegurar la democracia, han alentado la guerra confiriéndole el calificativo de “justa” y presentándola como sujeta al Derecho.

El libro *Razones jurídicas del pacifismo* recoge los estudios en los que Ferrajoli analiza la primera guerra del golfo, la intervención de la OTAN en los Balcanes, el ataque a Afganistán y la invasión de Irak, cuyas connotaciones e incidencias le permiten concluir que la legitimidad o la justicia de la guerra esgrimidas como sus razones justificativas no deben confundirse con la cuestión jurídica atinente a la

141 *Ibid.*, p. 153.

142 *Ibid.*, p. 154.

143 *Ibid.*, p. 155.

legalidad, perspectiva desde la cual la guerra no puede ser estimada legal, puesto que contradice abiertamente el Derecho que, siendo instrumento de paz, resulta negado por las acciones bélicas¹⁴⁴.

Señala el profesor italiano que la doctrina de la guerra justa tenía el propósito de limitar el Derecho de guerra, que era absoluto, haciendo ver que había guerras injustas y que hoy tal doctrina no puede aducirse, porque las guerras contemporáneas difieren de las tradicionales en las que dos bandos se enfrentaban en un campo de batalla y, sobre todo, debido a que la Carta de la ONU excluyó la guerra suprimiéndole así cualquier base jurídica y poniendo en crisis las justificaciones basadas en la justicia.

Prohibida la guerra, el principio de paz “se transforma en derecho cierto y vigente, anclado en normas positivas y sustraído a la opinión”¹⁴⁵, de modo que solo se permitiría a un Estado agredido acudir a la legítima defensa o, de otra parte, procurar el empleo legítimo de la fuerza, es decir, un uso “regulado y controlado”, atento a “sus formas, sus garantías y procedimientos”, en lugar de su manejo “desmesurado e incontrolado, dirigido al aniquilamiento del adversario”¹⁴⁶ y propio de la guerra que regresa a la humanidad al estado salvaje, prejurídico y carente de reglas, en suma, a la negación del Derecho.

La guerra adelantada en nombre de los derechos humanos implica, por lo tanto, una contrariedad en los términos, ya que “expresa una absurda contradicción entre derechos y Derecho”¹⁴⁷, a más de lo cual tampoco cabe asumirla como instrumento del orden, pues la devastación que produce acaba con la vida de civiles inocentes, inutiliza la infraestructura necesaria para la satisfacción de los derechos y tiende a prolongar indefinidamente los efectos nocivos y la guerra misma que desata la reacción y la sed de venganza de quienes se sienten atacados, volviéndose permanente.

El vacío de Derecho público patente en el plano internacional coadyuva el desconocimiento de la ONU y la violación de su Carta y al mismo tiempo favorece el ejercicio arbitrario del poder por parte de las grandes potencias y de organizaciones como la OTAN, cuya intervención en los Balcanes “supuso, de hecho, una suerte de golpe de Estado internacional, dirigido a sustituir a la ONU por la OTAN como garante del orden mundial y a relegitimar la guerra como instrumento de solución de los conflictos internacionales”¹⁴⁸.

144 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit.

145 *Ibid.*, p. 32.

146 *Ibid.*, p. 33.

147 *Ibid.*, p. 45.

148 *Ibid.*, p. 48.

1.3.2. El vacío de Derecho público y el predominio del mercado

En el nivel global el vacío de Derecho público también favorece el predominio del mercado, generador de “un Derecho de producción contractual, que inevitablemente refleja la ley del más fuerte”¹⁴⁹ y opaca a la constitución embrionaria del mundo conformada por libertades fundamentales y derechos sociales, que lamentablemente carecen de las normas e instituciones de garantía internacionales, en cuyo lugar se ha instaurado una imbricada y confusa red de ordenamientos de diverso signo, “según los rasgos premodernos del particularismo jurídico” que impide la consolidación de límites efectivos a los poderes económicos y financieros¹⁵⁰.

Tal concurrencia de ordenamientos le entrega a las empresas el dominio suficiente para poner a competir a los Estados en el ofrecimiento de las mejores condiciones para invertir, condiciones que básicamente consisten en el desmantelamiento de los derechos de los trabajadores que, entre más profundo sea, mejor cumple las expectativas empresariales de obtener pingües ganancias gracias a la explotación del trabajo “con bajos salarios” y también a “la menor protección al medio ambiente” y a “la mayor posibilidad de corromper a las fuerzas de gobiernos locales”¹⁵¹.

1.3.3. Las emergencias planetarias, la vulneración de los derechos humanos y la desigualdad

La economía, la política y el Derecho están atravesados por emergencias de proyección planetaria. A la emergencia que compromete a la democracia en sus dimensiones formal y sustancial, siguen la emergencia social y humanitaria causada por “el hambre, la sed, las enfermedades incurables y el analfabetismo”¹⁵², la emergencia ambiental originada por el “desarrollo insostenible” y desregulado¹⁵³, la emergencia nuclear, presente hoy “bajo formas más amenazantes”¹⁵⁴ y la emergencia criminal que “agrava todas las demás” e involucra aún a los poderes legales, en una mezcla fatídica desenvuelta mediante la corrupción y la intimidación indispensables

149 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 162.

150 *Ibid.*, p. 163.

151 *Ibid.*, p. 164.

152 *Ibid.*, p. 166.

153 *Ibid.*, p. 167.

154 *Ibid.*, p. 168.

para asentar la “economía criminal de las mafias, crecida enormemente en sus dimensiones hasta llegar a ser uno de los factores más florecientes y ramificados de la economía internacional”¹⁵⁵.

A las emergencias enunciadas siguen “las violaciones de todos los derechos de miles de millones de seres humanos” y el aumento de las desigualdades entre las personas y entre las economías de los países¹⁵⁶. El crecimiento exponencial de la desigualdad instala la miseria en los países pobres y empuja a sus habitantes a huir a los países de mayor desarrollo en búsqueda de oportunidades, arrojándoles a la aventura trágica, a las consecuencias del racismo excluyente y a la marginalidad social y jurídica productora de la detestable figura de “las personas ilegales”, a las que se les cercenan sus derechos y se les priva de toda protección legal, condenándolas al confinamiento, a la expulsión o al cierre de las fronteras, dentro de las cuales solo los ciudadanos o los nacionales pueden aspirar a tener derechos y a acceder a garantías¹⁵⁷.

La consecuencia del panorama trazado no puede ser otra que “la erosión de las bases sociales de la democracia y de la paz, formadas, en última instancia, por la igualdad en los derechos fundamentales”¹⁵⁸. La promesa de paz parece lejana, porque la obsecuencia de una política puesta al servicio de los intereses de los más poderosos hace de los Estados que conforman la llamada sociedad internacional unos competidores en los escenarios de guerra, que reinstalan el estado de naturaleza caracterizado por la superposición de poderes globales, a empezar por los del mercado, cuyas leyes “pueden llamarse ‘naturales’, en el sentido del estado de naturaleza en el que prevalecen los intereses de los más fuertes”¹⁵⁹.

Ferrajoli sostiene que se requiere una recomposición del orden internacional, para que además de los problemas suscitados por la guerra sean atendidos los surgidos “del hambre, la miseria, las enfermedades y la destrucción del ambiente, generados por una globalización sin reglas”, lo que le lleva a preguntar “si la aspiración a la paz y a la seguridad es realista” cuando 800 millones de personas que conforman un sexto de la humanidad “posee el 83%, es decir, cinco sextos de la renta mundial; al tiempo que la desigualdad de riqueza entre países pobres y ricos jamás ha alcanzado formas tan escandalosas y visibles” al

155 *Ibid.*

156 *Ibid.*, p. 169.

157 *Ibid.*, p. 165.

158 *Ibid.*, p. 169.

159 *Ibid.*, p. 163.

punto que “las desigualdades van camino de ser de 1 a 100 en nuestros días”, con el peligro de volverse explosivas y de arriesgar la paz, la seguridad y la democracia¹⁶⁰.

2. *El futuro del constitucionalismo y la paz*

Ante este escenario tan desalentador y habida cuenta de que en el plano internacional el embrión de una constitución “ha sido introducido ya positivamente por un conjunto de cartas internacionales”, Ferrajoli argumenta que se deben diseñar “las grandes líneas de un constitucionalismo global”, que “hoy vienen impuestas a la ONU como razón social de su estatuto, por el papel garante de la paz y de los derechos humanos que tiene encomendado”¹⁶¹.

Aunque la globalización se halla en la raíz de la crisis del constitucionalismo, no deja de ser cierto que gracias a ella y a la interdependencia de las comunicaciones actualmente resulta factible “la perspectiva de un constitucionalismo mundial” que, más allá de posible, puede transformarse en una urgencia inevitable, “si queremos impedir un futuro de guerras, de violencias, de devastaciones humanas y ambientales, de fundamentalismos y de conflictos inter-étnicos”¹⁶².

2.1. Un nuevo cambio de paradigma

La paz y la habitabilidad del planeta están amenazadas por una crisis reveladora de “la incompatibilidad del capitalismo sin reglas con las condiciones más elementales de la convivencia civil”, lo que torna indispensable avanzar hacia “un tercer cambio de paradigma del Derecho, de la política y de la economía y una tercera etapa en el desarrollo de la modernidad”, de tal modo que al paradigma legislativo propio del nacimiento del Estado nacional y al paradigma constitucional surgido durante la segunda posguerra mundial les suceda un constitucionalismo global “capaz de rehabilitar el papel de gobierno de la política y el de garantía del Derecho”¹⁶³.

Sustraído “de su origen estatalista y de su tradición estatocéntrica”, el constitucionalismo se presenta hoy como el más importante legado del siglo XX (p. 172),

160 L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 63.

161 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit., p. 507.

162 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., p. 59.

163 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 171.

pues “ofrece a la política el horizonte y la técnica para proyectar el futuro” sobre la base del reconocimiento de los derechos de libertad y los derechos sociales en documentos internacionales. Ese reconocimiento debe complementarse “exigiendo a los Estados y a la comunidad internacional la no violación de los primeros y la satisfacción de los segundos”, esto es, la observancia de las prohibiciones y de los límites que el garantismo busca extender a “los múltiples poderes políticos, económicos y financieros que actualmente devastan la escena mundial”¹⁶⁴.

La propuesta del paradigma constitucional garantista tiene así la ventaja de incorporar la tutela de todos los derechos fundamentales, cuenta con la fuerza normativa apta para lidiar “con la jungla de los viejos y nuevos poderes”¹⁶⁵, trata con el derecho ilegítimo, entendiendo como “debidas las tutelas de los derechos establecidas por las múltiples cartas supranacionales” y como violaciones las antinomias y “las lagunas de garantía responsables de su ineffectividad”, a lo que suma el hecho de confiar a la política la actuación de los principios y derechos, “a través de la construcción del complejo sistema de funciones e instituciones de garantía”¹⁶⁶.

El paso hacia un constitucionalismo global “comporta un itinerario inverso al seguido por los Estados nacionales”, toda vez que ya no se trata de que el constitucionalismo perfeccione el modelo de Estado legislativo de Derecho, sino de que las promesas “expresadas por las diversas cartas internacionales de las que ya dispone el Derecho supranacional” cuenten con las respectivas leyes de actuación¹⁶⁷, predicado del cual se desprende que en el plano supranacional, más que la reproducción del Estado bajo la forma de un super-Estado mundial, lo requerido es “la introducción de las garantías adecuadas para tales derechos” que colmen “la ausencia de una esfera pública global”¹⁶⁸.

A juicio de Ferrajoli, las funciones de gobierno, en virtud de su alineación con la esfera de lo decidible y, por lo tanto, con el ejercicio de actividades discrecionales y de opción política, obtienen su legitimidad de su representatividad y de su consecuente cercanía con el cuerpo electoral, lo que aconseja dejarlas a cargo de los Estados nacionales “y confiadas a las formas de la democracia política”. Estas razones

164 *Ibid.*, p. 174.

165 *Ibid.*, p. 175.

166 *Ibid.*

167 *Ibid.*, pp. 177-178.

168 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, cit.*, p. 532.

no son tan acuciantes en el plano internacional y tampoco respecto de las funciones e instituciones de garantía, cuya relación con la esfera de lo no decidible les confiere una legitimidad diferente de la fundada en la representatividad e impone su separación de las funciones de gobierno, a fin de posibilitar la intervención imparcial y fundada en el Derecho, aun en contra de las mayorías y de los Estados¹⁶⁹.

2.2. Garantías y constitucionalismo global

Tratándose de la paz, Ferrajoli ha planteado que en atención a las líneas del constitucionalismo global impuestas a la ONU, cuya rehabilitación es necesaria, se deberían contemplar tres garantías primarias, a saber: (i) el monopolio jurídico de la fuerza correspondiente a sus órganos, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional, (ii) la progresiva prohibición de la producción y el comercio de armas, junto con la superación gradual de los ejércitos nacionales y (iii) la construcción de una esfera pública internacional destinada a “reducir las crecientes desigualdades entre países ricos y pobres y las graves violaciones de los derechos humanos que constituyen la principal amenaza para la paz”¹⁷⁰.

La contrapartida de la prohibición de la guerra es el monopolio internacional de la fuerza reservado a las Naciones Unidas para garantizar su ejercicio ajustado al Derecho, posible en los casos de legítima defensa y en las acciones de policía, únicas hipótesis autorizadas por la Carta de la ONU que, adicionalmente, responden a la distinción entre la guerra y el uso legítimo de la fuerza. Esta primera garantía “supone la introducción de la segunda”, consistente en “el progresivo desarme generalizado a través de rígidas convenciones internacionales sobre la prohibición de la producción, comercio y tenencia de armas no destinadas al ejercicio de funciones de policía”¹⁷¹.

A juicio de Ferrajoli las armas, “destinadas en todo caso a matar, deberían ser consideradas finalmente *bienes ilícitos*” y “como tales expulsadas de la convivencia social”, medida que especialmente tendría que recaer sobre aquellas “cuyo uso bélico está prohibido desde hace tiempo por las Convenciones de Ginebra”, también sobre los armamentos “que no sean del todo pertinentes para la lucha contra el terrorismo y la criminalidad y, por último, sobre las asignadas a usos y a sujetos privados. El monopolio de las armas correspondería a las instituciones de policía, lo que, a su turno,

169 *Ibid.*, pp. 532-533.

170 L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia, cit.*, p. 507.

171 *Ibid.*, p. 508.

implicaría “una reconversión y una transformación gradual de los ejércitos en fuerzas armadas de policía”, medida conveniente, ya que “los ejércitos han representado siempre un peligro permanente para la paz y para la democracia, a causa de la falta de disposición de los aparatos militares a permanecer largo tiempo inutilizados”¹⁷².

Finalmente, la ya comentada “construcción de una esfera pública internacional apta para garantizar los derechos vitales de todos” es la tercera garantía de la paz, dado el “nexo de implicación entre paz y seguridad, de un lado, y desarrollo económico y social, pleno empleo y garantía de los derechos humanos, del otro”. Este nexo debería ser tomado en serio, ante todo por las grandes potencias, “en la conciencia de que el mundo está unido no solo por el mercado global sino también por el carácter global e indivisible de la paz, la seguridad, la democracia y los derechos fundamentales”, actualmente amenazados a causa de la inexistencia de esa esfera capaz de responder a los poderes públicos y privados transnacionales, “cada vez más agresivos y desregulados”¹⁷³.

Pero las garantías no son únicamente las que atañen a los crímenes contra la humanidad, pues en el orden internacional también se requieren las destinadas a prevenir y sancionar las devastaciones ambientales o a “asegurar a todos la distribución del agua, de la alimentación básica y de los medicamentos esenciales”¹⁷⁴ y, en general, los derechos humanos, finalidades que tornan apremiante la introducción o la reforma de instituciones de garantía primaria, entre las que se cuentan “las actuales instituciones internacionales de gobierno de la economía”, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio, dirigiéndolas al desarrollo económico de los países pobres, fin opuesto al que hoy persiguen¹⁷⁵.

De otra parte, el hambre y la miseria urgen la organización de las instituciones orientadas “a la satisfacción de los derechos sociales previstos en los Pactos de 1966”, lo que exige dotar a la FAO y a la Organización Mundial de la Salud “de los medios y poderes necesarios para las funciones de erogación de las prestaciones alimenticias y sanitarias” y, así mismo, tendrían que ser instituidas otras que se encargaran de la “protección del medio ambiente, la garantía de la instrucción, de la vivienda y de otros derechos vitales”¹⁷⁶. En lo concerniente a las instituciones de garantía secun-

172 *Ibid.*, p. 509.

173 *Ibid.*, pp. 511-512.

174 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., p. 320.

175 *Ibid.*, p. 321.

176 *Ibid.*

daria, deberían crearse “jurisdicciones capaces de reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias”, dirección en la cual se reporta “la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad”¹⁷⁷.

2.3. Constitucionalismo global, ciudadanía y costo de los derechos sociales

El constitucionalismo fuerte demanda tomar los derechos en serio y avanzar en el sentido de su globalización, idea que armoniza con el carácter universal destacado en su definición y con la igualdad en la titularidad asegurada a todos. Esa apuesta radical conduciría a “tener el coraje” de desvincular los derechos fundamentales de la noción de ciudadanía que, sobre todo en los países ricos, impone una talanquera infranqueable y premoderna que confiere a los nacionales un privilegio de estatus y, a la vez, discrimina, estigmatiza y priva de los derechos a una gran parte de la humanidad, ya aquejada por el hambre y la carencia de oportunidades¹⁷⁸.

Además, debe repararse en que la apuesta incluye a la totalidad de los derechos fundamentales y, en particular a los sociales, en contra de cuya implementación suele aducirse que su elevado costo frena el desarrollo económico. A esta crítica Ferrajoli ha contestado que “las instituciones políticas, comenzando por el Estado no son sociedades comerciales con fines de lucro”, destinadas a asegurar el crecimiento económico y la producción de riqueza, puesto que sus fines y razón social “son los establecidos en esos pactos de convivencia que son las cartas constitucionales, estatales e internacionales: la garantía de la paz y de los derechos constitucionalmente establecidos” que, en todo caso, cuestan mucho menos de lo que valen sus violaciones e inobservancias, pues su adecuada satisfacción es factor de desarrollo, de bienestar y de mejoras productivas, en la medida en que sirven para promover las capacidades de las personas¹⁷⁹.

2.4. La ampliación del paradigma constitucional garantista

Las garantías de la paz y de los derechos que se han enunciado también comprometen a los Estados que deberían implementarlas en su seno, como propósito relevante de un constitucionalismo que “tiene futuro solo si se extiende más allá del Estado”¹⁸⁰. Ante los procesos “deconstituyentes” en curso y ante la crisis del orden

177 *Ibid.*, p. 320.

178 *Ibid.*, pp. 38-39.

179 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 323-324.

180 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 25.

jurídico presidido por las constituciones, Ferrajoli se pregunta si tendríamos que resignarnos al “desmoronamiento tanto de la democracia como del Estado de Derecho a consecuencia del desmoronamiento del Estado nacional” o si podría haber “un proceso de refundación de las formas de uno y otro”¹⁸¹.

La respuesta que el jurista italiano da a sus propios interrogantes es clara: únicamente “la construcción de una esfera pública a la altura de los poderes supranacionales –la constitucionalización, en síntesis, de la globalización y, cuando menos, de la Unión Europea– puede restituir a la política un papel de gobierno de la economía y de las finanzas y al Derecho el papel de garantía de los derechos sociales y del trabajo”¹⁸².

En resumidas cuentas, la ampliación del paradigma del Estado constitucional ha de darse en extensión e intensidad. En sentido extensional implica la cobertura de todos los poderes “públicos y privados desarrollados fuera de la esfera de los poderes estatales”, lo cual se traduce en la “constitucionalización tanto del Derecho internacional como del Derecho privado y comercial”. En sentido “intensional” comporta, de un lado, la “refundación de la dimensión formal de la democracia representativa, a través de la rehabilitación de la política y la reestructuración de la esfera pública” que, en garantía de los derechos políticos y civiles, requiere de un sistema de separación de poderes “que vaya más allá de la clásica tripartición de Montesquieu” y, del otro, el aseguramiento de los derechos y, por lo tanto, “el desarrollo de la dimensión sustancial de la democracia constitucional, ‘a través de las garantías primarias y secundarias de todos los derechos fundamentales’ con base en el modelo garantista”¹⁸³.

Así pues, el paradigma de la democracia constitucional debería ser ampliado (i) “en garantía de todos los derechos fundamentales, sean de libertad o sociales, (ii) frente a todos los poderes, públicos y privados, (iii) en garantía de los bienes comunes y fundamentales como el aire, el medio ambiente o el agua y lo anterior ‘a todos los niveles, no solo al de los ordenamientos estatales sino también en el plano del Derecho internacional’”¹⁸⁴. Estas proyecciones darían lugar a la articulación y evolución “hacia un constitucionalismo social, como complemento del constitucionalismo liberal, hacia un constitucionalismo de Derecho privado como complemento del constitucionalismo de Derecho público” y “hacia un constitucionalismo

181 *Ibid.*, p. 41.

182 *Ibid.*, p. 47.

183 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 176.

184 *Ibid.*, p. 26.

internacional, como complemento del constitucionalismo estatal”¹⁸⁵ (porque “la misma democracia constitucional de los Estados miembros solo podrá sobrevivir si su paradigma llega a afirmarse y desarrollarse a escala supraestatal”¹⁸⁶).

2.5. El constitucionalismo garantista como proyecto y el papel de la ciencia jurídica

Atendidos los precedentes planteamientos el constitucionalismo garantista se afirma como un proyecto desarrollable a partir de la efectividad de sus garantías, pero habida cuenta de que siempre media una distancia entre el modelo normativo propuesto y su eficacia práctica, hay que convenir en que, dependiendo de su efectividad, “solo cabe hablar de un grado mayor o menor de garantismo y, así, de democracia”¹⁸⁷. Ese grado de imperfección no puede confundirse con irrealidad o imposibilidad, ya que aun cuando sea “políticamente improbable la perspectiva de una refundación de la democracia y del Estado de Derecho a la altura de los desafíos actuales”, esto no significa que tal perspectiva sea “teóricamente imposible”, ni que se deba descalificar como irrealista o utópico “lo que simplemente contrasta con los intereses y con la voluntad de los más fuertes”¹⁸⁸.

Aunque la divergencia entre normatividad y efectividad siempre existe, lo cierto es que transcurre dentro de ciertos límites por fuera de los cuales “puede convertirse en patológica” y abrir paso a la crisis o a la ruptura que es el riesgo enfrentado por las democracias actuales, a causa de “dos fenómenos convergentes” en los que Ferrajoli resume la situación: la rampante ilegalidad “en el ejercicio de los propios poderes públicos”, muchas veces contrario a las garantías al punto de producir antinomias, y el defecto de legalidad “que se expresa en la ausencia de garantías y con ello en la existencia de lagunas”¹⁸⁹.

Ferrajoli estima que aun cuando se ha argumentado que la incoherencia y la falta de plenitud del ordenamiento, respectivamente creados por las antinomias y las lagunas, son “vicios insuprimibles en el Estado constitucional de Derecho”, es importante precisar que, sin descontar las condiciones capaces de tornarlos patoló-

185 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 35-36.

186 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, cit., p. 47.

187 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 135.

188 L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., p. 318.

189 L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, cit., p. 135.

gicos, ha de tenerse en cuenta que su posibilidad es uno de los rasgos distintivos del Estado democrático de Derecho que excluye la legitimación absoluta y tiene espacio para el derecho ilegítimo y para “la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales”¹⁹⁰.

En este contexto nuestro autor destaca que la legalidad compleja y los vicios unidos a ella le otorgan a la ciencia del Derecho “un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto”, asignándole la tarea “científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantías aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección”. La incoherencia, entonces, le confía a la ciencia jurídica “un papel crítico frente al Derecho vigente”, mientras que la falta de plenitud le confiere “un papel de diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes”¹⁹¹.

IV. CONCLUSIONES

Ferrajoli le reconoce a la paz un alto grado de relevancia al considerarla como finalidad del Estado, del Derecho y de las constituciones actuales, más aún al erigirla en norma constitutiva del orden jurídico o al tenerla como uno de los fundamentos del conjunto de los derechos fundamentales, en la medida en que es un criterio axiológico indicativo de cuáles deberían ser esos derechos, junto con la igualdad, la democracia y la protección del más débil, criterios adicionales con los cuales la paz mantiene recíprocas relaciones.

La perspectiva de la que Ferrajoli se sirve para otorgarle a la paz tan señalado papel es de índole positivista, en primer término, porque el autor descarta la matriz iusnaturalista propia de los ordenamientos premodernos y, en segundo lugar, debido a que adscribe sus planteamientos en un renovado marco iuspositivista destinado a superar y perfeccionar un primer positivismo de talante legislativo, en el que el Derecho estaba subordinado a la política y, por consiguiente, a las mayorías legislativas. En materia de paz la raigambre positivista del modelo ferrajoliano ejerce gran influencia, ya que el Estado y el Derecho no forman parte de un orden natural inamovible y mixtificado, sino que son mecanismos de creación humana,

190 L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley demás débil*, cit., p. 28.

191 *Ibid.*, pp. 28-29.

puestos al servicio de las personas y de especiales propósitos como la convivencia y la paz.

En la base de las concepciones de Ferrajoli está situada una visión pesimista sobre el poder que, por lo tanto, debe estar sometido a límites y vínculos. En tal sentido el paradigma constitucional surgido en la etapa posterior a la segunda guerra mundial torna obligatorios los principios y derechos fundamentales de tal modo que limitan y vinculan aun a las mayorías contingentes, de cuyo arbitrio están excluidos, conformando una esfera sustancial e indecible que no debe ser derogada ni incumplida y de la cual hace parte la paz.

La obligación de no interferencia es propia de los derechos de libertad, mientras que la vinculación positiva caracteriza a los derechos sociales, cuya satisfacción exige intervenir y actuar. La violación de los derechos genera antinomias y lagunas que deben ser objeto de sanción y de reparación. En este orden de ideas, las obligaciones y los vínculos requieren de garantías que provean a la previsión y aseguramiento de los principios y de los derechos fundamentales, así como a tratar con su incumplimiento, es decir, con las antinomias y las lagunas.

El autor promueve un constitucionalismo fuerte, cuya centralidad es de tal índole que Ferrajoli propone la ampliación del paradigma constitucional, para que también abarque a los poderes privados, a los derechos sociales y al nivel internacional, de manera que haya un constitucionalismo de Derecho privado, complementario del constitucionalismo de Derecho público, un constitucionalismo liberal, complementado por un constitucionalismo social, un constitucionalismo estatal y otro global que lo complemente, debiéndose destacar que en todas las facetas del constitucionalismo, la paz funge como norma constitutiva.

La tendencia del pacifismo jurídico a operar solo en el plano internacional queda así desvirtuada, pues el constitucionalismo es de base estatal y a partir de su evolución en el ámbito interno, Ferrajoli propugna un constitucionalismo global de urgente implementación, dado que en el nivel internacional faltan las garantías de la paz y de los derechos humanos o las que hay son ineficaces, por lo cual es indispensable reactivarlas en el tiempo presente.

En el ámbito supraestatal la ineficacia de las garantías y su ausencia le han abierto el paso a un vacío de Derecho público aprovechado por el mercado que, inspirado en la filosofía económica neoliberal, ha impuesto la ley del más fuerte y ha doblegado a los Estados a la dinámica perversa e insaciable de un mercado desregulado en detrimento de la igualdad, del Estado social de Derecho y, sobre todo, de los derechos sociales, afectando así las condiciones de la convivencia y de la paz, ligadas a los derechos y a la efectividad de sus garantías.

Nuestro autor ha predicado la radical oposición entre el Derecho, cuya esencia es la paz, y la guerra que es la negación del Derecho y, por lo mismo, de la paz. El uso de la fuerza queda reducido, entonces, al espacio de lo defensivo y aun allí ha de estar sometido a los estrictos controles ejercidos sobre las medidas excepcionales que tendrían que implementarse, junto con garantías tales como el monopolio jurídico de la fuerza necesaria para mantener la paz, la prohibición de las armas tenidas por bienes ilícitos, la paulatina desaparición de los ejércitos y por la construcción de una esfera pública global que apuntale todo esto y potencie las funciones de garantía que en el orden internacional son lo más importante, por cuanto las de gobierno, dada su connotación más política y su carácter representativo, es mejor dejarlas a los Estados, más cercanos a las personas y a la idea de representación, planteamiento este último que separa a Ferrajoli de las tendencias del pacifismo jurídico que claman por un gobierno mundial o un super-Estado.

En lo anterior se alcanza a advertir una comprensión de la paz como expectativa del no uso desregulado de la fuerza que en vía primaria se garantiza por la prohibición y en vía secundaria por la obligación consistente en usar la fuerza solo de la manera normativamente dispuesta. Sin embargo, no cabe absolutizar este entendimiento de la paz asumiéndolo como el único postulado por Ferrajoli, ya que en su caso la paz es de más amplio espectro, como que el pacifismo ferrajoliano promueve la protección internacional de los derechos humanos, incluidos los sociales, extendiéndose a otras materias como la lucha contra las desigualdades, la protección del pluralismo cultural, la defensa del medio ambiente y de los bienes vitales, el control del mercado, la revitalización de la política y de su sometimiento al Derecho o la desaparición de la ciudadanía como última barrera que priva de los derechos a muchas personas y sobre todo a los inmigrantes.

Para expresar su concepción sobre la paz Ferrajoli acude a categorías concordantes con el constitucionalismo fuerte que defiende. Mostrándose contrario a la ponderación neoconstitucionalista que, a su juicio, se complace en demasía con la indeterminación normativa y exagera la conflictividad entre los principios, arrojando como resultado la erosión de la normatividad de las constituciones, nuestro autor distingue los principios directivos equivalentes a las orientaciones generales que sirven de sustento a las políticas públicas, de los principios regulativos que se transforman en reglas cuando son violados y entre los cuales incluye a la paz y a los derechos fundamentales cuya previsión superior implica obligaciones y vínculos.

Adicionalmente la paz aparece tratada en la obra ferrajoliana como derecho reivindicado en las últimas luchas sociales, que progresivamente va decantando las facultades que comporta y las condiciones de su exigibilidad, a la manera de otros

derechos cuya improbabilidad va cediendo terreno con el paso del tiempo o al ritmo de la interpretación jurídica que, al concretarlos, afianza el carácter normativo que desde el inicio les corresponde por su sola incorporación a las constituciones.

En cualquier caso, el derecho no es del todo realizable o eficaz y prevé su propio incumplimiento, conforme se demuestra con la aceptación del derecho ilegítimo, reveladora de un grado de imperfección que, sin embargo, ha de transcurrir dentro de ciertos límites por fuera de los cuales se penetra en el terreno de lo patológico y, por ende, en los riesgos y en la crisis como la que sufre el constitucionalismo a raíz del avance incontrolado de la globalización de connotaciones puramente económicas e inspiradas en la filosofía neoliberal que ya ha afectado gravemente al Estado y a la política interna, cuya reconstrucción pasa por la constitucionalización del ámbito internacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- *Derechos y garantías. La ley demás débil*, Trotta, Madrid, 1999.
 - *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.
 - *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007.
 - *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010.
 - *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2011.
 - *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.
 - *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.
 - “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en L. FERRAJOLI *et al.*, “Un debate sobre el constitucionalismo”, *Monográfico Revista Doxa*, núm. 34, 2012, pp. 11-50.
 - *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014.
 - *Derechos fundamentales y democracia*, trad. Miguel Carbonell Sánchez, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell México, 2014.
 - *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid, 2016.
 - *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018.
 - *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019.
- L. FERRAJOLI, y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.

- J. A. GARCÍA SÁEZ, “El pacifismo jurídico en el siglo XX a través de las obras de Kelsen, Bobbio y Ferrajoli”, en G. PECES-BARBA *et al.* (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV. Siglo XX. Volumen II. Ideologías Políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 651-685.
- M. LA TORRE y C. GARCÍA PASCUAL, “La utopía realista de Hans Kelsen”, en H. KELSEN, *La paz por medio del derecho*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 9-29.
- G. PISARELLO, “El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, en L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004.

Resumen

Luigi Ferrajoli es un jurista que puede ser adscrito en la corriente denominada pacifismo jurídico. El modelo que Ferrajoli propone se caracteriza por el importante papel que le otorga al constitucionalismo y a su relación con la paz. A examinar la proyección que el constitucionalismo y la paz tienen en la obra jurídica de este autor está dedicado este trabajo que busca presentar las ideas principales del modelo, determinar la función asignada en él al constitucionalismo y a la paz e indicar cuál es el futuro que el propio autor le reconoce a su propuesta.

Palabras clave

Pacifismo jurídico; constitucionalismo; constitución; paz; derechos fundamentales.

Abstract

Luigi Ferrajoli is a professor of law who can be attached to the current called legal pacifism. The model that Ferrajoli proposes is characterized by the important role it gives to constitutionalism and its relationships to peace. To examine the projection that constitutionalism and peace have in the legal work of this author is dedicated to this work that seeks to present the main ideas of the model, determine the role assigned in constitutionalism and peace and indicate what is that the author himself recognizes in his proposal.

Keywords

Legal pacifism, constitutionalism; constitution; peace; fundamental rights.

Recibido: 20 de marzo de 2021

Aceptado: 22 de abril de 2021

Textos clásicos



**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE
ARRIBA ABAJO Y DE ABAJO ARRIBA:
LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES NO RECONOCIDOS
EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN^{1*}**

**Legal reasoning from the top down and from the bottom
up: the question of unenumerated Constitutional rights**

RICHARD A. POSNER

*Juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito de EE.UU.
Senior lecturer en la University of Chicago Law School*

SUMARIO:

- I. Razonamiento de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba.
- II. Derechos no reconocidos expresamente en la Constitución y los dos métodos de argumentación.
- III. La finalidad de la teoría: ¿holística o cláusula por cláusula?
- IV. Implicaciones del caso “Roe vs. Wade”.
- V. Un rol para la conciencia; una base de hecho.

I. RAZONAMIENTO DE ARRIBA HACIA ABAJO Y DE ABAJO HACIA ARRIBA

Quisiera aproximarme al objeto de mi debate con el Profesor Dworkin –sobre los derechos constitucionales no expresamente reconocidos en la Constitución– distinguiendo entre dos formas de argumentación jurídica: las que podríamos llamar razonamiento de abajo arriba y razonamiento de arriba abajo. En el razonamiento de arriba abajo, el juez, u otro intérprete jurídico, inventa o adopta una teoría sobre

* Traducido del inglés por Augusto Aguilar Calahorro.

1 Traducción del artículo publicado originalmente en “Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, n. 1, (*The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium*), 1992, pp. 433-450.

un área del Derecho, y la usa para organizar, criticar, aceptar o rechazar, explicar o soslayar, distinguir o amplificar las decisiones previas, para que estas decisiones se ajusten a la teoría, generando así un resultado, a medida que surja cada nuevo caso, que sea coherente con la teoría y con los cánones jurisprudenciales, es decir, con los casos que esa teoría toma como reglas de autoridad. La teoría no tiene que ser, tal vez nunca pueda serlo, extraída “del” Derecho. Seguramente no necesite articularse, como se dice en la jerga de los abogados. Por el contrario, en el razonamiento de abajo arriba, que abarca técnicas tan familiares como el “significado llano” y el “razonamiento por analogía”, se comienza por el texto de una ley o disposición, o con un caso o una masa de casos, y se continúa el razonamiento ascendiendo desde allí, pero sin ir muy lejos, como veremos. En definitiva, estos dos métodos, de arriba abajo y de abajo a arriba, nunca se cruzan.

Estoy familiarizado con varias teorías de arriba hacia abajo. Una, que es principalmente positiva (descriptiva), se basa en que el “*Common Law*” debe ser entendido “como si” los jueces debiesen maximizar la riqueza de la sociedad. Otra, principalmente normativa, es que los jueces deben interpretar las leyes antitrust para que se ajusten a los dictados de maximización de la riqueza. Robert Bork –la “*bête noir*” de Dworkin²– fue pionero en el desarrollo de esta última aproximación. Bork llamó a su teoría “maximización de la riqueza del consumidor”³ –aunque es sólo un término tranquilizador–. De este modo, dividía la jurisprudencia antimonopolio del Tribunal Supremo entre una tradición principal basada en el principio de maximización de la riqueza y una rama derivada de esta tradición, proponiendo cortar esta rama.

Dworkin es esencialmente asociado con una teoría de Derecho constitucional que hace del Derecho la expresión del liberalismo, ponderándola con el igualitarismo⁴. Richard Epstein tiene una perspectiva amplia similar del Derecho constitucional, aunque pondera el liberalismo no con el igualitarismo, sino con las libertades económicas⁵. John Hart Ely tiene otra teoría constitucional diferente, pero

2 Ver los siguientes trabajos de Ronald DWORKIN: “Reagan’s Justice”, *NY Rev Books*, 8 de noviembre de 1984; “The Bork Nomination”, *NY Rev Books*, 13 de agosto de 1987; “From Bork to Kennedy”, *NY Rev Books*, 17 de diciembre de 1987); y “Bork’s Jurisprudence”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 57, n. 2, (*Administering the Administrative State*), 1990, pp. 657-677.

3 Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978: “*the only legitimate goal of antitrust is the maximization of consumer welfare*”.

4 Ver, por ejemplo, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977.

5 Ver, por ejemplo, Richard A. EPSTEIN, “Property, Speech and the Politics of Distrust”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, n. 1, 1992, pp. 41-89.

igualmente ambiciosa, en la que enyunta varias cláusulas para dibujar el arado que promueva los valores de una democracia representativa⁶. Bruce Ackerman aún tiene otra⁷. Un famoso “*topdowner*” de una generación temprana fue Christopher Columbus Langdell⁸. Y antes que él, Hobbes.

Pese a todo, el razonamiento jurídico de abajo hacia arriba es el método más familiar, incluso el más sagrado⁹. Esta tradición sigue el estribillo interminablemente repetido de las opiniones judiciales modernas, según la cual, al interpretar una ley, el juez debe comenzar por la literalidad del texto. Y todos recordamos nuestro primer día en la facultad de derecho, cuando se nos pidió que leyésemos en cada curso, no una descripción general o un tratamiento teórico de la materia, sino un caso, un caso además no de los comienzos históricos o lógicos de la materia, sino más bien de los intermedios. Aquellos de nosotros que somos jueces, también recordamos nuestro primer día en ese trabajo, cuando nos entregaron un fajo de informes sobre casos acerca de temas de los que tal vez no sabíamos nada y nos dijeron que en unos días estaríamos escuchando argumentos orales y luego intentaríamos tomar una decisión.

Cabe preguntarse si el razonamiento jurídico desde abajo asciende mucho hacia arriba. Dworkin cree que no. Sus extensos escritos muestran poco interés en las palabras de la Constitución, o en su estructura (es decir, en cómo sus diversas partes –los artículos, secciones, cláusulas y enmiendas– trabajan juntas), en la textura y los detalles de las complejas leyes que discuten sus obras, como el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964¹⁰, o en cualquier cuerpo extendido de jurisprudencia, y mucho menos en los detalles de casos particulares. Su universo legal implícito consiste en un puñado de principios generales incorporados en un puñado de casos ejemplares, a menudo bastante incorpóreos.

Yo mismo no veo la ley de esa manera, pero estoy de acuerdo en que no hay mucho razonamiento de abajo hacia arriba¹¹. En realidad, nunca “partimos” de

6 Ver John Hart ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.

7 Ver, por ejemplo, Bruce ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Belknap, 1991.

8 Ver, por ejemplo, Christopher Columbus LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Little Brown, 1871, prefacio.

9 Para un análisis clásico ver Edward H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, The Chicago University Press, 1949.

10 R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1985, pp. 316-331.

11 Ver R. A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1990, capítulo 2.

una masa de casos o de una ley o de una Constitución. Leer un caso, leer una ley, una regla o una cláusula constitucional presupone una vasta competencia lingüística, cultural y conceptual. Es más: no se ven decisiones judiciales que digan, por ejemplo, “en la página 532 del Título 29 del Código de los Estados Unidos aparece la siguiente oración...”. La decisión invariablemente enuncia el nombre de la norma (“La Ley Sherman proporciona...” o “ERISA proporciona...”) y estamos preparados para reaccionar inmediatamente a las palabras de una manera particular. Y si, como es tan común, el caso o la ley es incierta, y tal vez incluso cuando parezca bastante clara, el lector, para extraer o más precisamente para imputar su significado, debe interpretarla; y sabemos que la interpretación tiene más de creación que de descubrimiento.

Tampoco está claro qué significa razonar “de” un caso a otro, que es el corazón del razonamiento jurídico de abajo hacia arriba. Suena al procedimiento por inducción que desde Hume hasta Popper ha recibido duros embates de los filósofos. En realidad, la mayor parte del razonamiento por analogía en Derecho es una forma indirecta de razonamiento lógico. Los casos se utilizan como fuentes de hechos e ideas interesantes y, por lo tanto, como materiales para la creación de una teoría que se pueda aplicar deductivamente a un nuevo caso. Pero no como materiales exclusivos para la creación de la teoría; eso excluiría injustificadamente mundos enteros de otros aprendizajes y conocimientos.

El razonamiento por analogía también tiene una función empírica. Si el caso A es un canon dentro de su teoría, y aparece el caso B, y la teoría implica que el resultado de B debería ser diferente de A, es mejor asegurarse que los dos resultados sean lógicamente consistentes; de lo contrario, tendremos un problema con la teoría. Por tanto, los casos aceptados dentro de una teoría proporcionan ejemplos de prueba para su posterior aplicación. Pero debe haber una teoría. No se puede simplemente ir de un caso a otro, no de manera responsable. No se puede decir: no tengo una teoría de la privacidad o el debido proceso ni nada parecido, pero, visto el caso “*Griswold*”¹², entonces le sigue el caso “*Roe*”¹³. Tienes que ser capaz de decir lo que desde el caso “*Griswold*” se dicta en el caso “*Roe*”. “*Griswold*” no te dice cómo de amplia o estrictamente hay que leer “*Griswold*”.

12 *Griswold vs. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

13 *Roe vs. Wade*, 410 US 113 (1973).

II. DERECHOS NO RECONOCIDOS EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS DOS MÉTODOS DE ARGUMENTACIÓN

Todo lo expuesto puede estar demasiado resumido para resultar convincente. Pero no estoy muy interesado en mostrar las limitaciones del razonamiento de abajo hacia arriba. Me interesa más recordar su lugar en nuestra tradición jurídica y relacionarlo con la cuestión de los derechos no enumerados (no expresamente reconocidos en la Constitución). La relación es la siguiente. La cuestión de los derechos no enumerados se ve bastante diferente cuando se aborda de abajo hacia arriba, que cuando se hace de arriba hacia abajo.

Empecemos observándola de arriba hacia abajo. Si quisiéramos adoptar un enfoque de arriba hacia abajo de la Constitución, podríamos proceder como lo han hecho Dworkin, Epstein, Ely y muchos otros, cada uno a su manera. Parten de una variedad de fuentes –el texto, la historia y antecedentes de la Constitución (sin que se le dé al texto una primacía particular, porque los intérpretes sofisticados saben que el texto no puede ser en ningún sentido el primer elemento esclarecedor), las decisiones que interpretan la Constitución, así como variados valores y perspectivas políticas, morales e institucionales– y desde estas fuentes crean una teoría comprensiva de los derechos que consideramos reconocidos en la Constitución. Armados con tal teoría, uno puede seleccionar una doctrina jurisprudencial tradicional y descartar o minimizar los casos aislados y así resolver nuevos casos de una manera que sea consistente tanto con la teoría como con los precedentes (debidamente depurados).

Si intentara un proyecto de este tipo, podría acercarme mucho más al profesor Dworkin de lo que esta audiencia creería posible. Me considero un liberal, aunque en la tradición clásica, la tradición de John Stuart Mill, Herbert Spencer y Milton Friedman, más que en el sentido más nuevo, social o redistributivo iniciado por John Rawls; y si diera más peso a la libertad económica que Dworkin y menos a la igualdad, y quizás, debido a un temperamento diferente o a diferentes experiencias jurídicas, si fuera más tímido que él en relación a las afirmaciones sobre el poder judicial y más inclinado que él a dejar espacio a sus decisiones para la experimentación, las diferencias prácticas podrían ser más pequeñas, especialmente en el ámbito de derechos individuales como la libertad de expresión, la libertad religiosa y la libertad sexual y reproductiva. De hecho, como dice Dworkin en el interesante artículo que ha preparado para este debate, el derecho a usar anticonceptivos y el derecho a quemar la bandera estadounidense (siempre que seas dueño de la bandera que quemas) estarían en el mismo plano en lo que respecta a la distinción entre derechos enumerados y no enumerados¹⁴.

14 R. DWORKIN, “Unenumerated Rights: How and Whether Roe Should be Overruled”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, n. 1, 1992, pp. 388-389.

La distinción no tiene importancia para una teoría constitucional integral. La teoría puede usar el texto como uno de sus puntos de partida (uno “de”, no “el”), pero va más allá y eventualmente sumerge las distinciones textuales, porque en el enfoque que estoy describiendo derechos constitucionales específicos como el derecho a quemar banderas o el uso de anticonceptivos surgen de la teoría en lugar de (directamente) del texto.

La situación es diferente si siguiéramos un enfoque de abajo hacia arriba. Empezaríamos hojeando la Constitución y no encontraríamos nada relacionado con la anticoncepción, el sexo, la reproducción o la familia. Tampoco se encontraría ninguna mención a la quema de la bandera, pero sí una referencia a la libertad de expresión, y es fácil pasar analógicamente del lenguaje oral a la quema de banderas, como en la siguiente reflexión socrática interna:

“No veo nada aquí sobre banderas o sobre el uso del fuego. El habla es verbal. La quema de banderas no es un acto verbal”.

“Bueno, para empezar, ¿el habla debe ser oral? ¿Lo es el habla en lenguaje de signos? Si es así, ¿no muestra esto que el habla va más allá de las palabras, que puede incluir gestos? ¿Y qué hay de la comunicación con semáforos? Los semáforos son banderas, al menos de hecho”.

“Estoy totalmente de acuerdo en que el lenguaje de signos y los semáforos son lenguaje, pero son simplemente métodos diferentes del lenguaje hablado para codificar palabras, como es el código Morse o la escritura en sí”.

“Ya que estamos hablando del tema de la quema de banderas, ¿qué pasa con la cadena de incendios que en la gran obra de Esquilo, Agamenón, se usan para señalar la caída de Troya ante Clitemnestra a cientos de millas de distancia?”.

“Bueno, eso no es exactamente un discurso porque los incendios no codifican una forma particular de palabras, sino que comunican un mensaje simple”.

“¿Es la esencia del discurso protegido constitucionalmente, entonces, la comunicación de un mensaje?”.

“Sí”.

“¿Entonces las señales de incendio estarían protegidas (siempre que no hubiera problemas de seguridad, etc.)?”.

“Seguramente”.

“¿Pero la quema de banderas, cuando se emplea como un elemento de protesta o manifestación en lugar de como un método para desechar un trozo de tela gastada o iniciar un incendio (literal), comunica un mensaje?”.

“Bueno, supongo que sí, pero implica la destrucción de propiedad y eso es diferente”.

“A la gente se le permite destruir su propia propiedad, ¿no es así? Y esto no es destrucción desenfrenada, es consumo, es como la destrucción de un bosque para producir el ‘*Sunday New York Times*’. ¿No?”.

“Supongo que estas en lo correcto”.

Este método de “prueba” muestra que hay un sentido del “discurso” que abraza la quema de banderas, así como que hay un sentido de la palabra que abraza el derecho de asociación y el derecho a no ser forzado a expresar apoyo a una causa que uno desapruueba¹⁵. Pero no proporciona una razón para adoptar ese sentido en lugar de uno más restringido. Para eso, debe abarcarse más y considerar las diferencias, no solo las similitudes, entre quemar una bandera y participar en las otras formas de comunicación que los tribunales han considerado protegidas constitucionalmente. Se debe, de hecho, desarrollar o adoptar una teoría de la libertad de expresión y luego aplicarla al caso que le ocupa. El desarrollo de tal teoría fue el proyecto de Bork en su famoso artículo del “*Indiana Law Journal*”¹⁶ de 1971, del que luego se retractó en parte¹⁷.

III. LA FINALIDAD DE LA TEORÍA: ¿HOLÍSTICA O CLÁUSULA POR CLÁUSULA?

Incluso después de reconocer que el razonamiento de abajo hacia arriba no es un razonamiento, sino, en el mejor de los casos, una preparación para el razonamiento, y que el razonamiento jurídico digno de ese nombre implica ineludiblemente la creación de teorías para guiar la decisión, nos queda la cuestión del alcance apropiado de tales teorías. ¿Deben abarcar campos completos del Derecho, como el Derecho constitucional federal o el “*Common Law*”? ¿Deben, quizás, abrazar todo el Derecho? ¿O pueden limitarse a porciones más estrechas de experiencia legal, como cláusulas particulares de la Constitución, o leyes particulares, o grupos de leyes relacionados? ¿Puede limitarse incluso si el resultado es una teoría no consistente con otra, si en ocasiones hay cláusulas que empujen en direcciones diferentes?

15 Ver *NAACP vs. Alabama*, 357 US 449, 460 (1958); *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 US 624, 633 (1943).

16 R.H. BORK, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Ind L J*, Vol. 47, n.1, 1971.

17 Nombramiento de Robert H. BORK como *Associate Justice de la Supreme Court of the United States*, *Hearings Before the Senate Committee on the Judiciary, 100th Cong, 1st Sess 269-71* (16 de septiembre de 1987).

El profesor Dworkin responde “no” a las dos últimas preguntas. Una interpretación de cláusulas individuales incoherente con los principios transversales a todas las cláusulas es ilegítima. Una teoría del Derecho constitucional debe abarcar toda la Constitución —o al menos la totalidad de la Declaración de Derechos más la Decimocuarta Enmienda—, debe ser en esa medida coherente, holística¹⁸. Porque su crítica básica a Bork es que Bork no tiene una filosofía constitucional¹⁹. Pero como bien sabe Dworkin, Bork es famoso por su teoría de la libertad de expresión, y también por su teoría de la competencia económica²⁰. Y estas son teorías en gran medida de arriba hacia abajo. Bork no va de un caso a otro. Deriva un principio general que luego aplica a los casos, descartando muchos. Pero sus teorías están ligadas a disposiciones específicas; carecen de la generalidad política y moral y la ambición que aprecia Dworkin. La única teoría general del Derecho constitucional de Bork es la desconfianza en la teoría general.

La cuestión del alcance adecuado de una teoría constitucional se conecta con un tema discutido en el debate anterior, relativo al nivel de generalidad de la intención de los redactores que los jueces deben tomar en cuenta al orientar la interpretación de la Constitución²¹. Si se pregunta cuál es la intención detrás de la Cláusula

18 El Tribunal Supremo tiene el deber de encontrar alguna concepción de las libertades protegidas, alguna declaración que defina qué libertades deben ser preservadas, que sea defendible tanto como principio político como consistente con la forma general de gobierno establecida por la Constitución. (Dworkin, “Reagan’s Justice”, *cit.* p. 30). O, como ha dicho en otro lugar, “[el] sistema de derechos [constitucionales] debe interpretarse, en la medida de lo posible, como una expresión de una visión coherente de la justicia” (R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Belknap, 1986, p. 368). La cualificación “en la medida de lo posible” permite a Dworkin dejar espacio para algunos compromisos pragmáticos. Ver por ejemplo, IDEM, pp. 380-381.

19 “[Estoy] interesado [...] en un tema diferente: no si Bork tiene una filosofía constitucional persuasiva o plausible, sino si tiene alguna filosofía constitucional en absoluto”. (R. DWORKIN, “The Bork Nomination”, *cit.* p. 3). La “filosofía constitucional de Bork es vacía: no sólo empobrecida y poco atractiva, sino sin filosofía en absoluto”. (*idem.*, p. 10). “[Él] cree que no tiene la responsabilidad de tratar la Constitución como una estructura integrada de principios morales y políticos [...]”. (*idem.*). “[Él] no tiene ninguna teoría en absoluto, ninguna jurisprudencia conservadora, sino sólo dogmas de derecha para guiar sus decisiones”. (*idem.*).

20 La primera oración del artículo del *Indiana Law Journal* de BORK de 1971 comienza: “Un aspecto persistentemente perturbador del derecho constitucional es su falta de teoría”. (R.H. BORK, *cit.*).

21 Un tema sobre el que Dworkin ha aportado importantes contribuciones. Ver, por ejemplo, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 134-37; R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, *cit.*, pp. 48-50; R. DWORKIN, “Bork’s Jurisprudence”, *cit.*, pp. 663-674.

de Protección Igualitaria, encontramos que era tanto beneficiar a los negros de una manera y no de otra, como promover un ideal de igualdad más amplio, que, no obstante, puede ser inconsistente con otros aspectos de aquella intención más específica (por ejemplo, que solo tenían derecho a la igualdad política con los blancos, no social). La elección de qué intención respetar determina, por ejemplo, si el Tribunal Supremo actuó correctamente al prohibir la segregación racial en las escuelas públicas. Pero se trata del nivel de generalidad de la intención detrás de una sola cláusula. Ir más allá de eso, hasta las intenciones relativas a la Constitución en su conjunto, un fajo de documentos escritos en diferentes momentos y que cubren una variedad de temas diversos, es entrar en un mundo de fantasía. No se trata de menospreciar el enfoque holístico, sino de distinguirlo de un enfoque basado en las intenciones de los redactores de la Constitución, ya sea en sentido amplio o estricto. Sin embargo, el enfoque holístico desmerecerá a los ojos de muchos juristas, si corta completamente con el propósito original de los redactores.

IV. IMPLICACIONES DEL CASO “ROE VS. WADE”

La cuestión de lo holístico frente al método del “*clause by clause*” no es meramente estético o metodológico. A pesar de los esfuerzos que hace Dworkin para fundamentar “*Roe vs. Wade*”²² en una cláusula particular de la Constitución, no puede tener mucha confianza en que los derechos que aprecia especialmente puedan ser generados por teorías limitadas a cláusulas individuales, como la Cláusula del Debido Proceso, el lugar original de “*Roe*”. La interpretación sustantiva de esa cláusula repele tanto a los liberales modernos como a los conservadores modernos, debido a su asociación con el caso de “*Dred Scott*”²³ (aunque de hecho solo jugó un pequeño papel en esa decisión) y con “*Lochner*”²⁴ y los otros casos de libertad de contratación, a causa de su informalidad, por que más bien fue enterrado en la Quinta Enmienda (lo que hace que uno se pregunte si puede ser tan importante, pues aparece de manera más prominente en la Decimocuarta Enmienda), y porque no coincide con el derecho de notificación y audiencia, que es el contenido procesal de la cláusula. Si

22 N. del T. Caso en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad del aborto.

23 *Scott vs. Sandford*, 60 US (19 How) 393 (1857). (N. del T. Decisión del Tribunal Supremo de 1857 con la que se privó a toda persona con ascendencia africana del derecho de ciudadanía.)

24 *Lochner vs. New York*, 198 US 45 (1905). (N. del T. Sentencia en la que el Tribunal Supremo anuló la ley estatal de regulación de los horarios de trabajo por ser contraria a la libertad de contratación y al derecho a la propiedad).

debemos ir cláusula por cláusula en la construcción de nuestra teoría constitucional (en realidad teorías, en este enfoque), estamos concediendo, debe creer Dworkin, demasiada munición retórica a los enemigos de los casos de libertad sexual.

¿Podría la Novena Enmienda disolver la tensión entre los enfoques cláusula por cláusula y los enfoques holísticos? Después de todo es el grueso del texto. Dice: “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no se interpretará en el sentido de negar o menospreciar otros que conserva el pueblo”. ¿Podría ser esto una orden para que los jueces reconozcan nuevos derechos, tanto contra el gobierno federal como contra los Estados?

Existe una extensa literatura sobre esta cuestión²⁵, pero ha tenido poco impacto porque, con raras excepciones, ni los partidarios del “*clause by clause*” ni los holistas están contentos con basar sus decisiones en la Novena Enmienda. La razón es que la enmienda no identifica ninguno de los derechos conservados, ni especifica una metodología para identificarlos. Si les da algo a los tribunales es un cheque en blanco. Ni los jueces ni sus críticos académicos o defensores quieren que la revisión judicial opere abiertamente, libre de cualquier criterio externo. Incluso el “debido proceso” y la “protección igualitaria” parecen directivas en comparación con la Novena Enmienda, o con los “privilegios e inmunidades”, otro huérfano constitucional. Entonces, no es que no haya suficiente apoyo textual para los derechos constitucionales no enumerados, sino que, por el contrario, hay demasiado.

La tensión entre el método cláusula por cláusula y el enfoque holístico viene marcada por la discusión de Dworkin sobre “*Roe vs. Wade*”. A pesar de las muchas observaciones perspicaces e incluso conmovedoras que ofrece sobre el problema del aborto²⁶, no puede encontrar una cláusula en la que el derecho al aborto encaje cómodamente, por mucho que se esfuerce en encontrar una. En su relato, como en el de sus predecesores en el esfuerzo por racionalizar la decisión, “*Roe vs. Wade*” es “el Judío Errante” del Derecho constitucional.

25 Ver, por ejemplo, Randy E. BARNETT (ed.), *The Rights Retained by the People: The History and Meaning of the Ninth Amendment*, George Mason, 1989.

26 Sin embargo, no estoy de acuerdo en todo. (Para conocer las razones, consulte mi libro *Sex and Reason*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1992, capítulo 10). Por ejemplo, que “se produjeron muchos abortos antes de *Roe vs. Wade*, en los Estados que prohibían el aborto”. (R. DWOR-KIN, “Bork’s Jurisprudence”, *cit.*, p. 411); que el catolicismo “no podría cambiar de manera integral sus puntos de vista sobre el aborto sin convertirse en una fe significativamente diferente” (IDEM, p. 413); o que los abortos ilegales son “peligrosos”, (*idem.* p. 411). Y no entiendo por qué la Constitución debe interpretarse para dar peso concluyente al deseo de una mujer de que su feto muera en lugar de ser llevado a plazo y entregado “a otros para criar y amar” (*idem.*, p. 411).

Comenzó su vida en la cláusula del debido proceso, pero eso lo convirtió en un caso sustantivo de debido proceso e invitó a una lluvia de críticas. Laurence Tribe primero lo trasladó a la Cláusula de prohibición de establecimiento de la Primera Enmienda, aunque luego se retractó²⁷. Dworkin ahora toma el relevo, pero traslada el caso a la cláusula de libertad religiosa, donde encuentra un derecho a la autonomía sobre decisiones esencialmente religiosas²⁸. Las feministas han intentado incluir a “*Roe vs. Wade*” en la cláusula de Igual protección²⁹. Otras han intentado moverlo dentro de la Novena Enmienda (que por supuesto, si estoy en lo cierto, no tiene “dentro”); otros (incluido Tribe) dentro de la Decimotercera Enmienda³⁰. Espero el día en que alguien lo saque con una pala de la cláusula de expropiaciones, o la cláusula de la forma republicana de gobierno (de la cual un juez aventurero podría derivar toda la Declaración de derechos y la Decimocuarta Enmienda), o la cláusula de privilegios e inmunidades. No es, como sugiere Dworkin, una cuestión de cuanto más mejor; es una búsqueda desesperada de un hogar textual adecuado, y ha fracasado. No puedo explicar adecuadamente las razones de esta conclusión aquí³¹, pero daré una idea de ellas echando un breve vistazo al argumento de la igualdad de protección, que Catharine MacKinnon³², Sylvia Law³³, Cass Sunstein³⁴, y otros han argumentado.

El debate comienza señalando que una ley que prohíbe los abortos pesa más sobre las mujeres que sobre los hombres. Concedido. Pero una diferencia de trato no viola la cláusula de igual protección si es justificable, y esta particular diferencia

27 Ver Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2.^a ed., Foundation, 1988, pp 1349-50 y notas 87-88 (reconociendo el “cambio en el pensamiento del autor” entre 1973 y 1978).

28 R. DWORKIN, “Bork’s Jurisprudence”, *cit.*, p. 419.

29 Véanse las notas 31 a 33 y el texto adjunto.

30 L.H. TRIBE, “The Abortion Funding Conundrum: Inalienable Rights, Affirmative Duties, and the Dilemma of Dependence”, *Harv L Rev*, Vol. 99, n. 1, 1985; Andrew KOPPELMAN, “Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion”, *Nw U L Rev*, Vol. 84(2), 1990.

31 Para una discusión más completa, véase el capítulo 12 de mi libro, *Sex and Reason* (cit.).

32 Véase Catharine MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989, pp. 184-194; C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987, pp. 93-102; C. MACKINNON, “Reflections on Sex Equality Under Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n. 5, (Centennial Issue), 1991, pp. 1309-1328.

33 Sylvia A. LAW, “Rethinking sex and equality”, *U Pa L Rev*, Vol. 132, n. 5, 1984.

34 Cass R. SUNSTEIN, “Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)”, *Colum L Rev*, Vol. 92(1), 1992.

de trato parece, a primera vista, justificada por el hecho de que hombres y mujeres están, en virtud de su biología, situados de manera diferente en relación con la vida fetal. Para demostrar que la diferencia no está sustancialmente relacionada con un interés gubernamental importante y, por lo tanto, es inconstitucional según el estándar vigente para revisar la discriminación sexual impugnada en virtud de la Decimocuarta Enmienda, es necesario considerar los beneficios para el feto y los costos para los demás, una investigación intratable o al menos una que los ponentes de “*Roe vs. Wade*” no desearon emprender.

La puerta a esa investigación no puede cerrarse de golpe argumentando que, sean cuales sean las justificaciones que se puedan ofrecer para las leyes que prohíben el aborto, el apoyo a esas leyes de hecho proviene de personas que quieren reprimir a las mujeres; y un propósito odioso puede condenar una ley. Siendo realistas, un propósito malicioso sólo puede condenar una ley trivial, como una ley que imponga un impuesto para ejercer el voto o requiera una prueba de alfabetización para los posibles votantes; los tribunales no van a privar a las personas de la protección legal esencial solo porque algunos de los partidarios de tales leyes (leyes que penalizan la violación, por ejemplo) tenían malas intenciones. El principal apoyo a las leyes antiaborto, además, no proviene de misóginos o de machos alfa (“*Don Juan*” favorecería el aborto a demanda porque reduciría el costo del sexo), sino de hombres y mujeres que, sean o no cristianos católicos apostólicos romanos (muchos de ellos, por supuesto, son católicos romanos), creen por motivos religiosos en la santidad de la vida fetal. Esa no es una creencia sexista, discriminatoria o envidiosa, aunque se correlaciona con la creencia en el papel tradicional de la mujer, un papel que las feministas, con mucho apoyo en la historia, consideran subordinado. Sin duda, para muchos opositores al aborto, la oposición al aborto se mezcla con la oposición a un conjunto más amplio de prácticas y valores, llamémoslo feminismo. Pero para muchos partidarios el aborto libre es el símbolo mismo del feminismo. ¿Deberían los tribunales tomar partido en este choque de símbolos?

Detrás de los símbolos, la ideología e incluso las creencias religiosas pueden esconderse intereses concretos. El debate sobre el aborto, y sobre la libertad sexual y reproductiva de las mujeres en general, es en parte un debate entre mujeres que pierden y mujeres que ganan con esa libertad. Cuanto más libres sexualmente son las mujeres, menos interés tienen los hombres en el matrimonio, y las mujeres que prefieren las tareas del hogar se ven perjudicadas frente a las mujeres insertadas en el mercado de trabajo. Se trata de un choque de intereses, y en un sistema democrático, es el legislador y no los tribunales es, generalmente, el escenario considerado adecuado para resolver tales enfrentamientos.

Dworkin toma un rumbo diferente. Considera la visión de una persona sobre la santidad de la vida como una visión religiosa, incluso si la persona es atea; y dice que el gobierno no puede, sin violar la cláusula de libertad religiosa, hacer que una persona actúe con un punto de vista religioso en lugar de otro. Bueno, está bien, pero si la “religión” debe entenderse de manera tan amplia, entonces debemos permitir una religión del libre mercado (la libertad económica es una religión para Murray Rothbard, Milton y David Friedman, Friedrich Hayek, Ayn Rand, Richard Epstein, y tal vez incluso Robert Nozick, a quien, dicho sea de paso, Dworkin ha reconocido como un compañero liberal³⁵), una religión de los derechos de los animales, del ambientalismo, del arte, etc. Una ordenanza que prohibiera a un esteta alterar el exterior de su emblemática casa sería una violación de la libertad religiosa. La expansiva noción de religión de Dworkin en realidad disuelve la distinción que quiere hacer entre las restricciones al aborto y otras restricciones a la libertad personal.

Dworkin puede hacer del aborto una cuestión de las diferentes opiniones que los estadounidenses tienen sobre la santidad de la vida, en lugar de una cuestión de vida o muerte, sólo porque no permitirá que los estados definan al feto como persona y, por tanto, al aborto como asesinato. (Si lo permitiera, no podría distinguir el aborto del infanticidio). Sin embargo, los estados pueden decidir qué es propiedad y (en el caso de los prisioneros, por ejemplo) qué es libertad, a los efectos de la cláusula del debido proceso; ¿por qué no qué es una persona? ¿No puede un estado decidir que la muerte significa muerte cerebral en lugar de un corazón parado? Y si puede decidir cuándo termina la vida, ¿por qué no puede decidir cuándo comienza la vida? Aquí, por cierto, hay un ejemplo de una de las modestas funciones que asigné anteriormente al razonamiento de abajo hacia arriba, la de probar la consistencia de nuestro pensamiento.

Una ley de Illinois determina que el aborto es un asesinato³⁶, y en el ámbito civil muerte por negligencia³⁷. La cláusula de supremacía impide su aplicación a los abortos privilegiados por “*Roe vs. Wade*”, pero con esa calificación no se puede poner en duda la constitucionalidad de la ley. Muestra que los Estados ya están definiendo la vida humana. Por lo tanto, pueden clasificar a un feto como un ser humano, y la pregunta es entonces —porque no creo que la declaración de quién tiene o no personalidad del estado deba ser concluyente (¿y si declarara un pastel de carne como una

35 Ver Bryan MAGEE, “Three Concepts of Liberalism: A Conversation with Ronald Dworkin”, *New Republic* 41, 47 (14 de abril de 1979).

36 *Homicide of an Unborn Child*, Ill Rev Stat ch 38, 1 9-1.2 (1989).

37 *Wrongful Death Act*, id en ch 70, T 2.2.

persona?)— cuál es el interés en proteger a ese ser humano recién reconocido contra diversas amenazas.

Aparte de las objeciones específicas que se pueden hacer al intento de Dworkin de fundamentar el derecho al aborto en la cláusula de libertad religiosa, su propio intento desdibuja su enfoque holístico. No existe una inconsistencia real, porque su interpretación de la cláusula de libertad religiosa se basa en valores derivados de sus reflexiones sobre otras disposiciones constitucionales, en consonancia con su insistencia en la integridad del documento en su conjunto. Pero su posición sería más clara, y creo que más persuasiva, si se contentara con derivar un derecho al aborto de su teoría general del Derecho constitucional, en la que las cláusulas se fusionan y pierden su distinción y la cuestión del derecho al aborto se convierte en el lugar de tal derecho en la teoría liberal del Estado, y estoy de acuerdo en que tiene lugar en esa teoría que Dworkin le asigna. “*Griswold*”³⁸, el primero de los casos de libertad sexual, de hecho, comenzó por este camino. Porque recordemos cómo el juez Douglas, aunque en su habitual forma descuidada, trató de extraer un principio general (o al menos generalizable) de libertad sexual de una colección de cláusulas constitucionales aparentemente no relacionadas³⁹. Pero ningún juez ha recogido esta lanza en particular, tratando de lanzarla más lejos.

V. UN ROL PARA LA CONCIENCIA; UNA BASE DE HECHO

Los argumentos en contra del enfoque holístico son familiares. El más básico es que les da a los jueces demasiada discrecionalidad en una democracia (quizás en cualquier forma de gobierno). Cuando piensas en todas esas teorías constitucionales que se empujan entre sí —la de Epstein que derogaría el New Deal, la de Ackerman y la de Sunstein que lo constitucionalizaría, la de Michelman que constitucionalizaría la plataforma del Partido Demócrata, la de Tushnet que haría de la Constitución una carta del socialismo, Ely que resucitaría a Earl Warren, y algunos que moldearían el Derecho constitucional conforme al método tomista del Derecho natural— se ve el rango de opciones que legitima el enfoque y, como resultado, la inestabilidad de la doctrina constitucional que presagia. No es bueno decir que Epstein está equivocado, o Michelman está equivocado, o Santo Tomás está equivocado; no existen

38 N. del T. decisión del Tribunal Supremo por la que revocó una ley estatal que prohibía los anticonceptivos (1965).

39 *Griswold*, 381 US at 484-86.

las herramientas intelectuales para asestar un golpe mortal a estas teorías (a todas, al menos). La lógica, la ciencia, la investigación estadística, las lecciones de la historia, las intuiciones compartidas, ninguna de estas técnicas de razonamiento exacto o práctico puede acabar con ellas, ni siquiera herirlas seriamente a los ojos de quienes se sienten atraídos por ellas por razones de temperamento o experiencia personal. Si las únicas limitaciones para la toma de decisiones constitucionales son los buenos argumentos, el problema es el número y la fuerza de los buenos argumentos en ambos lados, que son demasiados lados en los temas candentes.

La vehemencia es importante aquí. Si eres indiferente al resultado de una disputa, sopesarás los argumentos de ambos lados y darás el visto bueno al lado que muestre los argumentos más fuertes, incluso si el lado más débil también tiene buenos argumentos. Pero si tienes un fuerte compromiso emocional con una u otra parte, no solo sería antinatural, sino imprudente, abandonar tu compromiso sobre la base de una preponderancia leve, o incluso no tan leve, de argumentos en contra de tu posición. Nuestros compromisos más profundos no se sostienen tan débilmente. Por lo tanto, puede haber indeterminación práctica sobre un tema incluso si el observador desinteresado no piensa que los argumentos en competencia están uniformemente equilibrados⁴⁰.

Una teoría comprensiva del Derecho constitucional es capaz de pisar los pies de muchas convicciones profundamente arraigadas sin argumentos decisivos. Es por eso que la situación con respecto a la teoría constitucional es de indeterminación práctica, lo que hace que el jurista cauteloso vuelva al enfoque cláusula por cláusula. Mucho más fácil que imputar un propósito a la Constitución en su conjunto, es imputar un propósito a una cláusula en particular y luego usar ese propósito tanto para generar como para circunscribir el significado de la cláusula; a esto me refería cuando comenté las “teorías” de Bork sobre la libertad de expresión y antimonopolio. El problema de este enfoque más modesto es que abre grandes lagunas en la protección constitucional. A medida que el texto original se aleja del siglo XVIII y se va convirtiendo en un palimpsesto superpuesto con las enmiendas de dos siglos, no sólo la visión sino la propia identidad de los Fundadores se desdibuja, por lo que al ir cláusula por cláusula uno podría terminar con un documento que solo da respuestas a preguntas que ya nadie estaba haciendo. A los estadounidenses les gusta pensar que la Constitución los protege incluso contra enormidades políticas que no encajan cómodamente en una cláusula u otra. Este es el atractivo práctico de un enfoque que hace de la Constitución un neumático que se sella automáticamente cuando se

40 Ver R.A. POSNER, “The Problems of Jurisprudence”, *cit.*, pp. 124-25.

pincha o se corta. En 1791 tal enfoque bien podría haber sido innecesario; el más modesto de arriba abajo, el más ambicioso de arriba hacia abajo, el de abajo hacia arriba, todos los enfoques podrían haber coincidido. Pero ya no. Divergen más cada año que pasa, y el ambicioso enfoque de arriba hacia abajo se va volviendo más atractivo. No es solo la moda académica lo que ha hecho de la teorización constitucional una actividad más grande hoy que hace un siglo.

Sin embargo, abandonaríamos por ser demasiado ambiciosa, demasiado arriesgada, demasiado conflictiva, la tarea de diseñar una teoría integral del Derecho constitucional, una “inmodesta” teoría de arriba abajo destinada a guiar a los jueces⁴¹. Al mismo tiempo, permitiría a los jueces extender las cláusulas, incluso algunas tan cuestionables como la cláusula del debido proceso, cuando existe un caso práctico convincente para la intervención. Este fue el enfoque de Holmes, y más tarde el de Cardozo, Frankfurter y el segundo Harlan. Holmes dijo (en privado, sin duda) que una ley era constitucional a menos que le diera ganas de “vomitar”⁴². Si seguimos este enfoque, debemos tener cuidado de no nombrar jueces con estómagos demasiado sensibles. Por supuesto que no estaba hablando literalmente; yo tampoco. El punto es sólo que nuestros valores más profundos (el “no puede ayudar”⁴³ de Holmes) viven bajo el pensamiento y proporcionan garantías para la acción incluso cuando no podemos dar a esos valores una justificación convincente o tal vez ninguna justificación racional. Esto es válido también para la actuación judicial, aunque pienso esto sólo porque es lo que hace que un juez pueda ser feliz en su trabajo. El juez sabe que no tendrá que ratificar una ley u otro acto o práctica oficial que sienta profundamente injusta, incluso si el material jurídico convencional no está a la altura de fundamentar una condena constitucional. Preserva un rol para su conciencia.

41 La calificación “teoría destinada a orientar a los jueces” es vital. Las teorías académicas tienen valor académico, y además pueden señalar o resaltar hechos que pueden alterar el pensamiento de los jueces, de alguna manera ya que la teoría económica puede ayudarnos a interpretar los acontecimientos recientes en Europa del Este y la Unión Soviética como refutación del socialismo.

42 Ver Philippa STRUM, Louis D. BRANDEIS, *Justice for the People*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984, p. 361: “[El juez Brandeis] dijo [a sus asistentes] que el juez Holmes empleó una regla empírica simple para juzgar la constitucionalidad de las leyes, resumida en la pregunta de Holmes, ‘¿Te hace vomitar?’”.

43 Ver “Carta de Oliver Wendell Holmes, Jr., a Harold J. Laski (11 de enero de 1929)”, en Mark Dewolfe HOWE, (ed.) *Holmes-Laski Letters* Vol. II, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1953, p. 1124: “cuando digo que una cosa es cierta, solo quiero decir que no puedo evitar creerlo, pero no tengo motivos para suponer que mis ‘no puedo ayudar’ son ‘no puedo ayudar’ universales”.

Es fácil para los profesionales del derecho e intelectuales de todos los ámbitos ridiculizar este enfoque que, por cierto, trasciende tanto al razonamiento de arriba hacia abajo como de abajo hacia arriba al ubicar un fundamento para la acción judicial en el instinto más que en el análisis. Pueden ridiculizarlo por su falta de forma (¡matices del debido proceso sustantivo!), su subjetividad, su no cognitivismo, su relativismo, su falta de fundamento, su carácter antidemocrático no redimido por pedigrí o principio alguno. Pero las alternativas son angustiosas (por continuar con la metáfora digestiva); y tal vez lo suficientemente bueno para Holmes debería serlo para nosotros. Pero tal vez este enfoque alternativo que estoy discutiendo no sea necesariamente tan informe, tan subjetivo, tan visceral como he insinuado. Ciertamente, no tiene por qué estar completamente desarticulado (a este respecto, la metáfora digestiva es inadecuada); Holmes fue el juez más elocuente en la historia de este país, quizás de cualquier país. Se requiere —debería requerirse— información suficiente sobre el caso a través de una investigación empírica más profunda de lo que suele ocurrir en las opiniones judiciales. La simple prudencia dicta que antes de reaccionar enérgicamente a algo, se intente obtener una idea lo más clara posible de qué es ese algo. El caso “*Griswold*”, por ejemplo, en parte debido al excelente informe de los abogados de la clínica de control de la natalidad (uno de los cuales era Thomas Emerson, de la Facultad de Derecho de Yale), brindó una oportunidad, que el Tribunal no aprovechó, de desplegar datos pertinentes en apoyo de un precedente profesionalmente más respetable que el que surgió de la opinión mayoritaria de Douglas y de los que con él coincidieron. El escrito destaca algunos hechos sorprendentes que posteriores investigaciones⁴⁴ han confirmado. Uno es que las leyes que prohíben los anticonceptivos se habían aprobado en una ola a fines del siglo XIX, pero habían sido derogados en todos los estados excepto en dos, Connecticut y Massachusetts, en los cuales la derogación, aunque repetidamente intentada, había sido bloqueada por la vigorosa oposición de la Iglesia Católica que trabajaba entre la gran población católica en ambos estados. Pero mientras la ley se mantuvo sobre el papel los únicos esfuerzos para hacerla cumplir —y fueron completamente exitosas— se dirigieron contra las clínicas de control de la natalidad, cuya clientela era mayoritariamente pobre y sin educación adecuada; las mujeres de clase media preferían acudir a su ginecólogo privado para obtener consejos y dispositivos anticonceptivos. De manera que se cerraron las clínicas de planificación familiar y, por supuesto, se ilegalizó el aborto en ese momento, agudizando los dilemas sexuales y reproductivos de las mujeres pobres, mientras que las mujeres de clase media tenían acceso sin restricciones a los anticonceptivos y probablemente también a la práctica ilegal del aborto

44 Ver la discusión de los capítulos 7 al 12 de *Sex and Reason*, *cit.*

en condiciones de seguridad cuando la anticoncepción fallaba, pero siendo siempre menos probable que les fallara. Y debe recordarse que la ley no hacía distinción entre personas casadas y solteras; por tanto, podría pensarse que era una carga arbitraria para el matrimonio —específicamente el matrimonio entre los pobres y la clase trabajadora—. La ley se había fundado en la preocupación protestante (de hecho, tales son las ironías de la historia, en el anticatólico) por la fornicación, el adulterio y la prostitución, y por la inmoralidad de los inmigrantes y de la clase baja en general, aunque en realidad, pudo haber desalentado el matrimonio y fomentado la inmoralidad entre los pobres; y su supervivencia, la de la ley, se debió sobre todo a una creencia, en 1965 limitada esencialmente a los católicos y de ninguna manera compartida por todos ellos, de que era pecado impedir el resultado procreador de un acto sexual.

La ley, en resumen, era sectaria en motivos y fundamentos, se aplicaba caprichosamente, no estaba en sintonía con la opinión pública dominante en el país, era genuinamente opresiva y, creo que era justo decirlo, una vergüenza nacional, como sería una ley que prohibiera volver a casarse, o limitar el número de hijos que puede tener una pareja casada, o exigir la esterilización de personas que tengan defectos genéticos, o negar a las madres de hijos ilegítimos la patria potestad, o prohibir a los homosexuales practicar la medicina, o prohibir el aborto incluso cuando sea necesario para salvar a una mujer de una enfermedad paralizante o debilitante, o que requiriese marcar a las personas que portan el virus del sida, o más cercano al mismo caso “*Griswold*”, que requiera que las parejas casadas tengan un número mínimo de hijos a menos que demuestren que son infértiles. Lo terrible no es tener jueces que estén dispuestos a derogar tales leyes en nombre de la Constitución. Las secuelas de “*Griswold*” muestran que los riesgos de este enfoque también son enormes, pero creo que menores que los riesgos que conllevaría el enfoque totalizador que el profesor Dworkin defiende con tan elegante tenacidad.

Dworkin cree que solo su enfoque puede evitar que la doctrina constitucional cambie con cada cambio en la composición de la Corte. Esto exagera tanto la posibilidad de teorizar convincentemente en el alto nivel de abstracción que implica el enfoque holístico, como la fidelidad de los jueces hacia la doctrina de sus predecesores, especialmente los jueces de la Corte Suprema cuyas decisiones no son revisables (a diferencia de lo que es limitado). Nada excepto la fuerza mayor pueden impedir que los jueces den rienda suelta a sus valores políticos y personales, si eso es lo que quieren hacer.

Les recuerdo, en apoyo de mi enfoque sugerido, que la decisión judicial precede a la teoría articulada —porque el deber de resolver la disputa en cuestión es primordial—, y que contamos con pocos jueces (casi ninguno) para crear o incluso

evaluar teorías políticas integrales, puesto que nuestros jueces generalmente no son nombrados sobre la base de su mérito intelectual, y a menudo el instinto puede ser una guía más segura para la acción que la intelectualización a medias. Sé que parece que me estoy entregando a una paradoja al proponer un enfoque que acepta el papel de los valores personales en la jurisdicción constitucional y solo pide que se unan a los datos empíricos. De hecho, esto puede parecer una combinación extraña. Pero los valores personales, aunque están influenciados por el temperamento y la educación, no son independientes de la experiencia personal adulta; y la investigación de los hechos, no de lo que los jueces han dicho en el pasado, puede ser un sustituto de la experiencia, puede traer a casa del juez las realidades de una ley contra la anti-concepción o contra el aborto o contra la sodomía. Esa al menos ha sido mi propia experiencia. Puede que no sea típico. Sin embargo, creo que es evidente que la mayoría de los jueces pueden manejar los hechos mejor que las teorías. Por supuesto, eso es lo que dicen los razonadores de abajo hacia arriba en defensa de su enfoque. Sin embargo, el razonamiento de abajo hacia arriba pretende ser un razonamiento. Les pido que se unan a mí para abandonar esa pretensión.

Al hacerlo, daremos cancha al juez más grande en la historia de nuestro derecho, y probablemente al más grande erudito. Me refiero, por supuesto, a Holmes, quien también tuvo la mejor cabeza filosófica en la historia del juicio. Su opinión judicial más famosa es su disenso en “*Lochner*”⁴⁵. Pero, si lo juzgamos con los principios habituales del razonamiento jurídico, es un fracaso, porque ilustra la tendencia inveterada de Holmes “a sustituir el análisis por epigramas: en lugar de tomar a ‘*Lochner*’ como la oportunidad para mostrar lo que la cláusula del debido proceso ofrecía, Holmes se contentó con la afirmación engreída de que la cláusula no ‘promulgaba la Estática Social del Sr. Herbert Spencer’”⁴⁶. Estoy de acuerdo: “No es, en resumen, una buena opinión judicial. Sino simplemente la mejor opinión judicial de los últimos cien años”⁴⁷. Hay algo mal en los principios convencionales del razonamiento jurídico. Se pierden la esencia vital del desarrollo y la percepción jurídica.

Por último, les recuerdo que me refiero principalmente a las áreas del Derecho constitucional en las que la historia constitucional y el texto se dan a conocer. En un área como la libertad de expresión, donde tenemos un texto y una historia y una

45 198 US p. 74.

46 David P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century: 1888-1986*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 82. Ver también IDEM, pp. 81-82 y 130.

47 R. A. POSNER, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1988, p. 285.

larga experiencia de casos, los materiales están disponibles para la creación de una teoría, aunque limitada por cláusulas, que guiará las decisiones futuras; y así, quizás, con preguntas tales como cuándo y qué tipos de discriminación sexual se someten a la prohibición de la cláusula de protección igualitaria⁴⁸. En el de los derechos sexuales, debemos renunciar al rol judicial o dejar que los jueces recurran a sus valores personales, esclarecidos en la medida de lo posible por un estudio detenido de los fenómenos sociales pertinentes. Ni la argumentación de arriba hacia abajo ni de abajo hacia arriba puede afinar esta dolorosa elección.

Resumen

Este texto fue publicado originalmente en 1992 en la "University of Chicago Law Review". Se trata de una ponencia revisada en el marco del simposio "The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial" de 1991. En él, el autor debate esencialmente con Dworkin sobre las posibilidades de la creación de una teoría constitucional para decidir judicialmente sobre la existencia de derechos no escritos en la constitución como la interrupción del embarazo.

Palabras clave

Derechos no escritos; argumentación jurídica; adjudicación; teoría constitucional; derecho a la interrupción del embarazo; cláusula constitucional.

Abstract

This text was originally published in 1992 in the University of Chicago Law Review. It was an oral exposition reviewed in the framework of the symposium "The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial" of 1991. Posner essentially debates with Dworkin on the possibilities of creating a constitutional theory for adjudication on the existence of unenumerated rights such as the interruption of pregnancy.

Keywords

Unenumerated Rights; Legal Argumentation; Adjudication; Constitutional Theory; Right To Interrupt Pregnancy; Clause By Clause.

48 Hay, por supuesto, muchas áreas fuera del Derecho constitucional donde las teorías específicas de campo son completamente factibles: responsabilidad civil extracontractual, contratos y antimonopolio son ejemplos.

Jurisprudencia



**LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE
EN EUROPA ANTE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ALEMÁN DE 24 DE MARZO DE 2021**

**The protection of the environment in
Europe before the judgment of the german
Constitutional court of 24 march 2021**

GIACOMO PALOMBINO

*Professore a contratto di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Napoli Parthenope*

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Profesor titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada¹

SUMARIO:

- I. Introducción: la protección jurídica del medio ambiente.
- II. La protección constitucional del medio ambiente en Europa.
- III. La Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 24 de marzo de 2021 y la protección del medio ambiente ante el cambio climático.
- IV. Consideraciones finales: el potencial impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021 en la protección del medio ambiente en Europa.

**I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO
AMBIENTE**

Aunque en el Siglo XIX se advierten medidas jurídicas para la protección del medio ambiente, como el Parque Nacional de Yellowstone (1872), no es hasta el Siglo XX, con el progreso industrial y la degradación de la naturaleza, cuando ello alcanza auténtica relevancia en Derecho público. La alta contaminación de algunos ríos (la histórica Sentencia Arbitral entre Estados Unidos y

¹ Los apartados 1 y 2 han sido redactados por J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, mientras que el 3 por G. PALOMBINO; por último, el 4 ha sido elaborado por ambos.

Canadá en el “*Trail Smelter case*”, de 1941), como del aire en grandes ciudades (el Reino Unido con la “*Clean Air Act*”, de 1956), inició una progresiva reflexión jurídica sobre la necesidad de proteger el medio ambiente ante acciones humanas que ponían ya en riesgo tanto a las personas, como a la propia naturaleza; y con esto, una gradual tutela jurídica del medio ambiente con instrumentos de Derecho internacional y estatal.

No obstante, la contaminación y la degradación medioambiental ha seguido aumentando en este Siglo, haciendo insuficientes las medidas adoptadas; además, está la intensa transversalidad del riesgo que supone hoy el deterioro de los ecosistemas naturales (p.e., las nuevas pandemias), como del calentamiento global y sus nefastas consecuencias (sin más, la desaparición de Estados)². Es comprensible, entonces, que el debate continúe abierto en busca de nuevas respuestas con las que atender adecuadamente la protección del medio ambiente y de la humanidad (al momento de escribir estas páginas, la Cumbre de Glasgow COP26, de 2021), siendo la economía, el mercado, la globalización, el progreso tecnológico, el proteccionismo, la sostenibilidad, la salud, la ecología, el calentamiento, la resiliencia, y, cómo no, los derechos individuales y de las generaciones futuras, algunas de sus claves. Pero unas claves, apuntamos, que están en constante conflicto y evolución, en diálogo dialéctico, y desde las que alcanzar un equilibrio adecuado resulta cada vez más difícil ante la referida y progresiva degradación del medio ambiente, y el consiguiente riesgo de colapso medioambiental que comienza a evidenciarse³. Y un pulso este, entre tan relevantes bienes y principios, que requiere de instrumentos constitucionales (como el principio de proporcionalidad), dado el intenso y creciente enfrentamiento que entre unos y otros aquel supone y supondrá (conforme dicho conflicto aumente), según nos muestra la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021.

2 Mientras la seguridad nacional de los Estados asume la degradación de la naturaleza y sus consecuencias como nuevo objetivo y línea de acción estratégica (p.e., la preservación del medio ambiente conforme Estrategia de Seguridad Nacional española de 2017, pp. 13, 26, 48, 52, 75, 78, y especialmente 118 y 119), Naciones Unidas abre la puerta a reconocer la condición de refugiado medioambiental ante el cambio climático (Decisión del Comité de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 2019, en respuesta a la denuncia de un ciudadano de Kiribati contra Nueva Zelanda por su deportación).

3 UNEP, “Making Peace with Nature: a scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies. Nairobi: United Nations Environment Programme”, 2021, en <https://www.unep.org/resources/making-peace-nature> (19 de noviembre de 2021).

A ello, precisamente, dedicamos estas páginas, si bien, antes, vamos a repasar cómo la protección del medio ambiente se ha desarrollado en Europa, para luego, y una vez comentada la Sentencia, ver su potencial trascendencia constitucional al respecto.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EUROPA

1. Derecho constitucional y medio ambiente

Desde las revoluciones liberales, el Derecho constitucional ha girado en torno a la limitación del poder en garantía de la libertad, y a la organización, legitimación y desenvolvimiento democrático de ese mismo poder. De este modo aquello que entraba en el círculo del poder en relación a la libertad y a la democracia pasaba a ser objeto del Derecho constitucional, sin perjuicio de que otras materias pudieran quedar bajo el manto del más genérico Derecho público. Otra cosa es lo que comenzó a suceder tras la Segunda Guerra Mundial, y en concreto en la Europa Occidental. Tanto el movimiento internacional que se generó en torno a los derechos humanos (con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948), como a nivel europeo con los derechos fundamentales (particularmente tras la “*Ley Fundamental de Bonn*”, de 1949), no solo abrió la puerta a una “*età dei diritti*”⁴, sino a un Derecho constitucional centrado en la persona y en su dignidad⁵, llevando a que su objeto se expandiera: no es ya la superación de la separación liberal entre Estado y sociedad, con la intervención de los poderes públicos en la economía y en el mercado (el Estado social); es la promoción misma de la persona, como nuevo motor ahora de un Derecho constitucional transformado. Así, y junto a la economía, es que la cultura y el medio ambiente, en cuanto que contexto condicionante del sujeto humano y de su desarrollo como persona y dignidad, hayan alcanzado la categoría de objeto constitucional, de forma que su protección y promoción han quedado, desde entonces, bajo su acción.

En razón al carácter *supra*-estatal del medio ambiente, su protección se ha visto impulsada desde el Derecho internacional, si bien repercutiendo luego a nivel interno de los Estados y de sus respectivas Constituciones⁶. De este modo,

4 N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

5 P. HÄBERLE, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en *Handbuch des Staatsrechts*, 3.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 317 y ss.

6 D. BOYD, “The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other

y además del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.2.b) de 1966, se encuentra la revolucionaria Declaración de Estocolmo de 1972, el Convenio de Berna relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa de 1979, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, el Protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático (con la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero) de 1997, el muy relevante Convenio Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Materia de Medio ambiente de 1998, la Cumbre de la Tierra de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, la Conferencia de Copenhague de 2009 y el Acuerdo de París de 2015⁷.

No obstante, y conforme lo apuntado al comienzo de estas páginas, tal desarrollo jurídico sobre el medio ambiente resulta insuficiente, pues la degradación medioambiental ha llegado a tal punto que esta supone un efectivo y evidente riesgo para el futuro de la humanidad y el presente de las personas⁸. Y así que la protección del medio ambiente deja de ser un potencial y legítimo objeto constitucional, para pasar a ser un necesario y debido objeto constitucional. No es solo que el medio ambiente se reconozca como presupuesto de la misma humanidad y la persona; es que su ineludible protección jurídica requiere entonces la limitación, incluso el sacrificio (según se verá), de otros bienes e intereses de la máxima relevancia para el sistema (a nivel social, económico, político y jurídico), de manera que su adecuada ponderación requiera

Nations”, en *David Suzuki Foundation*, paper 4, 2013, en <https://davidsuzuki.org/science-learning-centre-article/status-constitutional-protection-environment-nations/> (19 de noviembre de 2021).

7 Además del Convenio de Ramsar sobre Humedales de 1971, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, el Convenio de Barcelona para la Protección del Mar Mediterráneo de la Contaminación de 1976, la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres de 1979, la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989, el Protocolo de Montreal para la Protección de la Capa de Ozono de 1989, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación de 1994, la Declaración del Milenio de Naciones Unidas de 2000 y el Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes de 2001.

8 Al tiempo, la referida Conferencia sobre el Cambio Climático de 2021 en Glasgow.

una mayor intrusión del Derecho constitucional. Y ello, claro, sin olvidar que tal juicio constitucional no quepa desde los Estados, pues el deterioro del medio ambiente abarca lo global, a la par que estos se ven superados por la globalización.

Aunque hoy se reclame una “*Costituzione della Terra*”⁹, el Derecho constitucional todavía se encuentra lejos de comprender lo global¹⁰; lo más, se ha llegado a cierto constitucionalismo sectorial, como acontece al respecto del medio ambiente¹¹, a la par que a un Derecho constitucional regional, como se da en la Unión Europea¹². En este sentido, y sin ser Europa solo la Unión Europea a nivel institucional (pues también está el Consejo de Europa), sí que el grado de integración económica, política y jurídica que la Unión ha alcanzado permite, de un lado, hablar de esta como un espacio supranacional de relevancia cuasi-estatal, federal incluso, aunque no tenga una Constitución formal¹³; y de otro reconocer, al margen del proceso de constitucionalización fracasado que supuso el Tratado Constitucional (2004), cómo hoy la Unión Europea cuenta con instrumentos típicamente constitucionales en su articulación, de lo que es muestra el ulterior Tratado de Lisboa (2007). Además, este proceso de integración europeo resulta ya tan intenso que las respectivas Constituciones de los Estados miembros quedan efectivamente limitadas por él, sin perjuicio de que estas Constituciones estatales incidan y enriquezcan el Derecho europeo. Resultado de lo anterior es que hoy se pueda advertir un Derecho constitucional en Europa (como Derecho conjunto y común) que resulta de la interacción dialéctica de unos y otros Derechos (como Derechos parciales, ahora), a la par que también del Convenio Europeo de De-

9 L. FERRAJOLI, “Per una Costituzione della Terra”, en *Teoria politica*, núm. 10, 2020, pp. 39-57.

10 P.e., J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídico*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, en especial pp. 233 y 234.

11 L. KOTZÉ, “The Conceptual Contours of Environmental Constitutionalism”, *Widener Law Review*, núm. 21, 2015, pp. 187-200.

12 P.e., F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 57-92.

13 Cómo no, A. Von BOGDANDY, “The European Union as a Supranational Federation: A conceptual attempt in the light of the Amsterdam Treaty”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 6, núm. 1, 2000, pp. 27-54.

recho Humanos¹⁴. Y desde la anterior interacción dialéctica entre ordenamientos jurídicos (europeos y estatales), la configuración de un patrimonio constitucional participado que actuaría como marco jurídico compuesto y supremo del Derecho en Europa¹⁵.

Dejando por ahora a un lado cómo el Derecho europeo primario aborda la protección del medio ambiente (pues se tratará más adelante), sí que se va a partir de la conformación de Europa, desde hace años, como un espacio de derechos¹⁶ en el que el medio ambiente también, y precisamente, ha penetrado. En tal sentido, y desde el Derecho constitucional comparado de los Estados europeos¹⁷, el medio ambiente se ha ido incorporando progresivamente en las Constituciones de estos, especialmente después de la década de los setenta tras la citada Declaración de Estocolmo; y ello fundamentalmente como mandato público de protección y derecho social (que no como derecho directamente garantizado jurisdiccionalmente), además de deber y cláusula de restricción de otros derechos. En el caso de la Constitución de Italia de 1948, la protección del medio ambiente queda amparada *todavía* bajo la simple “tutela del paisaje” (art. 9)¹⁸, si bien al tiempo se ha relacionado con el derecho a la salud (art. 32) en tanto que “valor fundamental de la colectividad” (Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 210/1987)¹⁹.

14 Tempranamente, P. HÄBERLE, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, núm. 4, 1991, pp. 261-274.

15 P.e., A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002. De metaconstitucionalidad, incluso, se ha llegado a hablar; P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 71 y ss., y 131 y ss. Por último, sobre la situación actual del Derecho europeo, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Globalización y Europa: pasado y presente”, en AA.VV. *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. I (*Balances y perspectivas en la Europa constitucional*), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 347-374.

16 Nuevamente A. Von BOGDANDY, pero ahora “Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum - Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts”, en AA.VV., *Die Neuerfindung Europas. Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration. Recht und Politik in der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, pp. 67-89, en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2971097> (21 de noviembre de 2021).

17 Y siguiendo aquí a F. SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 26 ss.

18 Decimos “todavía”, a la vista de la propuesta de reforma constitucional presentada a fin de introducir expresamente la garantía del medio ambiente y al respecto de las generaciones futuras; *Proposta di legge costituzionale*: S. 83-212-938-1203-1532-1627-1632-2160, “Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente”.

19 Y tras su reforma constitucional de 2001, introduciéndose expresamente la tutela del

Respecto a Alemania, precisamente (y sin adentrarnos ahora en la señalada Sentencia constitucional de 24 de marzo de 2021), fue con una reforma constitucional de 1994 cuando se incorporó a su Constitución (art. 20a) el deber del Estado de proteger “los fundamentos naturales de la vida”, y ello “teniendo en cuenta la responsabilidad de las generaciones futuras”. La Constitución francesa de 1958, por su parte, tampoco se refirió inicialmente al medio ambiente, si bien con una reforma constitucional en 2004-2005 (al influjo del Convenio Aarhus) se incorporó la “*Charte de l’environnement*” como parte de su “*bloc de constitutionnalité*”, reconociendo una serie de derechos sociales (el derecho a un medio ambiente equilibrado y saludable) y procedimentales (acceso a la información y participación en materia medioambiental), así como de deberes individuales relativos al medio ambiente (el deber de preservar y mejorar el medio ambiente, o evitar daños al medio ambiente y contribuir a su reparación), además de otros principios destinados a su protección (como desarrollo sostenible y precaución) y al impulso de políticas públicas en tal sentido (conciliación del desarrollo económico con el medio ambiente, educación ambiental, e investigación e innovación al servicio del medio ambiente). También es el caso, finalmente, de la Constitución belga, con su reforma de 1994, llegando a reconocer un derecho a un medio ambiente sano (art. 23).

Otra cosa fueron las Constituciones aprobadas a partir de los años setenta en Europa, a la luz de la protección internacional que sobre el medio ambiente ya se daba en tal momento (nuevamente la Declaración de Estocolmo). Es el caso de la Constitución griega de 1975, previendo originariamente la protección del medio ambiente como un deber del Estado y un derecho de los ciudadanos (art. 24.1). Asimismo, es la Constitución de Portugal de 1976, reconociendo a todos, y a modo de derecho social, el derecho a un medio ambiente humano y ecológicamente equilibrado, además del “deber de defenderlo” (art. 66.1). O la propia Constitución española de 1978, reconociendo: igualmente, un “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo” (art. 45.1); a la par, la obligación de los poderes públicos de velar “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45.2); e incluyéndose, la protección sancionadora y penal, y “la obligación de reparar el daño causado” (art. 45.3). Y, por último, de manera especialmente interesante, está la Constitución de Finlandia de 1999, pues garantiza no solo un derecho de la persona a un medio ambiente sano, sino a influir

ambiente y del ecosistema pero en cuanto que mero título competencial (legislativa) del Estado (art. 117).

en las decisiones que conciernen a su entorno, además de reconocer la naturaleza, la biodiversidad y el medio ambiente como una responsabilidad de todos (art. 20)²⁰.

2. Derecho europeo y protección del medio ambiente

Respecto al Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 no hace referencia alguna al medio ambiente, siendo (nuevamente) en los años setenta cuando se planteara el tema en tal espacio; y ello, a través de una propuesta de elaboración de un Protocolo adicional sobre un medio ambiente sano (Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1431/1999, 1614/2003 y 1885/2009), que finalmente no fructificó. No obstante, el Consejo de Europa en su actividad sí se ha comprometido políticamente con el desarrollo sostenible y ha contribuido al desarrollo de un entorno jurídico adecuado en Europa a favor de la diversidad biológica, la ordenación del territorio y el paisaje: de este modo, el referido Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa de 1979, además del Convenio Europeo del Paisaje de 2000. Sin existir así un derecho en Europa al medio ambiente (Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso “*X e Y v. Federal Republic of German*”, de 1976), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido al tiempo, y sin embargo, cómo ciertos factores ambientales de origen humano, adversos e intensos, han sido causa de violaciones de algunos derechos (especialmente el derecho a la vida y el respeto de la vida privada y familiar) protegidos por Convenio Europeo: por ejemplo, su Sentencia en el caso “*López Ostra v. Spain*”, de 1994. Pero también, y en un paso más, cómo el medio ambiente es un valor en sí mismo, y ello ante otras consideraciones económicas y otros derechos (incluso), de modo que los poderes públicos deben actuar para protegerlo: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “*Hamer v. Belgium*”, de 2007. Otra cosa es la puerta abierta a la subjetivización de un auténtico derecho al medio ambiente que pueda suponer la reciente

20 Con la caída del muro de Berlín en 1989 y la ulterior democratización de los Estados europeos comunistas, los procesos constituyentes que se llevaron a cabo vendrían asimismo a incorporar formalmente la protección del medio ambiente a la luz de los anteriores avances; y ello tanto como deber de actuación pública en protección del medio ambiente, como objeto de un derecho a un medio ambiente sano, e incluso como limitación de otros derechos (como propiedad). En este sentido, p.e., destacan los artículos: 135.2.d, e y f de la Constitución de Rumanía (1991); 15 de la Constitución de Bulgaria (1991); 72 de la Constitución de Eslovenia (1991); 53 y, especialmente, 54 de la Constitución de Lituania (1992); 35 de la Constitución de República Checa (1992); 44 y 45 de la Constitución de Eslovaquia (1992, y con reforma de 2001); 115 de la Constitución de Letonia (1922, recuperada en 1993, y con reformas de 1994 y 1998); y 5 de la Constitución de Polonia (1997).

admisión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de una demanda de seis niños y jóvenes portugueses contra 33 Estados europeos por violar su derecho a la vida y poner en peligro su futuro al no tomar acciones contundentes para frenar la crisis climática: caso “*Cláudia Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others States*” (39371/20), de 2020.

En cuanto al ámbito comunitario, la protección del medio ambiente también comenzó en la década de los setenta del siglo pasado mediante los planes plurianuales (1973), siendo ya en los años ochenta, con el Acta Única Europea (1986), cuando se previó por primera vez el medio ambiente como objeto de actividad (“acción”) de la Comunidad por su Derecho primario (art. 25). Luego el Tratado de Maastricht (1992), con la Unión Europea ya, concebiría el medio ambiente como “política comunitaria” (art. 3), para al poco tiempo comenzar a progresar en su protección europea con el Tratado de Ámsterdam (1997), y a la luz de la referida Cumbre de Río, mediante el reconocimiento del desarrollo sostenible como uno de los objetivos de la Comunidad (arts. 2 y 6); este principio, asimismo, se vería consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 37) solemnemente proclamada en Niza (2000), y con ello las bases para el reconocimiento de la protección constitucional del medio ambiente en la Unión (según se verá luego), pero sin llegar a configurar un derecho subjetivo. No obstante, sí que a nivel del Derecho europeo secundario o derivado se han desarrollado una serie de auténticos derechos procedimentales relativos al medio ambiente ya en este siglo, y al amparo del referido Convenio Aarhus (nuevamente), garantizando la obtención de información y participación en toma de decisiones sobre medio ambiente, así como el acceso a la justicia a estos fines: las Directivas 2003/4/CE, relativa al acceso del público a la información medioambiental, y 2003/35/CE, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente²¹; y el Reglamento (EC) 1367/2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

3. Derecho primario de la Unión Europea y medio ambiente

Especificando ahora en el Derecho europeo primario (u originario) en su relativa condición de Derecho constitucional y la protección del medio ambiente, y sin

21 Y por la que también se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE.

perjuicio de lo recién referido (especialmente de la CDFUE)²², el vigente Tratado de la Unión Europea en su Preámbulo se compromete con la promoción del “progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible” y el fortalecimiento de la “protección del medio ambiente”. En tal sentido, el artículo 3.3 del Tratado marca como objetivo de la Unión el desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado y en “un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”. Por otra parte el artículo 3.5, y en relación con las relaciones de la Unión Europea con el resto del mundo, es que la Unión deba contribuir asimismo con “el desarrollo sostenible del planeta”; y a este fin, conforme el artículo 21.2 (d, f y g), que la Unión deba esforzarse por lograr “un alto grado de cooperación” en las relaciones internacionales a fin de apoyar el desarrollo sostenible en el plano medioambiental “de los países en desarrollo”, “contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible”, y “ayudar a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales”.

En cuanto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y desde el genérico fin de mejorar las condiciones de vida de los pueblos europeos (Preámbulo), este reconoce a la Unión: competencia exclusiva en “conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común” (art. 3.1.d); competencia compartida en medio ambiente (art. 4.1.e)²³, y por tanto sujeta al régimen de subsidiariedad (art. 5); y además, competencia para realizar acciones en apoyo, coordinación y complemento a los Estados miembros en “la protección y mejora de la salud

22 En tanto que Derecho europeo primario desde el Tratado de Lisboa. Derecho primario, por otra parte (y recuérdese), está formado por los Tratados constitutivos y de reforma de la Unión Europea (y los Tratados de adhesión), además de la referida CDFUE y por los principios generales, y ello viniendo a conformar un nivel jurídico primario y superior al respecto del Derecho europeo secundario (o derivado), puesto que parámetro de validez de éste. Es por esto que el Derecho europeo primario desarrolle una función (para)constitucional ante el resto del Derecho europeo, por cuanto que sus normas jurídicas actúan como fundamento y límite del mismo, y al hilo de ello que el TJUE, desde su función de garante del Derecho europeo, realice una función asimismo (para)constitucional (aunque no sea un Tribunal Constitucional en sentido estricto, y no termine de desarrollar su función). De ahí que el Derecho europeo primario, sin ser auténtica Constitución formal (y aún abierta) de la Unión Europea, quepa analizarse a modo de Derecho constitucional de la Unión, y entonces el interés por saber qué establece expresamente sobre el medio ambiente tanto a nivel sustantivo, como competencial y procedimental.

23 Y en otras áreas relacionadas, como agricultura y pesca (art. 4.1.d), energía (art. 4.1.i) y seguridad en materia de salud pública (art. 4.1.k).

humana” (art. 6.a)²⁴. De manera algo más específica sobre la protección del medio ambiente, pero desde una perspectiva transversal, el Tratado de Funcionamiento exige que ello deba “integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible” (art. 11); y al respecto del establecimiento y la garantía del mercado interior (art. 26), que la Comisión, en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud y protección del medio ambiente, deba basarse en “un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos” (art. 114.3)²⁵. Y de forma ya concreta y directa respecto al medio ambiente, es que el Tratado de Funcionamiento establezca que la política europea en este ámbito contribuya a alcanzar, como objetivos,

“la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático” (art. 191.1).

Además, dicha política medioambiental tendrá como objetivo específico “alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión”, y se basará “en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga” (art. 191.2). A este fin, y desde cierta búsqueda de objetividad científica, a la par que de la diversidad y singularidades que se dan en Europa, la Unión

“tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles, las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión, las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, [y] el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones” (art. 191.3).

Por último, se prevé, conforme lo adelantado, que la Unión Europea y los Estados miembros cooperen con “terceros países y las organizaciones internacionales

24 A tales efectos, la Unión Europea debe tener en cuenta las exigencias relacionadas con la “protección de la salud humana” (art. 9), garantizando siempre un alto nivel (art. 168.1).

25 Mas esto, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan mantener o adoptar disposiciones nacionales por razones relacionadas con la protección del medio ambiente, si bien los Estados notificarán a la Comisión dichas disposiciones, así como los motivos de su mantenimiento o adopción (art. 114.4 y 5; también, art. 193).

competentes” (art. 191.4)²⁶. Para terminar, en cuanto a otras materias objeto de políticas europeas, pero en conexión con el medio ambiente, es que en el caso de “agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles” (art. 13). También, respecto a la exportación y la importación en el marco de la unión aduanera, caben prohibiciones o restricciones por razones “de protección de la salud y vida de las personas y animales” y “preservación de los vegetales” (art. 36)²⁷. Y con relación a la política energética y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, es que la Unión tenga por objetivo, y con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros, “fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables” (194.1.c).

26 A nivel procedimental ahora, y buscando un equilibrio entre los diversos intereses que se encuentran representados dentro de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo, han de decidir, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones), “las acciones que deba emprender la Unión para la realización” de los anteriores objetivos (art. 192.1). Sin embargo, el Consejo adoptará por unanimidad y con arreglo a un procedimiento legislativo especial (a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento, el Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones): las disposiciones de carácter fiscal; las medidas que afecten a la ordenación territorial, la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos, y la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos; y las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético (art. 192.2). En cuanto a los “programas de acción de carácter general que fijen los objetivos prioritarios que hayan de alcanzarse” (art. 192.3), estos serán adoptados por el Parlamento y el Consejo adoptarán conforme al procedimiento legislativo ordinario (previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones). Con todo, no se puede olvidar que “las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias” de protección del medio ambiente habrán de incluir, en los casos apropiados, cláusulas de “salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales [aunque] sometidas a un procedimiento de control de la Unión” (nuevamente art. 191.2). Y a nivel financiero, por otra parte, que los Estados, con carácter general, tengan “a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente” (art. 192.4). Y sin perjuicio del “principio de quien contamina paga”, cuando una medida adoptada sobre los anteriores objetivos relativos al medio ambiente “implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro, dicha medida establecerá las disposiciones adecuadas en forma de: excepciones de carácter temporal, apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión creado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177, o ambas posibilidades” (art. 192.5).

27 Aunque tales medidas no podrán “constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

4. Derecho secundario de la Unión Europea y medio ambiente: protección sustantiva, funcional e institucional del medio ambiente

En cuanto al Derecho europeo secundario y la protección del medio ambiente, junto a lo recién referido y lo adelantado antes, la Comunidad primero, y la Unión después, han desarrollado una muy ingente, intensa y variada política normativa al respecto, conformando al tiempo un extenso y compacto bloque jurídico del que emanan límites, principios e incluso derechos relativos al medio ambiente. Un amplio bloque que es expresión no solo del progresivo aumento de poder interno del proyecto europeo ante los Estados y los ciudadanos, sino de la propia sensibilidad mostrada por las instituciones europeas en relación a la importancia de las cuestiones medioambientales²⁸.

Así, y distinguiendo diversos sectores materiales relativos al medio ambiente, se encuentra una específica y apabullante regulación de la Unión Europea (que no podemos si quiera citar en texto por su extensión) sobre la calidad del aire²⁹, los productos químicos³⁰, la protección de la propia naturaleza y de la biodiversidad³¹,

28 E. ORLANDO, “The Evolution of EU Policy and Law in the Environmental Field: Achievements and Current Challenges”, *Transworld, Working Paper* núm. 21, 2013, en http://transworld.iai.it/wp-content/uploads/2013/04/TW_WP_21.pdf (21 de noviembre de 2021).

29 P.e., la Directiva 2001/81/CE sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos; la Directiva 2008/50/CE relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (también, la Directiva (UE) 2016/2284 relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos); la Directiva 2009/31/CE relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbón; el Reglamento 1005/2009 sobre sustancias que agotan la capa de ozono; y la Directiva (UE) 2015/2193 sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas.

30 La Decisión del Consejo 2004/259/CE relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes; el Reglamento (CE) 648/2004 sobre detergentes; la Decisión del Consejo (UE) 2017/939 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de Minamata sobre el Mercurio, como el Reglamento (UE) 649/2012 relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos; la Directiva 2012/18/UE relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas; y la Decisión del Consejo 2006/730/CE relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional.

31 La Decisión del Consejo 82/461/EEC relativa a la celebración del Convenio sobre conservación de las especies migratorias de la fauna Silvestre; el Reglamento (CE) 1936/2001 por el que se establecen medidas de control aplicables a las operaciones de pesca de determinadas poblaciones de

el ruido³², el suelo y los bosques³³, los vertidos, los residuos y el reciclaje³⁴, la pro-

peces altamente migratorias; el Reglamento (CE) 708/2007 sobre el uso de las especies exóticas y las especies localmente ausentes en la acuicultura; los Reglamentos (CE) 734/2008 sobre la protección de los ecosistemas marinos vulnerables de alta mar frente a los efectos adversos de la utilización de artes de fondo y 2019/1241 sobre la conservación de los recursos pesqueros y la protección de los ecosistemas marinos con medidas técnicas; el Reglamento (UE) 1143/2014 sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras; la Decisión del Consejo 93/626/EEC relativa a la celebración del Convenio sobre la diversidad biológica; el Reglamento (CE) 338/97 relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio; la Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves silvestres; la Decisión del Consejo 82/72/EEC referente a la celebración del Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa; la Directiva 92/43/EEC relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y la Decisión del Consejo 2002/628/CE relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad; y la Directiva 2010/63/UE relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos.

32 La Directiva 2002/49/CE sobre evaluación y gestión del ruido ambiental; el Reglamento (UE) 540/2014 sobre el nivel sonoro de los vehículos de motor y de los sistemas silenciadores de recambio; y la Directiva 2000/14/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre.

33 El Reglamento (UE) 995/2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; el Reglamento (CE) 2173/2005 relativo al establecimiento de un sistema de licencias FLEGT aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea; la Directiva 86/278/EEC relativa a la protección del medio ambiente y, en particular, de los suelos, en la utilización de los lodos de depuradora en agricultura; la Comunicación de la Comisión de 2013 sobre “Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal”; y la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

34 Como régimen general, las Directivas 1999/31/CE relativa al vertido de residuos (y la ulterior 2018/850) y la 2008/98/CE sobre residuos. Y de manera más concreta: la Directiva 91/271/EEC sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas; el Reglamento (Euratom) 1493/93 relativo a los traslados de sustancias radiactivas entre los Estados miembros (y las Directivas 2006/117/UEratom relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado, y 2011/70/UEratom por la que se establece un marco comunitario para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y de los residuos radiactivos); también la Directiva 2006/21/CE sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas; las Directivas 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases (y la ulterior (UE) 2018/852), y 2019/904 relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente; las Directivas 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, y 2011/65/UE sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos; la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas

tección de las costas y del medio marino³⁵, y la contaminación de la industria y los vehículos³⁶.

y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores; el Reglamento (CE) 1013/2006 relativo a los traslados de residuos; la Decisión del Consejo 93/98/CEE 93/98/EEC relativa a la celebración en nombre de la Comunidad, del Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea); la Directiva (UE) 2019/883 relativa a las instalaciones portuarias receptoras a efectos de la entrega de desechos generados por buques; el Reglamento (UE) 2017/852 sobre el mercurio; la Directiva 96/59/CE relativa a la eliminación de los policlorobifenilos y de los policloroterfenilos; las Directivas 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, y 2005/64/CE relativa a la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo que concierne a su aptitud para la reutilización, el reciclado y la valorización; y el Reglamento (UE) 1257/2013 relativo al reciclado de buques.

35 Además de la normativa ya referida, como los Reglamentos 734/2008 y 2019/1241: la Directiva 2008/56/CE por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino; las Decisiones del Consejo 94/156/CE relativa a la adhesión de la Comunidad al Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico (Convenio de Helsinki de 1974), 94/157/CE relativa a la celebración en nombre de la Comunidad del Convenio sobre protección del medio marino de la zona del mar Báltico (Convenio de Helsinki revisado - 1992), 77/585/CEE relativa a la celebración del Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación (así como del Protocolo sobre la prevención de la contaminación del mar Mediterráneo causada por vertidos desde buques y aeronaves), y 98/249/CE relativa a la firma en nombre de la Comunidad del Convenio sobre protección del medio marino del Nordeste Atlántico; el Reglamento (CE) 782/2003 relativo a la prohibición de los compuestos organoestánicos en los buques; la Directiva 2013/30/UE sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro; y la Decisión del Consejo 81/691/CEE relativa a la celebración de la Convención acerca de la conservación de los recursos marinos vivos del Antártico.

36 Junto a las mencionadas Directivas 2006/21/CE y 94/63/CE: la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales; la Decisión del Consejo 98/685/CE relativa a la celebración del Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales; el Reglamento (CE) 166/2006 relativo al establecimiento de un registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes; la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones; la Directiva 1999/94/CE relativa a la información sobre el consumo de combustible y sobre las emisiones de CO₂ facilitada al consumidor al comercializar turismos nuevos; el Reglamento (CE) 715/2007 sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos; la Directiva 2006/40/CE relativa a las emisiones procedentes de sistemas de aire acondicionado en vehículos de motor; el Reglamento (CE) 595/2009 relativo a la homologación de los vehículos de motor y los motores en lo concerniente a las emisiones de los vehículos pesados (Euro VI) y al acceso a la

En complemento de dicha normativa por materias destaca también un importante cuerpo al respecto de la protección del medio ambiente en Europa desde una perspectiva funcional, de lo que es muestra (p.e.): la Directiva 2007/2/CE por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire); la relevante Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (con el principio “quien contamina paga”); la Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; el Reglamento (EC) 1221/2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS); la Comunicación de la Comisión del 2000 sobre el principio de precaución; la Comunicación de la Comisión de 2004 sobre integración de los aspectos medioambientales en la normalización europea; la Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; y la Comunicación de la Comisión de 2013 sobre Creación del mercado único de los productos ecológicos (Mejora de la información sobre el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones). Y a nivel institucional y orgánico: el Reglamento (EC) 401/2009 relativo a la Agencia Europea del Medio Ambiente y a la Red Europea de Información y de Observación sobre el Medio Ambiente; el referido Reglamento 166/2006, con el Registro Europeo de Emisiones de Sustancias Contaminantes; el Reglamento (EC) 1907/2006 relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH),

información sobre reparación y mantenimiento de vehículos; el Reglamento (UE) 2018/858 sobre la homologación y la vigilancia del mercado de los vehículos de motor y sus remolques y de los sistemas, los componentes y las unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos; la Directiva 2014/94/UE relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos; el Reglamento (UE) 2016/1628 sobre los requisitos relativos a los límites de emisiones de gases y partículas contaminantes y a la homologación de tipo para los motores de combustión interna que se instalen en las máquinas móviles no de carretera; el Reglamento (UE) 2019/1242 por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ para vehículos pesados nuevos; el Reglamento (UE) 2017/2400 por el que se desarrolla el anterior (CE) 595/2009 en lo relativo a la determinación de las emisiones de CO₂ y el consumo de combustible de los vehículos pesados; el Reglamento (UE) 2018/956 sobre el seguimiento y la comunicación de las emisiones de CO₂ y el consumo de combustible de los vehículos pesados nuevos; la Directiva 2009/33/CE relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes; el Reglamento (UE) 2019/631 por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos.

y por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos; y la Decisión de la Comisión de 2015 sobre el establecimiento de comités científicos en el ámbito de la salud pública, la seguridad de los consumidores y el medio ambiente.

5. Derecho secundario de la Unión Europea y medio ambiente (sigue): el Pacto Verde Europeo y la Nueva Estrategia de la UE sobre adaptación al cambio climático (construyendo un futuro resiliente con respecto al clima)

Pero tan ingente cúmulo de normas no ha conseguido evitar la urgencia de la situación medioambiental en la que se está ya hoy (según lo adelantado), con la reducción de oportunidades que ello conlleva. En este sentido, la Unión presentó a finales de 2019 el actual “Pacto Verde Europeo” (Comunicación de la Comisión de 11 de diciembre de 2019; también, en mayo de 2020, Comunicación de la Comisión con la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030: “Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas”), a modo de nueva hoja de ruta para dotar a la Unión de una economía sostenible, moderna y eficiente ante el cambio climático y la degradación del medio ambiente, y en especial dejar de producir emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050. Se busca resguardar así a los ciudadanos de las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar, proteger, conservar y mejorar el capital natural, y convertir a la Unión en una economía de bajas emisiones, eficiente en el uso de los recursos, además de ecológica y competitiva.

En tal sentido la Unión Europea ha intensificado su protección del medio ambiente y a este fin ha decidido impulsar una economía limpia y circular, restaurar la biodiversidad y reducir aún más la contaminación: de una Europa “climáticamente neutra” se habla³⁷, al no instar a una situación de emisiones cero total sino a su compensación a través de los sumideros naturales. Y esto, además, mediante inversiones y herramientas de financiación con las que garantizar una transición justa e inclusiva: el Mecanismo para una Transición Justa (“Garantizar que nadie se quede atrás”)³⁸.

37 Propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática: “Ley del Clima Europea” (COM/2020/80 final).

38 Respecto a lo primero, la Unión Europea insta a actuar en casi todos los sectores de la economía europea, como por ejemplo: proteger más la biodiversidad; invertir en tecnologías respetuosas con el medio ambiente; apoyar a la industria para que innove; desplegar sistemas de transporte público y privado más limpios; fomentar el consumo de productos cercanos; descarbonizar la energía; garantizar edificios más eficientes energéticamente; y colaborar a nivel internacional para mejorar las normas medioambientales mundiales. Y en cuanto al apoyo financiero y la asistencia para ayudar a los sujetos

Pero en este marco de urgencia medioambiental, al que responde el referido Pacto Verde, es que la Unión Europea haya dado un paso más al aprobar, el 24 de febrero de 2021, una nueva Estrategia sobre adaptación al cambio climático a fin de prepararse ante los efectos inevitables de unos cambios que ya se están produciendo intensamente, con sus consiguientes daños: Comunicación de la Comisión “Construyendo un futuro resiliente con respecto al clima” (Nueva Estrategia de la UE sobre adaptación al cambio climático). Aunque la Unión está actuando en la contención del cambio climático, asume finalmente y de manera paralela la necesidad de prepararse ante sus consecuencias más dañosas e inevitables. De hecho, algunos de sus efectos (como olas de calor y sequías, reducción de bosques y costas, aumento del nivel del mar) ya están afectando gravemente a Europa, y las pérdidas económicas aumentan, así como sus nefastos efectos en la salud y en el bienestar de los europeos. En tal sentido la Unión plantea construir una sociedad resistente al cambio climático mejorando el conocimiento de los impactos climáticos y las soluciones de adaptación, intensificando la planificación de la adaptación y las evaluaciones de los riesgos climáticos, acelerando las medidas de adaptación, y ayudando a reforzar la resiliencia frente al cambio climático a escala mundial. Y ello instando a una adaptación más inteligente, rápida y sistémica con la que estar efectivamente preparados, a la vez que refuerza el carácter transversal de tales medidas. La idea es que la Unión se prepare efectivamente para el cambio climático construyendo un mañana más resiliente, y por tanto asumiendo la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta ahora.

Todo esto supone un salto cualitativo en relación al medio ambiente y al necesario sacrificio de otros bienes y principios de interés general a fin de protegerlo, además de garantizar un espacio de subsistencia adecuada (según lo adelantado). Y es que siendo en ambos casos la protección del medio ambiente un deber de actuación del poder público europeo, el grado de exigencia de actuación se multiplica ahora ante la intensidad del riesgo y los daños que ya se están produciendo y se esperan que lleguen en no demasiado tiempo. La protección del medio ambiente ha dejado

más afectados por la transición hacia tal economía verde (mediante un nuevo Fondo de Transición Justa, un régimen específico de *InvestEU*, y un nuevo mecanismo de préstamos para el sector público), la Unión Europea movilizará un mínimo 100.000 millones de euros durante 2021-2027. También de interés es el impulso de la misma inversión privada, en el sentido de fomentar aquella que dé pruebas de sostenibilidad ambiental. En tal sentido, por ejemplo, se encuentra el “Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible presentado” presentado por la Comisión en 2018, como los posteriores Reglamentos (UE) 2019/2088 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (o Reglamento de divulgación), y (UE) 2020/852 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles (o Reglamento de Taxonomía).

de ser así una opción política en la Unión capaz de limitar legítimamente a otras opciones, para pasar a ser una exigencia para la pervivencia de la misma integración europea y de sus ciudadanos³⁹.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE 24 DE MARZO DE 2021 Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO

1. La justiciabilidad del cambio climático

Según se ha visto, la reflexión sobre la tutela del medio ambiente y el cambio climático, al respecto de su alcance real como acerca de sus posibles consecuencias, ha tomado presencia en el debate político y jurídico conforme ha aumentado la degradación ambiental. Y ello, anotamos ahora, al impulso de asociaciones y movimientos ambientalistas que, desde abajo, han promovido la necesidad de concentrar mayor atención pública en este tema⁴⁰, al punto de que los principales actores internacionales (desde los salones de la política, hasta los exponentes de las grandes empresas globales) han terminado por tomar posición al respecto⁴¹. Sin embargo, y frente una postura casi unánime de la ciencia sobre las evidentes consecuencias (en el futuro, pero también ya) del cambio climático, es que dichas posiciones sean distintas, particularmente cuando se trata de temas críticos relativos al modelo económico-productivo (hasta ahora impulsado por los países industrializados). Son conocidas así las opiniones de quienes, de hecho, siguen negando que se esté provocando un fenómeno de tanta gravedad y, consiguientemente, rechazan la necesidad de implementar intervenciones útiles para reducirlo e, incluso, eliminarlo.

Al hilo de esta actitud política cabe también destacar cómo la misma jurisprudencia, al abordar el tema a un plano estrictamente judicial (jurídico, por tanto), se ha caracterizado por múltiples limitaciones a nivel cognitivo, como regulatorio⁴². Por un

39 A estos efectos, y paralelamente, es muy significativa la grave situación que vuelve a vivir la Unión Europea con la pandemia del COVID-19, y las dificultades que encuentra para atender las necesidades que la crisis está suponiendo en la propia integración (y que de seguro interferirá en las referidas exigencias medioambientales).

40 Piénsese, en particular, al movimiento *Fridays for future*, promovido por la activista sueca Greta Thunberg.

41 Sin ir más lejos, y al momento de escribir estas páginas, la última reunión del G20 en Roma (30 y 31 de octubre de 2021).

42 P.e., recuérdense las demandas presentadas en 2008 y 2009 por los Inuits ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra las actividades estadounidenses; la demanda en 2008 de

lado, los jueces se han mostrado reacios a tomar decisiones en ausencia de evidencias científicas (pues consideraban estas insuficientes), mientras por otro está la dificultad para determinar un nexo causal real entre el cambio climático y la vulneración de los derechos que los Tribunales estarían llamados a garantizar. Y a tan difícil configuración de la justiciabilidad del fenómeno, se sumaría también la ausencia (a veces) de un soporte normativo eficaz y adecuado, en especial a nivel constitucional y legal.

Desde estas preliminares observaciones ya se pueden identificar los perfiles extremadamente novedosos que supone la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021⁴³. Y esto desde la propia conclusión a la que llegó el Tribunal en dicha Sentencia⁴⁴: la lucha contra el cambio climático no solo tiene significación jurídica, sino que, en base a ella, una ley estatal puede ser considerada ilegítima a nivel constitucional. En particular el Tribunal declaró la ilegitimidad de la “Bundes-Klimaschutzgesetz” de 12 de diciembre de 2019, en la medida en que no considera suficientes y adecuadas las acciones previstas por el Estado para combatir el cambio climático, como es la mera reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55% para el 2030 (respecto de los niveles de 1990).

La base del Tribunal alemán para seguir esta nueva dirección parece ser el resultado de un cambio real de paradigmas, o más bien de una distorsión total de las referidas limitaciones que venían coartando los procesos judiciales anteriores, dando lugar ahora a la afirmación de nuevos derechos o, en todo caso, de nuevas formas de protección de los derechos. Y a su luz, que en los siguientes párrafos atendamos a tal cambio de paradigmas, experimentando con ello una auténtica revolución en la protección del medio ambiente⁴⁵.

Kivalina, una ciudad de Alaska, contra empresas estadounidenses por el disfrute de energías fósiles; o, e incluso, la demanda de unos jóvenes estadounidenses contra su Gobierno por la ausencia de acciones eficaces contra el cambio climático, finalmente resuelta en la ya histórica Sentencia *Juliana v. United States*, núm. 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146, 23 (D. Or. 10 de noviembre, 2016), y en la que se desarrolla, al menos, la doctrina del fideicomiso público al respecto de los recursos naturales.

43 Para una primera y urgente aproximación a ello, M.T. ROERIG, “Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20), in merito alla tutela del clima e alla riduzione di emissioni di gas serra anche a garanzia delle libertà delle generazioni future”, *Corte Costituzionale, Servizio Studi (Area di Diritto Comparato)*, 2021, en https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1619774479177.pdf (29 de octubre de 2021).

44 Aunque pueda parecer sistemáticamente incorrecto empezar por el final de la misma.

45 E incluso, por derivación, a cómo y por qué en anteriores casos (algunas veces por erróneos o por infundados) se habría fracasado al respecto. *Cfr.*: R. BIFULCO, “Perché la storica sentenza

2. El asunto del conocimiento: el diálogo entre Derecho y otras ciencias

Leyendo la Sentencia, el primer elemento que emerge y que actúa, en cierto sentido, como argumento preliminar al proceso interpretativo es la particular atención que el Tribunal Constitucional alemán presta a la investigación científica sobre el cambio climático. Es decir, asistimos a la utilización de un método cognitivo diferente al adoptado por otros reconocidos juicios sobre el mismo tema y, por tanto, a una apertura total del Tribunal a áreas de conocimiento lejanas y distintas de las atribuibles tradicionalmente al ámbito estrictamente jurídico⁴⁶.

En realidad, no es fácil comprender cómo un Tribunal podría proceder de otra manera; los jueces, de hecho, se encuentran ante porcentajes de emisión de gases de efecto invernadero, perspectivas de reducción del calentamiento global y, por supuesto, todas las consecuencias en el ejercicio de los derechos fundamentales de opciones legislativas que no son adecuadas para garantizar su cumplimiento, integridad y, en cierto sentido, conservación en el tiempo. De ahí que, en más de un centenar de páginas, los magistrados se refieran constantemente a la investigación científica y a lo que la ciencia afirma, casi unánimemente, sobre la gravedad del cambio climático (ya en marcha) y los riesgos del mismo, recordando, por todos, el “*Intergovernmental Panel on Climate Change*”⁴⁷. No en vano, los desafíos ambientales, especialmente a nivel jurídico, no pueden dejar de pasar por un conocimiento que madura en base al método estrictamente científico: primero, porque el método científico es la única herramienta capaz de superar el escepticismo político (o conveniencia política) y, en consecuencia, la resistencia de los Tribunales a intervenir de manera incisiva en el tema; y en segundo lugar, porque debido a la escala del fenómeno y la previsibilidad

tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale”, *Luiss Open*, 2021, en <https://open.luiss.it/2021/05/28/perche-la-storica-sentenza-tedesca-impone-una-riflessione-sulla-responsabilita-intergenerazionale/> (29 de octubre de 2021); R. BIN, “La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?”, *laCostituzion.info*, 2021, en <https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/04/30/la-corte-tedesca-e-il-diritto-al-clima-una-rivoluzione/> (29 de octubre de 2021). También de interés, K. GELINSKY, “Protección del clima *made in* Karlsruhe. ¿El Tribunal Constitucional Federal como creador de tendencias internacionales?”, *Konrad-Adenauer-Stiftung: Monitor Sostenibilidad*, núm. 4/2021, en <https://www.kas.de/documents/252038/11055681/Protecci%C3%B3n+del+clima+made+in+Karlsruhe.pdf/3f80eb52-4ab9-1491-3b93-04507e41550f?version=1.0&t=1623757608900> (28 de noviembre de 2021).

⁴⁶ En este sentido, es interesante recordar que la exigencia de un diálogo entre ciencias ha sido subrayada por el XXXV Congreso AIC (*Associazione Italiana dei Costituzionalisti*), titulado “Scienza costituzionalistica e scienze umane” y celebrado en Nápoles el 3 y 4 de diciembre de 2021.

⁴⁷ El Informe mencionado puede consultarse en <https://www.ipcc.ch> (29 de octubre de 2021).

de sus desastrosas consecuencias, es evidente que una reflexión jurídica que desconfíe del aporte necesario de otros conocimientos esté condenada al fracaso⁴⁸.

Además, si dichas observaciones se ubican en el contexto histórico que enmarca la Sentencia en cuestión (presentado en el apartado anterior), es evidente que el proceso interpretativo que se persigue dentro de esta última está destinado a actuar también como una advertencia para futuros pronunciamientos jurisdiccionales (y obviamente de otros Tribunales, dada la gran influencia del alemán) sobre el mismo tema o sobre otros que en cualquier caso requieran un diálogo entre el Derecho y otras ciencias. El progreso científico y tecnológico, de hecho, necesitará cada vez más de esta apertura. Piénsese, por ejemplo, en cómo el uso de la herramienta digital, y a veces de la inteligencia artificial (que, evidentemente, forman parte de nuevos campos de investigación), constituye una de las posibles armas contra la degradación ambiental y en concreto el cambio climático.

Así, y finalmente, al juzgar la inconstitucionalidad de una ley que toma como referencia la investigación científica sobre el calentamiento global, el Tribunal Constitucional alemán ha determinado la necesaria e inevitable instrumentalización de una verdadera estrategia interpretativa: la del diálogo entre las ciencias y la apertura de los Tribunales en beneficio de todo conocimiento que contribuya al bienestar de la sociedad y del mundo en el que vive.

3. El asunto legislativo: la factibilidad de los nuevos desafíos entre la interpretación de la Constitución y el horizonte supranacional e internacional

Otro elemento que incide en las motivaciones del Tribunal alemán, y por tanto caracteriza su trayectoria argumentativa, está representado por el presupuesto normativo en el que los magistrados basan su decisión: el artículo 20a de la Constitución alemana, según el cual:

“El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los funda-

48 Como es evidente, lo que aquí se afirma hace implícitamente referencia a las cuestiones jurídicas que están surgiendo sobre la base de la pandemia y, sobre todo, de las medidas que los estados están tomando para luchar contra la misma. Piénsese, en particular, en las vacunas, en las modalidades que se están promoviendo para solicitar la gente a vacunarse y todas las dudas sobre la constitucionalidad de estas medidas. Bien, los Tribunales constitucionales no podrían y no podrán responder de manera eficaz a estas criticidades sin recorrer constantemente a la ciencia y a lo que la investigación, sobre las bases del método científico, afirma.

mentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.

Esta disposición es interesante bajo dos perfiles principales estrechamente vinculados entre sí: en términos generales, se debe destacar que la Constitución alemana contiene una referencia expresa a la protección del medio ambiente y de los animales, frente a la ausencia del tema en otras Constituciones de primera generación (como la italiana, según se ha visto)⁴⁹ o en Cartas destinadas a la protección de los derechos fundamentales (sobre todo el CEDH)⁵⁰; y más específicamente (ahora), se tiene que subrayar la referencia también expresa a las generaciones futuras, y en cuanto que referencia aún menos frecuente y de hecho normalmente adoptada como punto de partida para la investigación comparada sobre el tema⁵¹.

Sin embargo, a pesar del interés que el artículo 20a plantea, así como, por supuesto, el potencial ámbito de aplicación del mismo en relación a un tema como el que nos ocupa, cabe destacar que la apertura de los textos constitucionales (y de los Tribunales que garantizan su aplicación) para salvaguardar el futuro y, al mismo tiempo, de las generaciones que lo vivirán, es el resultado de un impulso que no se origina (solo) en los ordenamientos jurídicos nacionales; este impulso remonta su génesis a nivel internacional y supranacional.

De acuerdo a lo adelantado, el tema de la protección del medio ambiente se ha consolidado a nivel jurídico-normativo en primer lugar a nivel internacional, a la par que supranacional; y esto, principalmente, por el hecho de presentarse como un desafío intrínsecamente global, pues se requiere de una intervención basada en políticas

49 Sin embargo, ciertas referencias al medio ambiente se han incluido entre las garantías constitucionales gracias a la interpretación de la Corte constitucional y tras la reforma de la Ley fundamental de 2001, conforme se ha señalado en el anterior apartado. Además, recuérdese que actualmente está en marcha una revisión del artículo 9 que persigue introducir, dentro de los principios fundamentales de la Constitución, la tutela del medio ambiente, y especificando que la misma se refiere también a las generaciones futuras.

50 Cabe señalar que, conforme lo señalado en el anterior apartado (otra vez), aunque falte una referencia expresa, el TEDH ha abierto a cierta protección del medio ambiente en su jurisprudencia. En general, G. PALOMBINO, “El medioambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la imparcialidad generacional en la perspectiva del constitucionalismo multinivel”, *Anales de derecho de la Universidad de Murcia*, núm. especial *El TEDH en su sesenta aniversario*, 2020, en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/453121/294181> (11 de noviembre de 2021).

51 Cómo no, P. HÄBERLE, “Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional”, trad. M. Fellay y L. Ferreyra, *Lecciones y Ensayos*, núm. 87, 2009, pp. 17-37.

comunes por parte de los Estados. Es precisamente en este sentido, y volviendo al tema más específico del cambio climático, que lo acordado por la comunidad internacional y la Unión en este punto ha concedido al Tribunal Constitucional una lente a través de la cual releer el artículo 20a y aplicarlo de acuerdo con los retos que Alemania también se había comprometido a afrontar. Nos referimos, en particular, a los referidos “Acuerdos de París” y al “*Green New Deal*”, sin tener en cuenta que el compromiso verde de luchar contra el cambio climático se reafirma con fuerza en el “*Next Generation EU*” y, en consecuencia, en los planes de recuperación de los Estados miembros.

Por tanto, sin perjuicio del alcance del artículo 20a, es necesario destacar cómo la fuerte inspiración supranacional e internacional que acompaña al análisis de los jueces constitucionales juega un papel decisivo en la interpretación del Tribunal alemán. Sobre la base de esto, el grado de apertura del proceso decisional no solo se registra a nivel horizontal en beneficio de otros conocimientos (según se acaba de referir), sino también a nivel vertical; es decir, teniendo en cuenta aquellas políticas que se originan fuera de la soberanía del Estado y contribuyen a la evolución del texto constitucional⁵². Desde un punto de vista normativo e interpretativo, es evidente que este aspecto no es en modo alguno un elemento de novedad. El hecho de que las Constituciones nacionales sean interpretadas por los respectivos Tribunales sobre la base de acuerdos o tratados entre Estados es una práctica inevitable (sin olvidar que hemos sido testigos y seguiremos presenciando incluso revisiones constitucionales basadas en políticas supranacionales e internacionales). Sin embargo, el elemento nuevo está representado por los argumentos que traza la referencia de los jueces a los instrumentos internacionales mencionados y que a su vez inciden en la configuración de un nuevo paradigma y en el cambio del asunto, por así decirlo, espacial.

4. El asunto espacial: la responsabilidad política no tiene fronteras

Para ilustrar mejor la última observación propuesta, parece útil recordar la teoría conocida como “el efecto mariposa”, expresión que describe el principio según el cual pequeñas variaciones de la información inicial pueden determinar, a largo plazo, grandes cambios en el comportamiento de un sistema; o cómo, conforme a la imagen que se sugiere con el nombre de tal principio, el batir de las alas de una mariposa puede provocar una tormenta a cientos de kilómetros de distancia⁵³.

52 P.e., y nuevamente, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional... cit.*, pero ahora pp. 185 ss. y 203 ss. (especialmente).

53 E.N. LORENZ, *The essence of Chaos*, University of Washington Press, Washington, 1993.

Lo que acabamos de ilustrar resume, efectivamente, tanto las razones por las que la protección del medio ambiente está destinada a encontrar respuestas especialmente a nivel internacional⁵⁴, como la razón por la que esta decisión del Tribunal Constitucional alemán se caracteriza también por una perspectiva diferente precisamente en referencia a un asunto, por así decirlo, espacial⁵⁵.

Ello encuentra justificación en el párrafo 180 de la Sentencia, donde el Tribunal estudia la posibilidad de acoger el recurso de apelación de un ciudadano de Nepal, quien considerara que la Ley climática alemana, al no definir una adecuada intervención del Estado contra el calentamiento global, habría terminado por infringiendo sus derechos fundamentales, independientemente de la ubicación geográfica del lugar donde habitualmente los disfruta (Nepal, de hecho). Inevitablemente los magistrados del Tribunal Constitucional alemán rechazaron la apelación, al ser las garantías del Tribunal alemán inaccesibles en las formas propuestas por el ciudadano nepalí. Pero el Tribunal Constitucional no niega, en cambio, que el Estado alemán, también en virtud de su compromiso a nivel internacional, sea culpable de una responsabilidad que trasciende las fronteras nacionales, para referirse así a la violación de los derechos de personas ajenas a su jurisdicción⁵⁶. Además, y conforme se desprende de la Sentencia, ni siquiera se puede excluir que cualquier daño causado en otros territorios no genere, en el futuro, fenómenos capaces de dar lugar a situaciones de emergencia dentro del Estado alemán. En particular se hace referencia al fenómeno de los llamados migrantes climáticos, pero no solo, sino a toda una serie de consecuencias que van desde la agricultura hasta el estado de las ciudades portuarias, y que, aun no comprobables en el presente y por tanto tangibles en el territorio de referencia (el alemán), siguen teniendo consecuencias negativas también sobre los derechos de los ciudadanos alemanes⁵⁷.

54 B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (coords.), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016.

55 T. TREVES, "Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio", *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1993, pp. 577 y ss.; I. INGRAO, *Il diritto all'ambiente nel quadro dei diritti dell'uomo*, Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo, Trieste, 1995; A. FERONE, "La Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente", *Rivista di diritto internazionale*, 1972, pp. 701-709; P. GAUTIER, *Environmental damage and the United Nations Claims Commission: new directions for future international environmental cases?*, en AA.VV., *Law of the sea, environmental law and settlement of disputes*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, pp. 172-214; F. FRANCONI, "International human rights in an Environmental Horizon", *European Journal of International Law*, 2010, pp. 41-55.

56 Sobre ello, véanse los puntos 54, 180 y 182 de la Sentencia.

57 Cfr. G.C. BRUNO, F.M. PALOMBINO y A. Di STEFANO, *Migration issues before inter-*

A la luz de tales observaciones, parece que el Tribunal Constitucional alemán, consciente del alcance global del desafío climático, adopta el referido principio del “efecto mariposa” y lo declina para dar lugar a una nueva configuración de la responsabilidad del Estado más allá del paradigma de la soberanía⁵⁸. Y así que esto parezca ser un elemento de gran novedad, sobre todo en razón a que no es un Tribunal internacional el que rastrea una responsabilidad de esta naturaleza, sino uno nacional; pero con ello, que de alguna manera el Tribunal Constitucional recupere también terreno en materia de protección de derechos, al darse cuenta de cómo su intervención, en ámbitos como la lucha contra el cambio climático, está dirigida a una comunidad mucho más amplia que la nacional y que, de facto, no puede confinarse en ningún territorio. La protección del medio ambiente y, por tanto, la reducción del calentamiento global vuelve su mirada hacia la humanidad en su conjunto, donde el compromiso de cada Estado contribuye a la obtención de los objetivos que se propone alcanzar⁵⁹.

5. La condición intertemporal: la protección de las futuras generaciones como obligación jurídica de carácter objetivo

Con todo, el elemento más interesante e innovador de la Sentencia que se está analizando es el argumento relativo a la protección de las generaciones futuras; y es que lo afirmado por los magistrados constitucionales alemanes constituye, ciertamente, un importante avance en la investigación sobre la naturaleza jurídica de los “derechos del mañana”⁶⁰. De este modo, la Sentencia está destinada a convertirse en una herramienta de estudio imprescindible al respecto de la protección del futuro y

national courts and tribunals, CNR edizioni, Rome, 2019; y F. LACZKO y C. AGHAZARM, *Migration, environment and climate change*, International Organization for Migration, Geneva, 2009.

58 En este sentido, *cf.* R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale... cit.*

59 En este sentido es interesante recordar que la responsabilidad hacia una comunidad no definida ni desde una perspectiva espacial, ni una temporal, se afirma ya en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues en el párrafo 6 del Preámbulo se afirma que “el disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones”. Sobre esto, *cf.* G. PALOMBINO, “La solidarietà tra le generazioni nella Carta di Nizza”, *Rivista AIC*, núm. 3, 2021, pp. 73-93.

60 C. PINELLI, “Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario”, en A. RUGGERI (coord.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 551.

de quienes lo vivirán; y ello, a la luz de la revolución sustancial que sobre la perspectiva del sujeto aquella plantea, como al respecto del lenguaje a través del cual tanto la doctrina, como (sobre todo) la jurisprudencia, se habían venido enfrentándose a la cuestión de los derechos de quienes aún no existen⁶¹.

En términos generales, la reflexión sobre la protección del medio ambiente se ha mostrado tradicionalmente como el foro preferido para reflexionar sobre la protección de las generaciones futuras, no siendo casualidad que precisamente en este ámbito se haya desarrollado el principio de sostenibilidad⁶². Y es que ello depende de varios factores, y principalmente de los datos a partir de los cuales el daño ambiental ocurre solo a largo plazo, dado que resultado de una explotación repetida e irracional de los recursos naturales; y, por tanto, cómo los procesos que tienen por objeto proteger el entorno medioambiental miren intrínsecamente hacia el futuro, y así que los miembros de las generaciones que los hayan de vivir sean los destinatarios de los efectos beneficiosos de tales procesos⁶³.

Lo recién afirmado parece confirmarse sobre todo en función de los temas críticos relacionados con el calentamiento global, puesto que el cambio climático es el resultado de modelos económico-productivos impulsados durante largo tiempo, y sobre lo que el Tribunal Constitucional alemán parece ser muy consciente. Ante las reclamaciones de los jóvenes demandantes que creen que la Ley climática alemana es capaz de causar un daño significativo a sus oportunidades de crecimiento y empleo, así como a la general calidad de su vida en el futuro, los magistrados afirman que no hay duda sobre el hecho de que es necesario reflexionar desde hoy sobre las consecuencias futuras de las decisiones políticas adoptadas en el presente.

En esta dirección, y anclando su argumento principalmente al artículo 20a de la Constitución alemana, el Tribunal considera que la protección de las

61 Nuevamente G. PALOMBINO, pero ahora “La configuración jurídica del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible?”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33, 2020.

62 U. BEYERLIN, “Sustainable development”, en AA.VV., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

63 E. BROWN WEISS, “Our rights and obligations to future generations for the environment”, *American Journal of International Law*, núm. 84, 1990, p. 198; B. CARAVITA, L. CASSETTI y A. MORRONE (a cargo de), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016; A.A. CANÇADE TRINDADE, “The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change”, en AA.VV., *Environmental change and international law: new challenges and dimensions*, United Nations University Press, Tokyo, 1992, pp. 244-312.

generaciones futuras se corresponde con una obligación jurídica de carácter objetivo que incumbe al Estado. En este punto, aunque no es la primera vez que un magistrado constitucional se refiere dentro de una decisión a las generaciones futuras, sí es una novedad absoluta que la protección de estas últimas se califique como una obligación jurídica. De hecho, es conocido cómo tal cuestión había encontrado tradicionalmente espacio en el ámbito de la filosofía moral⁶⁴, si bien la terminología adoptada por el Tribunal Constitucional demuestra cómo el problema expresa ahora una propia dimensión autónoma en el plano estrictamente jurídico; incluso, cómo las referencias normativas a la misma, a partir de la Constitución alemana, ya no pueden ser consideradas declaraciones de meros principios, sino disposiciones que gozan de su propia justiciabilidad y conllevan consecuencias en el plano jurídico.

Además, y conforme al vocabulario utilizado en la Sentencia, surge otro elemento significativo y novedoso, superando lo que siempre ha sido considerado por la doctrina como un límite real en la reflexión dedicada a las generaciones futuras. El Tribunal Constitucional, de facto, no duda en referirse a estas últimas en términos de derechos. En este sentido, se ha señalado reiteradamente la dificultad, a nivel estrictamente teórico, de considerar a las generaciones futuras como titulares de derechos subjetivos, principalmente porque sus miembros no pueden considerarse propiamente sujetos y por tanto no gozan de la capacidad de ejercer derechos o solicitar su protección en foros judiciales o representativos⁶⁵.

Lo cierto es que en la Sentencia objeto de estas páginas, estos elementos, que siempre han sido considerados un “*vulnus*” y por tanto un límite a la posibilidad de hablar propiamente de “derechos” de las generaciones futuras, parecen convertirse en el principal motivo por el que el Tribunal Constitucional alemán considera que no solo podemos hablar de derechos, sino también que es obligación del Estado el protegerlos. En este sentido entra en juego el primer punto que aborda este apartado: la apertura de la jurisprudencia a otras esferas del saber. En particular, las consecuencias del cambio climático no solo son evidentes

64 H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Insel, Frankfurt-Main, 1979; H. JONAS, *Philosophische Untersuchungen und metaphysische Vermutungen*, Insel, Verlag, Frankfurt-Main, 1992; D. PARFIT, *Reasons and persons*, Oxford University Press, New York, 1984.

65 G. PALOMBINO, “La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale”, *Federalismi.it*, núm. 24, 2020, p. 249, en <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44020> (24 de noviembre de 2021).

en el presente, sino que la investigación científica ya es capaz de predecir con cierto grado de aproximación las situaciones críticas que surgirán a largo plazo en ausencia de decisiones públicas efectivas dirigidas a reducir el calentamiento global.

En este sentido, precisamente, el Tribunal parece haber captado el rumbo con el que afirmar la necesidad de configurar la protección de las generaciones futuras como una obligación jurídica. De manera particular los magistrados señalan cómo el representante político se ve inevitablemente inducido a actuar sobre la base de una actitud presentista⁶⁶; es decir, y a tenor de sus posibilidades de elección, a ser parcial a favor del presente⁶⁷. Pero el Tribunal Constitucional considera que el cambio climático conducirá inevitablemente a la violación de los derechos fundamentales de quienes, sin poder ejercerlos en la actualidad, deben estar en condiciones de ejercerlos en el futuro⁶⁸. De interés es, así, el específico “iter” argumental con el que el Tribunal Constitucional alemán construye tal protección de las generaciones futuras, al respecto de las cargas y limitaciones a la libertad que el cambio climático supondrá dentro de años, de manera que el Tribunal insta a una transición a la neutralidad climática a tiempo y desde la actualidad; y es que resulta desproporcionado para el Tribunal las limitaciones que para la libertad de las generaciones futuras supondrán las restricciones que hayan estas de soportar luego, en emisiones de CO₂, de no adoptarse medidas más intensas hoy a las presentes⁶⁹: no debe permitirse, de esta forma, que una generación consuma grandes partes del presupuesto de CO₂ bajo una carga de reducción comparativamente leve si ello deja a la vez a las generaciones futuras con una gran carga de reducción radical y sus vidas resulten así expuestas a límites integrales para su libertad⁷⁰.

66 P. BILANCIA, “Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica”, *Federalismi.it*, núm. 1, 2017; A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale scientifica, Napoli, 1998.

67 D.F. THOMPSON, “Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship”, *Critical Review of International and Political Philosophy*, 2010, en <https://dash.harvard.edu/handle/1/9464286> (12 de noviembre 2021).

68 G. PALOMBINO, “La solidarietà tra le generazioni nella Carta di Nizza...” *cit.*, pp. 73-93.

69 Sobre ello, véanse los puntos 243 ss. de la Sentencia.

70 *Cfr.* A. BARREIRA LÓPEZ, “Cambio climático: el TC alemán falla a favor de las generaciones futuras”, *Agenda Pública*, mayo 2021, en <https://agendapublica.es/cambio-climatico-el-tc-aleman-falla-a-favor-de-las-generaciones-futuras/> (28 de noviembre de 2021).

IV. CONSIDERACIONES FINALES: EL POTENCIAL IMPACTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 24 DE MARZO DE 2021 EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EUROPA

Sin adecuadas y oportunas garantías jurisdiccionales las normas jurídicas pierden su juridicidad. Las garantías jurisdiccionales no solo son así una exigencia de los derechos, del tipo que sean, sino del propio Derecho en su conjunto, y por tanto que resulte oportuno reflexionar sobre la efectiva garantía jurisdiccional de la protección jurídica del medio ambiente. Otra cosa es, claro, llegar a considerar el medio ambiente como objeto de un derecho fundamental (en su caso), en cuanto que categoría jurídica de máxima relevancia constitucional con relación a la ordenación y a la limitación del poder⁷¹. Con todo, es que quepa ya reconocerse cómo la protección medioambiental supone hoy cierto estatus objetivo, conjunto y atribuido a las personas en relación al medio ambiente frente a la actividad pública y privada, aunque de ello no se deduzca siempre y de manera precisa una expresa facultad para que las personas reclamen jurisdiccionalmente en caso de vulneración ilegítima de dicho estatus. En tal sentido, precisamente, giraría el potencial impacto de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021 al respecto de la protección de las personas ante la degradación medioambiental y el cambio climático.

Si en una primera parte de este trabajo se ha visto cómo un extenso y heterogéneo conjunto de normas estatales (constitucionales) y europeas (de Derecho primario y de Derecho secundario) determinan un amplio marco jurídico que delimita positiva y negativamente la acción de poderes públicos (estatales y europeos) al respecto del medio ambiente, y del que emanan concretos deberes y límites, es que ahora nos planteemos su efectiva garantía jurisdiccional en caso de no ser res-

71 Cómo no, P. CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35-62. No obstante, la mayor dificultad de considerar (con carácter abstracto) el medio ambiente como objeto de un derecho fundamental no es su falta de reconocimiento formal y garantía jurisdiccional a nivel constitucional como tal (aun siendo esencial, según lo recién referido), ni tampoco su plural taxonomía y sus diversos contenidos (J.R. MAY y E. DALY, *Judicial Handbook on Environmental Constitutionalism*, Communications Division of the UN Environment Programme, Nairobi, 2017, pp. 79-89); es, según V. PEREIRA DA SILVA, cómo los derechos fundamentales se han conformado históricamente en un contexto constitucional que no se corresponde con el momento actual, en el que el poder ya no es solo estatal y público, además de tener que atender a la persona en su dignidad humana y a los diversos intereses subjetivos y objetivos que en ella confluyen (“Portugal. Le vert est aussi couleur de Constitution”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, núm. 3/2019, 2020, pp. 455-469).

petados. En principio, la garantía de los contenidos normativizados sobre medio ambiente queda sujeta, de un lado, al régimen general de la garantía jurisdiccional del Derecho constitucional de los Estados y del Derecho de la Unión Europea, lo que depende, esencialmente, del tipo de eficacia directa o indirecta reconocida a la concreta norma de que se trate, además, claro, de la propia dicción de la norma⁷². De este modo, si se pretende hablar de uno o varios derechos como fundamentales y subjetivos al medio ambiente, sí que entonces debería precisarse formalmente tal dimensión. En este sentido, por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce (recordemos) la protección del medio ambiente pero como simple deber de actuación de la Unión Europea en el seno de sus políticas públicas (art. 37), mientras que niega su invocación directa ante los Tribunales salvo para interpretar y controlar la legalidad de los actos que desarrollen, en su caso, esa protección (art. 52.5). Si la Carta condiciona y mediatiza su efectividad jurídica al respecto del medio ambiente a su realización normativa (en Derecho secundario), ello relativiza, finalmente, el deber de actuación de las instituciones europea en cuanto que aquel queda configurado como mero principio jurídico⁷³. Sin embargo, otra interpretación es posible: una restricción de la garantía jurisdiccional abstracta al respecto del medio ambiente, pero garantizándose, eso sí, la efectiva vinculación jurídica de las instituciones europeas ante y en la protección medioambiental⁷⁴; en esta línea, precisamente, podría servir de guía la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que venimos comentando.

No obstante, la protección del medio ambiente sí habría alcanzado ya la dimensión de auténticos derechos sobre algunas de sus manifestaciones, en especial de las llamadas procedimentales (por las que se reconoce y reclama la participación ciudadana en materia de medio ambiente), como son el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y la justicia en temas medioambientales (las referidas Directivas 2003/4/EC y 2003/35/EC, y el Reglamento (EC) 1367/2006). Derechos cuya eficacia y realización bien pueden contribuir a la efecti-

72 A. PAPA (coord.), *Le regioni nella multilevel governance europea. Solidarietà, partecipazione, prossimità*, G. Giappichelli, Torino, 2016.

73 Con carácter general, véase A. AGUILAR CALAHORRO, *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

74 O. DE SCHUTTER, "Article 52. Portee des droits garantis", en AA.VV. *Commentary Of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (European Commission), Brussels, 2006, pp. 407-408, <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf> (1 de diciembre de 2021).

vidad de la protección del medio ambiente en su conjunto⁷⁵; y derechos además a los que, al hilo de su carácter europeo frente a los Derechos estatales (con su primacía y su efecto directo)⁷⁶, como al respecto de su fundamento y eficacia jurídica internacional (el Convenio Aarhus), caben reconocer una especial proyección jurídica a la hora de su efectiva garantía jurisdiccional por los Tribunales europeos y estatales⁷⁷. Además, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años (frente a cierta parvedad vivida tras el boom medioambiental de los noventa)⁷⁸ vienen realizando un intenso control jurídico de la efectiva sujeción, cumplimiento y desarrollo por los Estados miembros al extenso marco jurídico (primario y secundario) que se ha expuesto con relación al medio ambiente; y ello, al punto de que el Derecho europeo (tanto primario, pero también secundario) pueda considerarse hoy un efectivo instrumento de implicación de los Estados europeos en la protección directa e indirecta del medio ambiente⁷⁹.

Otra cosa es, por otra parte, qué pueda suceder a la vista de la tendencia a la litigiosidad medioambiental que viene dándose en estos últimos años⁸⁰, y en especial

75 E. DALY, “Constitutional Protection for Environmental Rights: The Benefits of Environmental Process”, *International Journal of Peace Studies*, vol. 17, núm. 2, 2012, pp. 71-80.

76 Nuevamente A. AGUILAR CALAHORRO, pero ahora *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cisur Menor, 2015.

77 Esto, ciertamente, relativiza cierta necesidad de un derecho fundamental genérico y abstracto sobre el medio ambiente, si finalmente las dimensiones jurídicas de su protección (anteriormente presentadas) son efectivamente garantizadas (y protegidas) por los Tribunales.

78 E. FISHER, “Towards Environmental Constitutionalism: A Different Vision of the Resource Management Act 1991?”, 2017, en <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:3ff216e5-76fe-4bd4-baa7-c771444c9d92> (1 de diciembre de 2021).

79 Piénsese en tal sentido, y p.e. (L.C. FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, “La superación de los valores límite y la gestión de la calidad del aire en el centro de la acción climática y la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la salud: los principios jurídicos de eficacia y proporcionalidad en la aplicación de la Directiva 2008/50”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 102, 2020), en la jurisprudencia del TJUE sobre la superación de los valores de emisión en el aire (calidad del aire), e instando no solo a los Estados a su corrección “lo más breve posible” (STJUE de 24 de octubre de 2019, asunto C-636/2018, condenando a Francia), sino a una mayor implicación de los Tribunales nacionales en la realización del Derecho europeo ambiental (STJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto C-752/2018, relativa ahora a Alemania).

80 J. SETZER y R. BYRNES, “Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot”, *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science*, London, 2019, en <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-change-litigation-2019-snapshot/> (2 de diciembre de 2021).

a nivel de los propios Estados europeos. Así, está la Sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos en el caso “Urgenda” de 2015, en la que, a instancia de una Asociación, se acabaría condenando al Estado neerlandés a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 25% para el 2020 aun sin existir una norma jurídico-estatal específica que de tal forma lo estableciera; también, la Decisión del “Conseil d’État” en el caso “Commune de Grande-Synthe et autre” (427301) de 2020, en la que se obligó al Gobierno francés a justificar (en tres meses!) si podría cumplir la reducción de emisiones para 2030; y para el caso de Alemania, la revolucionaria y comentada Sentencia del Tribunal Constitucional de 2021, en la que vendría a reconocerse finalmente cierta vulneración de las libertades de los más jóvenes ante las cargas de reducción de emisiones previstas en el futuro de no acometerse estas en el presente.

En términos generales, el Tribunal Constitucional alemán parecería abrir un nuevo camino evolutivo en la interpretación de los textos constitucionales; incluso, del propio papel de los mismos Tribunales Constitucionales (y del Tribunal de Justicia, cabría admitir) en términos de protección de los derechos y del medio ambiente. El ingreso de las generaciones futuras en el vocabulario jurídico y jurisprudencial no es reciente; lo novedoso es la forma en que el Tribunal alemán las aborda y establece su protección obligatoria, como también lo es el recurso del Tribunal a la visión cortoplacista que caracteriza al representante político y le impide ocuparse de los tiempos venideros.

Reflexionando precisamente en estos términos, los magistrados constitucionales alemanes califican a quienes aún no existen como miembros de generaciones silenciosas⁸¹ que, como tales, no tienen los medios para condicionar los procesos de toma de decisiones e intervenir a pesar de que la elección pública en el presente genere inevitablemente consecuencias en el futuro. Es precisamente a la luz de estas observaciones, entonces, que el Tribunal afirme como esta tensión hacia el futuro arrije a las garantías que ofrece este en el desempeño de sus funciones. Es decir, y ante un límite claro del proceso democrático, que la protección de las generaciones futuras acabe por depender del Tribunal Constitucional, en cuanto que potencial garante de la custodia de la protección de los derechos también a favor de quienes puedan ejercerlos y reclamar su protección en el futuro.

Esta posición, por supuesto, no puede limitarse al Tribunal Constitucional alemán, sino que debería proyectarse (entendemos) de manera similar a los demás Tribunales Constitucionales, comenzando precisamente por los europeos y alcanzando

81 Véase el punto 206 de la Sentencia analizada.

también al mismo Tribunal de Justicia. Las cuestiones de la protección del medio ambiente y del progreso tecnológico, de hecho, están demostrando cómo la sociedad contemporánea está sujeta a una evolución cada vez más rápida a tenor de la aceleración del progreso y de sus consecuencias, lo que escapa al control de la política. Es por ello que la protección de los derechos ya no pueda basarse en una visión que focalice la toma de decisiones exclusivamente a lo existente en la actualidad, sino que necesariamente debe mirar hacia adelante, entrando en horizontes que, en este momento, escapan a la atención de las generaciones actuales (tanto de los representantes, como de los representados).

De este modo es que la jurisprudencia constitucional, asimismo como interlocutor del legislador y como limitación a sus decisiones, esté cada vez más llamada a afirmar su poder de anticipación, y de esta forma a convertirse en la primera promotora de un proceso democrático medioambientalmente sostenible al deber tener en cuenta a quienes todavía no existen. El camino, en este sentido, es todavía largo, pero no cabe duda de que la Sentencia del 24 de marzo de 2021 marca un auténtico punto de inflexión hacia una verdadera consolidación de la inclusión de la protección de las generaciones futuras en las democracias contemporáneas (y, por supuesto, en las del futuro); y al hilo de ello, claro, de una efectiva protección del medio ambiente al respecto del cambio climático y de sus nefastas consecuencias futuras, mediante necesarias limitaciones a unas generaciones presentes por lo demás inmersas ya en un escenario de resiliencia ante la actual degradación ambiental.

En este contexto, además, tanto la protección del medio ambiente como la misma resiliencia necesaria para enfrentarse al cambio climático entroncan con la idea de comunidad, la Unión Europea, y su misión de garantizar la seguridad y la protección de sus miembros, tanto Estados como ciudadanos; y para ello interviniendo necesariamente en sus respectivas soberanía y libertades, lo cual únicamente se puede realizar desde el Derecho constitucional. No en vano la resiliencia, como nuevo principio que va abriéndose camino en el Derecho constitucional y en el más amplio Derecho público, conllevará importantes cambios políticos y jurídicos⁸². Y es que la resiliencia supone sacrificio, reequilibrio, adaptación y pervivencia en un contexto adverso, lo que dará lugar a tensiones y conflictos de intereses y derechos entre grupos e individuos enfrentados; tensiones y conflictos a su vez cada vez más agudos, conforme la degradación del medio ambiente sea mayor y la supervivencia más compleja. En tal sentido, las medidas presupuestarias que se vienen adoptando

82 Como antes lo supuso la solidaridad en relación con los poderes públicos y los particulares, concretamente en las relaciones entre estos actores.

en el seno de la Unión con respecto al medio ambiente⁸³ ya son un claro ejemplo de ponderación y sacrificio entre políticas diversas que responden a distintos intereses⁸⁴. E igualmente sucede con relación a la aprobación de medidas que conlleven restricciones para los ciudadanos y los particulares en sus derechos y libertades, algunas tan importantes y significativas para la Unión como son precisamente la libertad de empresa y de circulación de mercancías⁸⁵; y esto más allá de la mera evaluación económica de la protección del medio ambiente frente a los daños que supone la degradación medioambiental, sino en relación al impacto (negativo) que para la integración europea pueda suponer una desatención de las condiciones de vida de los europeos⁸⁶, como de la oportunidad que para la Unión Europea puede suponer la protección del medio ambiente a fin de adecuar el modelo económico y social europeo a las nuevas necesidades del Siglo XXI⁸⁷.

En este sentido, la referida decisión del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021 ha dado un paso firme al respecto de la situación de conflicto y limitación de derechos que se dará en el futuro de no adoptarse medidas drásticas de protección del medio ambiente ante el cambio climático en el presente. Conforme avance el cambio climático, la protección medioambiental conllevará renunciadas y deberes constitucionales más intensos para las generaciones futuras, y entonces que dicha carga no pueda recaer desproporcionadamente en estas ante la permisibilidad del presente; o lo que es igual, el planteamiento de un conflicto de relevancia constitucional entre las generaciones presentes (con el principio democrático) y las generaciones futuras (con sus libertad y derechos) al hilo de la protección del medio ambiente, y del coste y de los daños que supone y supondrá el cambio climático.

83 En sus múltiples y transversales manifestaciones, además del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para combatir la pandemia de COVID-19.

84 Y con ello, que la originaria comunidad funcionalmente económica de la Unión Europea se someta a prueba, incluso a transformación, ante los nuevos retos y cambios que supone y requiere la protección del medio ambiente (y la actual crisis sanitaria).

85 Piénsese, sin más, en lo que puede llegar a suponer la economía circular al respecto, y en especial a la vista de las limitaciones que para la circulación de mercancías supone ya la jurisprudencia del TJUE, como así se observa en su sentencia de 1 de 2014, asunto *Alands Vindkraft*, C-573/12.

86 Según lo ocurrido durante la anterior crisis económica; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crise économique et crise constitutionnelle en Europe”, *Constitutions: Revue de Droit Constitutionnel Appliqué*, núm. 2, 2013, pp. 133-143.

87 Si bien al respecto de la anterior Estrategia “Europa 2020”, O. GIOTI PAPADAKI, “European Environmental Policy and the Strategy ‘Europe 2020’”, *Regional Science Inquiry Journal*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 151-158.

Una intensa transformación, por tanto, es la que se plantea en las relaciones con ocasión de la protección medioambiental⁸⁸; y desde tal perspectiva que el medio ambiente quepa plantearse ya como necesario objeto del Derecho constitucional (como se ha visto a lo largo de este trabajo), al requerir mayores e intensas respuestas ante la ineludible protección y la necesaria resiliencia que supone el cambio climático.

Sin embargo, lo anterior no es, ni será, suficiente. Siendo el cambio climático un problema global (recuérdese), la protección del medio ambiente debe ser global. De ello es consciente la Unión Europea (conforme se ha visto) al instar la participación y profundización internacional en tal sentido⁸⁹, y especialmente al exportar estándares de protección y al contribuir en su internalización⁹⁰; pero también lo es, precisamente, esta Sentencia al insistir en la responsabilidad y dependencia internacional del Estado alemán al respecto de las causas y consecuencias del cambio climático. De nuevo el Tribunal alemán da un paso al frente y a favor de un potencial y auténtico Derecho constitucional en perspectiva global, en cuanto que capaz de articular crítica, dialéctica y adecuadamente principios e instituciones en la efectiva protección global de bienes indisponibles como el medio ambiente respecto a Estados y personas, como ante otros poderes públicos y privados, y cuyos intereses entran en permanente y directa colisión.

Resumen

En este trabajo se analiza el potencial impacto de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021 en la protección del medio ambiente en Europa. A este fin, se comienza viendo cómo el medio ambiente ha pasado a ser objeto de protección constitucional en el Derecho europeo, tanto estatal como de la Unión Europea, y en especial en estos últimos años ante el proceso de degradación medioambiental y de calentamiento global que se vive. Luego, es cuando se estudia la referida Sentencia del Tribunal alemán, con particular atención a sus referencias a la ciencia, a la garantía de los derechos de las generaciones futuras y a las implicaciones globales del calentamiento global y la protección medioambiental. Por

88 O. BLAŽO, H. KOVÁČIKOVÁ y L. MOKRÁ, “European Environmental policy and public procurement – connected or disconnected?”, *International and Comparative Law Review*, vol. 19, núm. 2, 2019, pp. 239-265.

89 Hasta el punto de considerarse hoy, en el Derecho comparado, un pilar en el ámbito del Derecho medioambiental; H. SELIN y S. D. VANDEVEER, “Broader, Deeper and Greener: European Union Environmental Politics, Policies, and Outcomes”, *Annual Review of Environment and Resources*, núm. 40, 2015, pp. 309-335.

90 K. HOLZINGER y T. SOMMERER, “EU Environmental Policy: Greening the World?”, en G. FALKNER y P. MUELLER (eds.), *EU Policies in a Global Perspective: Shaping or taking international regimes?*, Routledge, London, 2014, pp. 111-129.

último, es cuando se aborda dicho potencial impacto de la Sentencia en el Derecho europeo, en particular con relación al principio de resiliencia que se desarrolla en la Unión Europea ante el cambio climático que ya se da.

Palabras clave

Medio ambiente, calentamiento global, generaciones futuras, Derecho constitucional, Derecho europeo, Sentencia Tribunal Constitucional Alemán.

Abstract

This paper analyzes the potential impact of the German Constitutional Court's Judgment of 24 March 2021 on the protection of the environment in Europe. In this perspective, it begins by seeing how the environment has become the object of a constitutional protection in European law, both in the individual States and in the European Union, and especially during the last few years because of the process of environmental degradation and global warming. For this reason, the aforementioned Judgment of the German Court is worth studying, with particular attention to its references to science, to the guarantee of the rights of future generations and to the global implications of global warming and environmental protection. Finally, the paper points out the potential impact of the Judgment in European Law, in particular in relation to the principle of resilience, which has developed in the European Union against climate change.

Keywords

Environment, global warming, future generations, Constitutional Law, European Law, German Constitutional Court's judgment.

Recibido: 5 de diciembre de 2021
Aceptado: 14 de diciembre de 2021



Legislación



CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA. SEGUNDO SEMESTRE DE 2021

Chronicle of European legislation. Second semester 2021

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Decisión de Ejecución (UE) 2021/1772 de la Comisión de 28 de junio de 2021 con arreglo al Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido.
- II. Recomendación (UE) 2021/ 1534 de 16 de septiembre de 2021 sobre la garantía de la protección, la seguridad, y el empoderamiento de los periodistas y los otros profesionales de los medios de comunicación en la Unión Europea.
- III. Decisión de Ejecución (UE) 2021/1878 de la Comisión de 25 de octubre de 2021 sobre registro del dominio del primer nivel “.eu”.
- IV. Reglamento (UE) 2021/1529 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de septiembre de 2021, por el que se establece el instrumento de ayuda preadhesión (IAPA III).
- V. Decisión del CESE n. 160/21A por la que se establecen normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los titulares de datos en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por el Comité Económico y Social Europeo.
- VI. Reglamento (UE, Euratom) 2021/1163 del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021, por el que se fijan el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom.

I. DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2021/1772 DE LA COMISIÓN DE 28 DE JUNIO DE 2021 CON ARREGLO AL REGLAMENTO (UE) DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVA A LA PROTECCIÓN ADECUADA DE LOS DATOS PERSONALES POR PARTE DEL REINO UNIDO

La Comisión Europea, desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y, en particular, su art. 45.3, consideró necesario formular una Decisión sobre la

ejecución de ese reglamento en el Reino Unido y dictó una norma transitoria para acelerar el proceso en esta materia.

La norma tiene una validez hasta el 27 de junio de 2025, sin perjuicio de una prórroga conforme a lo establecido en el art. 93, 2 del referido Reglamento de 2016.

La Decisión contiene 5 artículos que se refieren a la facilitación del proceso. El art. 1 garantiza un nivel de protección adecuado a la protección de los datos personales, desde la Unión Europea al Reino Unido y excluye los datos personales con fines de control de la inmigración en el Reino Unido o que se comprenden dentro del ámbito de aplicación de la exención de ciertos derechos de los interesados a efectos del mantenimiento de un control efectivo de la inmigración.

El art. 2 prevé que cuando las autoridades de supervisión competentes de los Estados miembros a fin de proteger a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, ejerzan sus poderes en virtud del art. 58 del Reglamento de 2016 referido, ese Estado miembro informará sin demora a la Comisión.

El art. 3 deposita en la Comisión el seguimiento de la aplicación del marco jurídico en el que se basa la Decisión, incluidas las condiciones en que se realizan las transferencias ulteriores, se ejercen los derechos individuales y las autoridades públicas del Reino Unido tienen derecho de acceso a los datos transferidos sobre las bases de esta Decisión, de manera que puedan evaluar el cumplimiento por parte del Reino Unido de estas condiciones de protección en su nivel adecuado.

Los Estados miembros de la Unión y la Comisión intercambiarán la información precisa acerca de si se están transfiriendo o no datos inadecuadamente por parte del Reino Unido. En tal caso, la Comisión podrá alterar, modificar o suspender esta Decisión y actuar con total libertad en defensa de los intereses de la Unión o de los Estados miembros.

Los arts. 4 y 5 están referidos a la vigencia y destinatarios de la Decisión, que lógicamente son los Estados miembros de la Unión.

II. RECOMENDACIÓN (UE) 2021/ 1534 DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2021 SOBRE LA GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN, LA SEGURIDAD, Y EL EMPODERAMIENTO DE LOS PERIODISTAS Y LOS OTROS PROFESIONALES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

De acuerdo con el art. 292 del TFUE esta recomendación trata de reafirmar los valores y principios del Tratado de respeto a la dignidad, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y los derechos humanos. Todos ellos condicionados

en su ejercicio por la libertad de prensa y el pluralismo de los medios, así como el respeto a la libertad de expresión, que son garantía del sistema democrático. El art. 11 de la Carta, que reconoce el derecho a la libertad de expresión, exige en su desarrollo una libertad de los profesionales de la información en su actividad cotidiana. Esta recomendación complementa la actual directiva de servicios de la comunicación digital y la propuesta de la Comisión de una ley europea sobre los servicios digitales.

La necesidad de protección de los periodistas de los ataques físicos y cibernéticos y la ayuda técnica para el libre ejercicio de su trabajo, en los ámbitos propios de las instituciones de la Unión determinan estas recomendaciones que incluyen distintas orientaciones a los Estados.

Se refieren a las siguientes áreas:

a) Investigación y enjuiciamiento efectivo e imparcial de los delitos

Los Estados deben investigar y enjuiciar los delitos cometidos contra periodistas de manera imparcial, efectiva, transparente y oportuna haciendo uso de la legislación nacional y europea vigente, para garantizar los derechos de estos profesionales, de manera que no pueda llegar a generarse en Europa una cultura de la impunidad en esta profesión.

La compartición de información entre los Estados constituye también una medida importante dirigida a aumentar la seguridad de estas personas, así como las buenas prácticas que permitan a las demás autoridades competentes la interdicción de la seguridad en el desempeño del trabajo.

b) Cooperación entre los servicios de seguridad, los periodistas y las asociaciones de periodistas

Los Estados miembros establecerán centros de coordinación y protocolos de cooperación que irán dirigidos a generar un margen de seguridad apreciable, en el que puedan intervenir la policía, el Poder Judicial, las autoridades locales y estatales, y todos los demás organismos de autorregulación u organización de los periodistas.

Los Estados miembros deberán garantizar un sistema de protección personal a quienes sufrieran amenazas o una situación de riesgo real. En aquellos casos de mujeres periodistas en situación de violencia de género, estas medidas tendrán particular atención, como ocurrirá también en el caso de que la orientación sexual, el origen social o étnico, o cualquiera otra causa sea motivo de discriminación reconocido en el art. 21 de la Carta.

Estos servicios especializados serán en todo caso gratuitos e independientes de los servicios de seguridad de los Estados.

c) Acceso a las instalaciones y fuentes de información

En relación con la actividad profesional de los periodistas, los Estados no pondrán dificultades en la realización de su trabajo. Ello cubrirá aspectos que van desde la facilidad para tener acceso a los documentos que puedan ser objeto de tratamiento informativo, a la facilitación de la comunicación y posibilidad de preguntas en sus ruedas de prensa o similares, con puntos de contacto ciertos para obtener la información.

Se remite la recomendación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Convenio del Consejo de Europa en relación con las exigencias de los procedimientos administrativos para acceder a documentación e información y a la facilidad de su comprensión. De ahí que la denegación de la información sea la excepción y la negativa al acceso deba ser motivada.

Los procedimientos de acreditación han de ser la excepción y en todo caso nunca obstructivos.

d) Formación

Se recomienda a los Estados miembros la realización de cursillos de formación para los servicios de seguridad de sus territorios respectivos, incluidos jueces y fiscales y las autoridades implicadas en información digital.

También la formación de los mandos intermedios y superiores de las empresas de la información periodística, para que puedan hacer frente a situaciones de acoso, así como de fomento de la igualdad entre mujeres y hombre mediante la formación en materia de derechos y no discriminación.

Estos programas podrían incluir análisis de riesgos, protocolos de actuación y diferentes medidas en relación con los problemas que plantean estas situaciones y a los que los Estados deberían hacer frente.

e) Protección económica y social

Las medidas de protección social que se recomiendan a los Estados respecto de este grupo profesional son sobre todo de cobertura de desempleo, seguridad social, reconocimiento de invalidez y jubilación, y cobertura de los riesgos laborales en el trabajo.

Se incluye como recomendación un tratamiento diferenciado de estos profesionales por su perentoriedad, y específicamente se resalta la peligrosidad de las situaciones de riesgo que sufren los periodistas en aquellos casos de protestas en la calle o manifestaciones. En estos casos ha de reforzarse su protección y maximizarse sus derechos a dar información real de lo que ocurre.

Se propone como una manera de reducción del riesgo, el contacto ininterrumpido de los funcionarios de enlace con los agentes y fuerzas de seguridad

y sus mandos naturales, manteniendo en todo tiempo un conocimiento real de las situaciones, que deje a salvo la indemnidad de los profesionales de la información.

f) Métodos de identificación visual

Sería recomendable que los Estados facilitasen medios de identificación a los profesionales, que permitieran a los agentes del orden tener conocimiento de la diferencia entre los manifestantes y los periodistas, y así evitar la confusión en que puedan incurrir las fuerzas del orden.

g) Diálogo e intercambio de información

Los Estados deben facilitar el intercambio de información entre los periodistas y los servicios de seguridad. A tal fin, se aconseja que las fuerzas de seguridad elaboren informes sobre la manera de mejorar las situaciones sobre la base de las experiencias vividas.

h) La cooperación entre las plataformas digitales y las organizaciones en temas como el sistema de alertas de incitación al odio de los periodistas

Finalmente, un apartado importante hace referencia a la situación de las mujeres periodistas, las minorías y, en general, a la desigualdad. Las medidas que se consideran necesarias en ese ámbito hacen referencia a la no discriminación, y a la evaluación periódica de medidas de acción positiva.

III. DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2021/1878 DE LA COMISIÓN DE 25 DE OCTUBRE DE 2021 SOBRE REGISTRO DEL DOMINIO DEL PRIMER NIVEL “.EU”

La Comisión Europea aprueba a través de esta norma la Decisión de poner en marcha la designación del registro del dominio de la Unión. Así, desarrolla el art. 9.3 del Reglamento (UE) 2019/517 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo sobre la aplicación y funcionamiento del dominio.

La Decisión consta de tres artículos. El primero da cuenta de la creación del registro y la referencia a la norma que lo crea, el segundo prevé la celebración de un contrato en el que se especifiquen las condiciones en las que se supervisará la organización, administración y gestión del dominio del primer nivel, o en su defecto se determina el criterio por el que se lleve a cabo esa gestión. Los dos siguientes artículos regulan la derogación de la normativa anterior de ejecución, y señalan la fecha de entrada en vigor de esta decisión (el día siguiente a su publicación, y se publicó el día 26 de octubre de 2021).

IV. REGLAMENTO (UE) 2021/1529 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2021, POR EL QUE SE ESTABLECE EL INSTRUMENTO DE AYUDA PREADHESIÓN (IAPA III)

El Parlamento y el Consejo han considerado la necesidad de un instrumento que facilite el proceso de adhesión de futuros miembros a la Unión que se extendería de 2021 a 2027. La finalidad de este instrumento es la asistencia y asesoramiento necesarios para poder cumplir con las exigencias de la entrada en la Unión Europea. Para convertirse en miembros deben haberse cumplido los criterios de adhesión que fueron aprobados en el Consejo Europeo de Copenhague de 1993. El primero de ellos es el de que la Unión tenga capacidad para asumir nuevos miembros, mientras que por parte del aspirante que este tenga unas instituciones democráticas, respeto y protección a las minorías, un Estado de Derecho y una economía de mercado viables; además, lógicamente, el compromiso de asumir sus obligaciones dentro de la Unión.

En el momento de aprobarse esta norma, aspiran a entrar en Europa: Albania, Islandia, Montenegro, Macedonia del Norte, Serbia y Turquía.

A todos ellos se les podrá aplicar este Reglamento, cuya finalidad es la de facilitar el proceso, y deberán comprometerse al respeto a los valores de la Unión y los objetivos de la Agenda 2030. El Reglamento destaca como importantes los valores que hacen referencia a la igualdad entre mujeres y hombres, y la defensa del medio ambiente.

Cuenta con un presupuesto para su actuación, que se utilizará en trabajos de programas de seguimiento conectados al proceso de integración, fomentar las reformas de aquellas instituciones que no satisfagan las exigencias de la UE en materia de instituciones políticas, judiciales o económicas.

Dicho gasto tendrá una evaluación anual, que debe justificar el nivel de acercamiento a la finalidad que se pretende, pudiendo revertirse el proceso o modificarse los gastos según los logros conseguidos.

Los objetivos se señalan en el art. 1, que son el de crear las formas de ayuda de la Unión a esos países y las normas para la concesión de dicha ayuda; en el art. 2 se denomina como “cooperación transfronteriza”, en el marco de esos Estados que han manifestado su deseo de incorporarse a la Unión.

En el art. 3 se relacionan los objetivos de dichas ayudas, como conseguir la homologación de las instituciones administrativas y socioeconómicas de estos Estados para su integración y específicamente en relación con:

- El fortalecimiento del Estado de Derecho, la democracia, el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, promocionar un poder judicial independiente, la lucha contra la corrupción, el respeto al Derecho internacional, la libertad de los medios de comunicación, de cátedra, promover la lucha contra la discriminación, la tolerancia, el respeto y la promoción a la igualdad de género, mejorar la gestión de la migración.
- En el interior del Estado modificar las estructuras poco compatibles con la UE en materia de Derecho administrativo, buen gobierno y contratación transparente y ayudas estatales.
- Conformar sus reglas en concordancia con la Unión y sostener una relación de buena vecindad con los países vecinos.
- Reforzar la cohesión y el desarrollo económico y social mediante el empleo de calidad, la formación de la juventud y el apoyo a la inversión privada sobre todo de pequeñas empresas.
- Intensificar la protección del medio ambiente, cambiar a economías saludables y ecológicas, y desarrollar una económica digital y sostenible.
- Apoyar la cohesión territorial y la cooperación transfronteriza.

Congruentemente con estas exigencias, las ayudas podrán consistir en apoyo económico a todas aquellas iniciativas que pretendan la mejora de esos déficits, que esos Estados tienen para estar en una paridad de exigencia democrática con el resto de los países que pretenden entrar en la UE.

El art. 4 establece un presupuesto de 14.162.000.000 de euros para el periodo comprendido en ese IAP y su reparto, que se regula en el art. 10 conforme a diferentes porcentajes basados en la importancia de esos objetivos previamente definidos.

Será aplicable desde el 1 de enero de 2022.

V. DECISIÓN DEL CESE N. 160/21A POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS INTERNAS RELATIVAS A LAS LIMITACIONES DE DETERMINADOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE DATOS EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO POR EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

El Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la

Unión, y a la libre circulación de esos datos da pie, en su art. 25, a esta Decisión, que sustituye a la n. 1247/2002/CE.

El Comité Económico y Social está facultado para realizar investigaciones administrativas, procedimientos de propuestas de sanción y ejecución en materia disciplinaria, y desde la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude establecer de manera conjunta acuerdos contra el fraude y la corrupción. De ese modo, en relación con los funcionarios de la Unión, y desde la necesidad de erradicar prácticas poco éticas o contrarias al Derecho, se permite en esta Decisión la adopción de una serie de medidas de prevención de conductas potencialmente conflictivas o ilegales, como la de acoso psicológico o sexual en el trabajo, conductas de fraude o corrupción, y prácticas en general contrarias a las normas de la Unión.

La Decisión considera necesario que estos procesos se lleven a cabo con discreción y respeto a las personas interesadas y, por ello, establece que en estos procedimientos de tramitación se mantenga el secreto profesional por parte de quienes lo tramitan. De ese modo, las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estas personas deberán ser motivados y justificados, y estrictamente los necesarios para conseguir el objetivo perseguido de manera que cumplan el principio de proporcionalidad.

A la persona investigada se le deberá informar del uso de sus datos personales, y de la restricción que haya de soportar en el ejercicio de sus derechos, y por tiempo imprescindible.

El art. 1 define el objeto de la Decisión como la limitación en la aplicación del Reglamento de protección de datos personales de 2016 en circunstancias extraordinarias. El Comité Económico y Social estará en todo momento representado por su Presidente.

El art. 2 regula el ámbito de aplicación de la Decisión en su contenido material. Se trata de investigaciones administrativas previas a la decisión de una investigación disciplinaria, y su finalidad es la de crear el conocimiento necesario para hacer posible la investigación formal. El procedimiento se llevará a cabo de manera totalmente confidencial, con la finalidad de que esos datos no puedan tener una repercusión externa al propio expediente que se tramita. Además, se llevará a cabo respetando una medida de proporcionalidad y necesidad de limitación de todas y cada una de las decisiones que se adopten con anterioridad a su realización, y se anotaran en un registro específico.

En el art. 3 se regulan los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, con la exigencia de que, en el registro de la actividad, quede constancia de cada limitación de un derecho, y su motivada proporcionalidad.

En el art. 4 se contiene la exigencia de la evaluación de riesgos, de manera que se hará constar el número de registro de esas actividades y la evaluación del impacto

sobre los derechos de protección de los datos personales de la persona investigada, cuyo contenido mínimo será:

- una definición clara y precisa de las funciones, responsabilidades y etapas del procedimiento.
- un entorno electrónico seguro que impida el acceso y la transferencia de esos datos a personas no autorizadas.
- el almacenamiento y tratamiento de los documentos en papel.
- la supervisión de las limitaciones y la revisión periódica de su aplicación en plazo no superior a seis meses.

Estas limitaciones se tienen que levantar de la manera más rápida posible en cuanto desaparezcan las causas que las justifiquen.

Finalmente, los datos que se hayan archivado en ese expediente se liberarán en cuanto sea posible, y quedará constancia de ellos de manera anónima.

En el art. 5 se garantiza que el acceso al registro de estas actividades estará limitado también a las personas responsables de la dirección del procedimiento, y esta información se tendrá también que traspasar a la persona interesada y afectada por las actuaciones. Esto se deberá efectuar de manera individualizada y escrita, según el art. 6, dando posibilidad a esa persona a que reaccione jurídicamente frente a la investigación, con la particularidad de que se pueda perjudicar el progreso de la investigación en cuyo caso este secreto se mantendrá por el tiempo mínimo imprescindible.

El art. 7 regula la posible fuga de datos por razones ajenas a la intencionalidad de quienes están encargados de la tramitación del expediente. En tal caso deberá también notificarse esa fuga al interesado por si decide solicitar una reclamación ante el SEPD.

El art. 8 finalmente hace referencia a las restricciones al derecho de información del interesado, cuando se pueda perjudicar la investigación, y su posibilidad de reclamar ante esa falta de información.

VI. REGLAMENTO (UE, EURATOM) 2021/1163 DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 24 DE JUNIO DE 2021, POR EL QUE SE FIJAN EL ESTATUTO Y LAS CONDICIONES GENERALES DE EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (ESTATUTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO) Y POR EL QUE SE DEROGA LA DECISIÓN 94/262/CECA, CE, EURATOM

La institución del Defensor del Pueblo, que formó parte con carácter general de las reconocidas en las constituciones de los años setenta y siguientes del pasado

siglo, se incorporó igualmente a la Unión Europea siguiendo un esquema un tanto regular, dada la ausencia de constitución formal de la Unión y ante el reconocimiento de algunos derechos en la Carta, que parecían exigir una figura de este tipo como garantía del ciudadano europeo frente a algunos abusos de la administración. En todo caso, esta figura no ha tenido hasta el momento mayor protagonismo, como por otra parte ocurre con los defensores estatales del pueblo, generalmente ausentes de los conflictos importantes, y cuya función no parece muy clara en el ordenamiento jurídico. La inserción de un defensor del pueblo en los Estados en los que las garantías de cumplimiento de la ley por parte de las administraciones públicas están constitucionalmente garantizadas, no parece ofrecer mucho margen a instituciones como esta, pero en todo caso, una cierta inercia institucional introdujo en la UE una defensoría del pueblo que busca igualmente su propia ubicación e identidad.

Este Reglamento regula las condiciones del ejercicio de sus funciones mediante un estatuto que atiende fundamentalmente al procedimiento.

Determina la independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones, y tiene como finalidad la detección de casos de mala administración en la actuación de las instituciones de la Unión, de los que naturalmente se excluyen los órganos jurisdiccionales europeos.

La legitimación la tiene todo ciudadano europeo o toda persona física o jurídica que resida en un Estado miembro de la UE, que podrá acudir en defensa de sus derechos a través de una solicitud en la que hará constar con claridad el objeto de su petición. También se podrá solicitar la intermediación de un diputado europeo, y tendrá como plazo prescriptivo dos años, a partir de la fecha en la que se haya tenido conocimiento de los hechos que la motivan.

Si se considera infundada la reclamación se archivará con información al solicitante, dando cuenta al organismo o institución europea si procediera. El Defensor del Pueblo en casos de admisibilidad contactará con el organismo o institución denunciada, informando al reclamante de los resultados obtenidos.

También de oficio se podrá llevar a cabo una investigación o solicitud de información por parte de esta institución, ante situaciones en las que se considere que existen casos de interés público. En estas situaciones se podrán hacer propuestas a las instituciones para la solución de los problemas detectados. En estos casos, las instituciones tienen la obligación de colaborar con el Defensor del Pueblo, y facilitar la información y ayuda requerida.

Si así lo considera, el Defensor del Pueblo podrá comparecer ante el Parlamento Europeo para informar, bien a petición del Parlamento o a petición propia, si lo considera de interés.

También podrá exigir la comparecencia ante él de funcionarios públicos, agentes, representantes de organismos de la Unión y otras autoridades si están vinculados a hechos sobre los que se tramite su actuación.

En el art. 9 se regula la exigencia del secreto profesional acerca de las investigaciones y expedientes que se tramiten en el curso de una actuación. Especialmente si se trata de información o documentación clasificada de la UE o documentos internos de las instituciones, que tengan alguna relación con los datos personales. Estas exigencias serán todavía mayores en los casos de investigaciones de delitos, en los que sí se estará obligado a dar traslado a la Fiscalía Europea.

Respecto de los Estados miembros se establece la obligación de cooperación de las autoridades, y la recíproca por parte del Defensor del Pueblo en la protección y fomento de los derechos fundamentales, evitando solapamientos y duplicidad de actuaciones.

El procedimiento de elección del Defensor se remite al art. 228.2 TFUE en un proceso de selección transparente de los candidatos, entre aquellas personas que tengan reconocida la ciudadanía de la Unión, ofrezcan garantía de independencia, se encuentren en pleno ejercicio de sus de sus derechos civiles, y reúnan las condiciones y competencia para el ejercicio de su función. Tendrán limitado ese acceso los miembros de los gobiernos nacionales, diputados al Parlamento Europeo, miembros del Consejo Europeo o de la Comisión, en los años anteriores a la fecha de publicación de la convocatoria de las candidaturas.

Su sede estará en el mismo Parlamento Europeo. Contará con un presupuesto adecuado a las necesidades de su función, asistido por una Secretaría, que nombrará el propio Defensor, y un número suficiente de funcionarios sujeto a su respectivo estatuto.

Su remuneración será la de un juez del Tribunal de Justicia, y tendrá el mismo tratamiento jurídico de inmunidad y reconocimiento social, que el previsto en la regulación del Protocolo 7 de la UE.

Resumen

La legislación europea de este semestre se ha centrado sobre todo en el desarrollo de una normativa sobre el hecho digital. Durante los últimos años, en los Estados miembros se ha planteado la necesidad de abordar aquellas cuestiones relacionadas con la sociedad digital, en la exigencia de que se desarrolle una legislación que garantice los derechos derivados del ejercicio por parte de las plataformas, entidades y empresas que se dedican a la actividad digital. Esto se ha plasmado en distintas normas, indirectamente relacionadas como en el caso de las recomendaciones sobre la protección de los periodistas, u otras más directamente, relativas al dominio “.eu”, el tratamiento de datos personales respecto al Comité Económico

y Social Europeo. También se han emitido normas relativas a los instrumentos de ayuda a la preadhesión a la UE o al Defensor del Pueblo Europeo.

Palabras clave

Hecho digital; periodistas; dominio “.eu”; ayudas preadhesión; tratamiento de datos personales; Comité Económico y Social Europeo; Defensor del Pueblo Europeo.

Abstract

European legislation in this semester has focused mainly on the development of legislation on the digital fact. In recent years, the need has arisen in the Member States to address issues related to the digital society, requiring the development of legislation to guarantee the rights derived from the exercise by platforms, entities and companies engaged in digital activity. This has taken the form of various standards, indirectly related, as in the case of the recommendations on the protection of journalists, or others more directly, relating to the “.eu” domain, the processing of personal data with respect to the European Economic and Social Committee. Rules have also been issued concerning instruments for pre-accession assistance to the EU or the European Ombudsman.

Keywords

Digital Fact; Journalists; .Eu Domain; Pre-Accession Assistance; Personal Data Processing; European Economic And Social Committee; European Ombudsman.

Recibido: 10 de diciembre de 2021

Aceptado: 14 de diciembre de 2021

Foro



NACIONALISMOS Y AUTODETERMINACIÓN: CATALUÑA Y QUEBEC

Nationalism and self-determination: Cataluña and Quebec

IGNACIO VÁZQUEZ¹

*Abogado por la Facultad de Derecho de
la Universidad de Buenos Aires*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El derecho de autodeterminación.
- III. El nacionalismo catalán y el nacionalismo quebequés.
- IV. Nacionalismo y autodeterminación.
- IV. Conclusión.
- V. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me propongo realizar un análisis del derecho a la autodeterminación a la luz del nacionalismo catalán y quebequés. Así, tras analizar el tratamiento que el Derecho internacional brinda al derecho de autodeterminación y los supuestos en que el mismo procede, me centraré en la relación existente entre los nacionalismos y el derecho de autodeterminación.

Para ello, será necesario tomar en consideración la distinción teórica entre nacionalismo político y nacionalismo cultural, así como indagar en las particularidades que presentan tanto el nacionalismo catalán como el quebequés.

Finalmente, me centraré en las diversas soluciones jurídicas que los máximos intérpretes de la Constitución han brindado tanto en el caso de Cataluña como en el de Quebec, para efectuar luego algunas consideraciones respecto al modo de abordar y solucionar el desafío soberanista por parte de los Estados democráticos contemporáneos.

1 Magíster en Derecho Constitucional (CEPC – Madrid). Docente Derecho de la Integración – Universidad de Buenos Aires.

II. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

El derecho de autodeterminación ha sido reconocido por la comunidad internacional prácticamente desde los albores de las Naciones Unidas. Así, lo encontramos en la Carta de Naciones Unidas, en sus artículos 1.2 y el 55, reconocido como un principio y un propósito, si bien limitado por otro principio fundamental del Derecho internacional como es la no injerencia en los asuntos internos del Estado y la integridad territorial de los mismos (artículo 2.7 de la Carta). También en la Resolución núm. 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1960 relativa a la concesión de independencia a los pueblos coloniales, donde aparece ya reconocido como un derecho que tienen los pueblos dependientes o colonias y donde, como bien se ha remarcado, se conecta la idea de autodeterminación con la de descolonización tal como ha sido sostenido por el propio Comité de Descolonización de Naciones Unidas².

Luego se ha consagrado en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 donde parecería ampliarse el alcance del mismo, ya que en su artículo 1.1 se reconoce a todos los pueblos este derecho, en virtud del cual “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Sin embargo, cabe destacar que el propio artículo 1.3 de los Pactos limita el alcance de este derecho al indicar que los Estados parte en el Pacto promoverán el ejercicio del derecho de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, la cual ha sido interpretada en el sentido de que reserva este derecho solo a los pueblos coloniales.

Finalmente, otro instrumento jurídico internacional importante en la regulación de este derecho es la Resolución núm. 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1970 sobre los principios que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre Estados que, tras repetir ciertas consideraciones contenidas en los Pactos de 1966 respecto al derecho de autodeterminación, da un paso hacia adelante al indicar que

“el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo”;

y que los Estados deben abstenerse por tanto de cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos aludidos de ejercer su derecho por estas vías. Esta última

2 A. DE BLAS, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Editorial Alianza, Madrid, 1994, p. 138.

Resolución ha fomentado que se proponga un concepto lato de derecho de autodeterminación, asimilándolo lisa y llanamente a derecho de secesión. Sin embargo, cabe destacar que la propia Resolución hace hincapié en el hecho de que

“ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”.

Esto indica, en definitiva, que la Resolución núm. 2625 es consistente con toda la doctrina anterior emanada de los órganos de Naciones Unidas, que sostiene la primacía del principio de integridad territorial de los Estados y limita el ejercicio del derecho de autodeterminación a los supuestos coloniales; lo cual, por otro lado, es consistente con el hecho de que, en el Derecho internacional, los Estados son al mismo tiempo los creadores y destinatarios de las normas. Además, salvo contadas excepciones, estos suelen ser reticentes a reconocer un derecho de disgregación a sus miembros.

Ahora bien, llegado este punto cabe observar la doble apreciación que ha existido siempre del derecho a la autodeterminación en el contexto del Derecho internacional: a) una faz interna entendida como derecho al autogobierno y b) una faz externa entendida como el derecho de una comunidad territorial de separarse del Estado del que forma parte o mantenerse integrado al mismo. De hecho, la propia Resolución núm. 2625 al rechazar el quebrantamiento de la integridad territorial de los Estados que se conduzcan de conformidad con el principio de la libre determinación de los pueblos, está poniendo en evidencia esa concepción del derecho de autodeterminación en su faz interna, como autogobierno de los pueblos, ya que al mismo tiempo que rechaza la posibilidad de secesión de una comunidad territorial que no se encuentre inmersa en un supuesto colonial, lo hace bajo la condición de que se respete su libre determinación.

En efecto, la idea originaria de autodeterminación apunta hacia su faz interna, como un concepto que defiende que “los ciudadanos deben elegir su gobierno de modo que este repose sobre su consentimiento; igualmente, que puesto que los hombres son libres y racionales, deben participar en la vida de

aquél”³. El derecho de autodeterminación así entendido, tiene que ver con la posibilidad de los pueblos de establecer libremente su condición política, proveyéndose de su propio desarrollo cultural, económico y social. Por otro lado, y observándolo desde su faz externa, autores como Solozábal definen al derecho a la autodeterminación como “la decisión soberana en un solo acto de una comunidad territorial sobre su propia forma política, manifestando su voluntad de separarse o mantener su integración en el Estado, con su actual posición u otra diferente”⁴.

Por lo expuesto, puede afirmarse junto a Ruiz Rodríguez, que el derecho de autodeterminación “no supone el reconocimiento de la secesión salvo en las situaciones coloniales y en los supuestos de que esta se pretenda en un Estado racista o que no represente la totalidad del territorio”⁵. Es decir, si bien el derecho de autodeterminación externa es reconocido por el Derecho internacional exclusivamente para los pueblos coloniales como regla general, puede sostenerse que al mismo tiempo se establece una cláusula de salvaguarda por el cual dicho derecho se reconoce también a aquellos pueblos que formen parte de un Estado cuyo gobierno no represente a la totalidad del pueblo del territorio sin efectuar distinciones por motivos de raza, credo o color. Este último supuesto, como bien indica Tajadura Tejada, se encuentra ligado íntimamente al principio democrático, en virtud del cual

“la denegación del derecho a participar en la vida pública, impidiendo a los miembros de ese pueblo el acceso real al gobierno para el desarrollo político, económico o cultural, tendría como consecuencia, de forma excepcional, el derecho a la libre determinación de ese pueblo”⁶.

Una vez definido el alcance del derecho de autodeterminación en el Derecho internacional, analizaré en el siguiente apartado dos supuestos controvertidos donde ciertas comunidades territoriales han invocado el derecho de autodeterminación para justificar su pretensión secesionista del Estado central

3 *Ibid.*, p. 144.

4 J.J. SOLOZÁBAL, “La autodeterminación y el lenguaje de los derechos”, en *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014, p. 200.

5 S. RUIZ RODRÍGUEZ, *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*, CEPC, Madrid, 1998, p. 139.

6 J. TAJADURA TEJADA, “El derecho a decidir, el Estado de Derecho y la Democracia”, en *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014, p. 219.

y procuraré determinar si, tanto a la luz del Derecho internacional como de los ordenamientos internos, dichas pretensiones son viables, así como analizar en perspectiva comparada las diversas soluciones adoptadas por los órganos judiciales de uno y otro Estado. Me estoy refiriendo, claro está, a los casos de Cataluña y Quebec.

III. EL NACIONALISMO CATALÁN Y EL NACIONALISMO QUEBEQUÉS

Previo a abordar el estudio de las singularidades de cada caso, conviene aclarar la dificultad de elaborar una teoría global sobre el nacionalismo aplicable de modo certero a la multiplicidad de variantes que el fenómeno presenta. De todos modos, conviene adscribir aquí a la típica distinción entre nacionalismo político y nacionalismo cultural, una construcción de tipo ideal que no necesariamente se ajusta a la realidad, pero que permite agrupar a las naciones en dos grandes modelos según se fundamenten en uno u otro tipo de idea de nación.

Así, la idea de nacionalismo político se vincula con

“un mayor sentido funcional y pragmático, en tanto que fuente de legitimidad y generador de lealtad hacia una forma de Estado-nación que, en el mundo occidental, se ha terminado transformando en una realidad equiparable al sistema político liberal-democrático”⁷.

Es un concepto de nación que se emparenta más al de Estado-nación y sobre el que se fundamenta el surgimiento de Estados liberales como el francés o estadounidense. Frente a esta idea, el nacionalismo cultural “tiende a acentuar rasgos más emotivos y comprometidos, menos acordes con una lógica instrumental, en coherencia todo ello con el modo de concebir la nación como objetivo en sí, mejor que como artefacto al servicio de la vida política”⁸. Y es, en efecto, sobre la idea de nación cultural sobre la que se sostiene el principio de las nacionalidades, y lo que explica que pueda existir una identificación de una comunidad territorial con una determinada nación cultural que no se corresponda con la nación política de la que dicha comunidad forma parte ya que, como bien señala Ruiz Rodríguez, “allí donde no se ha conseguido reconciliar al Estado con la nación cultural, se consideraría ló-

7 A. DE BLAS, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Editorial Alianza, Madrid, 1994, p. 16

8 *Ibid.*, p. 16.

gico que las nacionalidades, entendidas como naciones no realizadas políticamente, reclamen el acceso a su propia estatalidad⁹.

Por ello, la acción de los movimientos nacionalistas de estos territorios se focaliza en acentuar y fomentar una creciente homogeneidad étnico-cultural dentro del territorio, y remarcar los hechos diferenciales de esa comunidad respecto a los otros territorios del mismo Estado y, de modo tal, justificar el reclamo de soberanía política para dicha comunidad territorial en virtud de su diversidad cultural. Dentro de los diversos aspectos culturales, la lengua y la religión tienen un peso preponderante como fundamento de los movimientos nacionalistas. En efecto, todo nacionalismo debe “potenciar y poner de manifiesto aquellos rasgos culturales, fisiológicos e históricos de los que pueden resultar elementos de diferenciación”¹⁰, tarea por otro lado nada fácil en las sociedades contemporáneas, crecientemente globalizadas y multiculturales.

Efectuada esta disquisición, pasaré a analizar si puede hablarse de la existencia de una nación catalana o una nación quebequesa, cuáles son sus rasgos distintivos, y como juega la existencia de estos nacionalismos con su pretensión de soberanía política y el derecho de autodeterminación en el marco de los Estados democráticos, en que estas comunidades se desenvuelven.

1. El nacionalismo quebequés

Quebec es una de las diez provincias en que se divide Canadá y presenta la particularidad de que su población es mayoritariamente francófona en un país como Canadá de mayoría anglófona, lo cual se explica porque fueron los franceses (con Jaques Cartier y Samuel de Champlain a la cabeza) quienes se asentaron primero en la región y fundaron la ciudad de Quebec ya en 1608. En 1763, sin embargo, Inglaterra vence a Francia en la llamada guerra de los Siete Años (1756-1763), y esta última se ve obligada a ceder la región de *Nueva Francia* (como se denominaba entonces) a Inglaterra, pasándose a denominar así Provincia de Quebec, por medio

9 S. RUIZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 27. En sentido similar se expresa Andrés de Blas Guerrero cuando sostiene que “dada la importancia de esta personalidad colectiva surgida de la entraña misma del espíritu del pueblo, estaría en la naturaleza de las cosas que las organizaciones estatales conscientes de su sustancial artificiosidad se pusieran al servicio de esta idea de nación [...] En pocas palabras, esta sería la teoría básica de un principio de las nacionalidades que se fue abriendo paso a lo largo del Siglo XIX dentro de una de las grandes familias del nacionalismo”. Cfr. A. DE BLAS, “Sobre el principio de las nacionalidades”, en *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014, p. 56.

10 S. RUIZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 28.

de un Tratado celebrado entre ambas potencias en el cual Inglaterra se comprometía a respetar la lengua francesa y la religión católica mayoritaria de los quebequeses.¹¹

Pese a que el dominio francés sobre la región se perdió hacia fines del siglo XVIII, lo cierto es que la implantación de la cultura y lengua francesa perdura hasta nuestros días, al punto tal que la sociedad actual de la región de Quebec (de unos 7.500.000 habitantes) es mayoritariamente de habla francesa y religión católica, con la presencia de minorías étnicas pertenecientes a los llamados “pueblos originarios”, que consisten en los iroqueses y los algonquinos. Es evidente, entonces, que existe una clara diferenciación cultural entre la población de la región del Quebec (francófona) frente a la del resto de Canadá (anglófona).

Estas diferencias culturales que encuentran raíces históricas en el proceso de colonización fueron utilizadas por los movimientos nacionalistas para reclamar una mayor autonomía política para la región de Quebec e incluso la secesión de Canadá, principalmente a partir de la grave crisis económica que atravesó Quebec hacia fines de la década de los 50 y principios de los 60, una de cuyas consecuencias fue la creciente desigualdad entre la comunidad anglófona y la francófona, en perjuicio de esta última¹².

Estos factores, motivaron que el Partido Liberal quebequés iniciara la llamada “revolución tranquila”, impulsando una serie de medidas económicas destinadas a que el reparto de los bienes y servicios fuera más equitativo y a un fortalecimiento de la conciencia cultural de la singularidad quebequesa. A partir de allí se inició un derrotero independentista que pasó por dos referéndums de autodeterminación: El primero de ellos en 1980, donde el voto por la unidad obtuvo un 60% frente al 40% del voto secesionista¹³; y el segundo de ellos en 1995, donde el voto por la unidad obtuvo un 50,65% frente al 49,44% de los secesionistas (apenas 50.000 votos más)¹⁴.

11 R. DE DIEGO, “Del colonialismo al nacionalismo: el modelo de Quebec”, *Revista Semiosfera: Convergencias y divergencias culturales*, núm. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2014, pp. 112-113.

12 M. BORREGO GONZÁLEZ, “Nacionalismo de Quebec: ¿crisis del estado moderno?”, *Dialnet*, núm. 244, 1996, pp. 47-48. La autora remarca el hecho de que los ingresos medios de la población de origen francés eran casi un 35% más bajos que los de origen inglés, a pesar de que los segundos solo constituían el 7% de la mano de obra.

13 Ver nota “El pueblo de Quebec rechazó mayoritariamente, en referéndum, su ‘soberanía asociada’ con Canadá”, *El País*, 22 de Mayo de 1980, disponible en: https://elpais.com/diario/1980/05/22/internacional/327794403_850215.html[10 de junio de 2021].

14 Ver nota “Quebec rechaza por la mínima la secesión de Canadá”, *El País*, 1 de Noviembre de 1995, disponible en: https://elpais.com/diario/1995/11/01/internacional/815180423_850215.html[10 de junio de 2021].

Ante esta situación, y frente a la posibilidad de que el Gobierno de Quebec impulsase un tercer referéndum (y el temor cierto de que el mismo resultase favorable a los independentistas), el Gobierno de Canadá decidió solicitar una opinión consultiva al Tribunal Supremo de Canadá en 1998 al cual le consultó 3 preguntas: 1) ¿permite la Constitución canadiense la secesión unilateral de Quebec?; 2) ¿protege el Derecho Internacional una secesión unilateral de Quebec? y 3) en caso de contradicción entre el Derecho canadiense y el Derecho internacional, ¿cuál prevalece?

Como puede observarse, el Gobierno canadiense dejó en manos de la justicia la resolución de un conflicto eminentemente político. Posteriormente me centraré en el análisis de la solución brindada por el Tribunal Supremo canadiense; baste ahora dejar asentada la existencia de unas diferencias culturales de la población quebequesa (que de todos modos resulta cada vez más heterogénea producto de la inmigración) respecto al resto de la población canadiense. Diferencias que han sido azuzadas por los soberanistas quebequeses a partir de los años 60, para promover la causa independentista, la cual ha logrado ser gestionada y aplacada con considerable éxito por el Gobierno central en el último tiempo.

2. El nacionalismo catalán

A diferencia de Quebec (antigua colonia), el punto de partida histórico de Cataluña es el de un territorio con instituciones políticas propias dentro de la Corona de Aragón que, tras la unión personal con la Corona de Castilla mediante la boda de los Reyes Católicos en 1469, sufre una unión forzada tras su derrota en la guerra de Sucesión (1702-1714). El Rey triunfante, Felipe V, mantuvo la existencia jurídica de la Corona de Aragón, pero suprimiendo parte de sus instituciones y asimilándolas a las castellanas, algo propio del absolutismo monárquico de la época.

Un análisis superficial permitiría aventurar que se encuentra aquí el origen del nacionalismo catalán, el cual reclamaría el derecho a la expresión de su singularidad frente a la opresión castellana desde su derrota en la guerra de Sucesión. Sin embargo, lo cierto es que los nacionalismos periféricos no surgen con fuerza hasta fines del siglo XIX ya que hasta entonces “Estado y nación españoles fueron datos prácticamente indiscutidos a lo largo del Siglo XIX, y el discurso nacionalista de ese siglo es, en lo fundamental, el complejo discurso nacionalista de carácter español”¹⁵. En

15 A. DE BLAS, “Cuestión nacional, transición política y Estado de las Autonomías”, en A. DE BLAS *et al.*, *Historia de la Nación y del nacionalismo español*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2013, p. 935.

efecto, será el surgimiento de una burguesía industrial a lo largo del siglo XIX, la que explicará la irrupción del nacionalismo catalán hacia fines del siglo XIX, con las características que, con los matices necesarios, podemos encontrar a la fecha. Es decir, un nacionalismo catalán que percibe a España como otredad y que entiende que la patria de los catalanes es y ha sido siempre Cataluña y no España. Como bien señala Ángel Duarte, “España pasa, en este estadio, a ser, a lo sumo, la denominación de un Estado. Cataluña ya no es España o lo es de una manera tan singular como para que pueda, hasta día de hoy, serlo sin serlo”¹⁶.

La paradoja es que, tras la guerra de Sucesión, fueron los propios borbones los que permitieron el surgimiento de esta nueva burguesía catalana mediante la libertad de comercio de los catalanes con las colonias de América decretada en 1755 por Fernando VI, hasta entonces coto privado de la Corona de Castilla. Sin embargo, lo cierto es que los beneficios de esta creciente industrialización y el comercio con las colonias permitieron la identificación catalana con el proyecto nacional español. En efecto, a partir de los decretos de Nueva Planta y hasta fines del siglo XIX surge un catalanismo que reivindica su singularidad, pero cuyo objetivo político es alcanzar la hegemonía dentro del Estado español que en ese entonces detentaba Castilla, un proyecto hegemónico entonces, pero no rupturista¹⁷.

Será entonces el limitado desarrollo del Estado liberal español del siglo XIX, sumado a la pérdida de las colonias durante el siglo XIX, y la sensación de fracaso colectivo, el caldo de cultivo para el surgimiento de un nacionalismo catalán que comenzaba a ver a España como un lastre; una España dominada por el centralismo castellano, sumida en la pobreza, anarquía y la corrupción como bien puede leerse en las obras de Valentí Almiral o Joan Maragall de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Un discurso que, al mismo tiempo, y tal como remarca Duarte, proporcionaba a las élites catalanas un elemento aglutinador de notable importancia en el contexto de una creciente industrialización y urbanización, donde los conflictos de clase entre una burguesía y una creciente clase obrera eran soslayados por una causa común que operaba como una cláusula de resolución de conflictos al interior de la propia comunidad histórica¹⁸.

16 A. DUARTE, “España desde Cataluña. Cepas de una percepción de largo alcance” en A. DE BLAS *et al.*, *Historia de la Nación*, *cit.*, p. 935.

17 *Ibid.*, p. 956.

18 *Ibid.*, p. 961. En sentido similar se expresa Andrés de Blas Guerrero al indicar que “la vocación ideológica de los nacionalismos acostumbra a dejar poco espacio al reconocimiento de los que los mismos suponen de legítima búsqueda de espacio de poder dentro del Estado y de defensa de intereses sociales y económicos”. *Cf.*: A. DE BLAS, “Cuestión nacional, transición política y Estado de

En definitiva, el nacionalismo catalán evoluciona a lo largo del siglo XX con una doble pulsión: la rupturista y la pactista, predominando tradicionalmente la segunda con la intención del catalanismo de tomar las riendas del Estado español. Ahora bien, tras la experiencia de la dictadura franquista y su labor nacionalizadora autoritaria, se producirá una “creciente identificación entre España y dictadura, de España con una concepción liquidadora de lo culturalmente diverso que radicaba en su seno”¹⁹. Esto explica que el nacionalismo catalán actual se haya decantado definitivamente por la tendencia rupturista, ya que, como bien señala Daniel Guerra Sesma,

“el discurso actual del nacionalismo es que, tras el intento de integrarse en el destino general de España, contribuyendo incluso a su gobernación, el Estado no responde con la misma moneda, lo que causa una sensación de agravio que, ante la imposibilidad de participar en el proyecto común español como un pueblo soberano, lleva a la ruptura definitiva y a la búsqueda de la soberanía plena para decidir crear o no un Estado propio”²⁰.

Por otro lado, el régimen autonómico consagrado en la Constitución de 1978 no ha logrado aplacar el movimiento nacionalista que ha irrumpido con fuerza en el centro de la vida política española en su vertiente secesionista, principalmente en la última década²¹. Independientemente de las razones que explican este fracaso, lo cierto es que, como señala nuevamente Ángel Duarte, “desde el 2003 la insatisfacción para con España, cuando no el soberanismo, se convierten, inexorablemente, en la perspectiva de la política catalana, y todo ello desde la asunción de que Cataluña constituye un todo equiparable, como entidad colectiva, a España”²².

las Autonomías”, en A. DE BLAS *et al.*, *Historia de la Nación, cit.*, Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2013, p. 935.

19 A. DUARTE, *op. cit.*, p. 967.

20 D. GUERRA SESMA, “Autodeterminación y Secesión en el ordenamiento internacional. Los casos de Quebec, Escocia y Cataluña”, *Dialnet*, núm. 235, 2014, p. 13.

21 Las razones de la falta de resolución del problema de los nacionalismos periféricos son muy diversas. Sin embargo, cabe destacar el hecho de que la necesaria colaboración entre los partidos nacionales y los partidos autonómicos para garantizar la gobernabilidad y formar mayorías fue fortaleciendo las instituciones autonómicas como entes separados del Estado central. Asimismo, la crisis financiera de los últimos años configuró al movimiento independentista como cauce ideal del descontento, sobre todo de los jóvenes, los más golpeados y desencantados con la política española. Véase al respecto E. MENDOZA, *¿Qué está pasando en Cataluña?*, Seix Barral, Barcelona, 2007, pp. 82-83.

22 A. DUARTE, *op. cit.*, p. 972.

IV. NACIONALISMO Y AUTODETERMINACIÓN

Analizados los orígenes y características del nacionalismo catalán y quebequés, estamos en condiciones de afirmar que, tanto un pueblo como otro pueden ser considerados una nación, entendida esta como nación cultural. En efecto, en ambos supuestos nos encontramos ante un devenir histórico particular que se traduce en la presencia de elementos culturales diferenciales respecto al resto de la población del Estado del que forman parte estas comunidades, entre los que destaca como factor cultural diferencial (aunque no sea el único), la presencia de una lengua diversa a la que se utiliza en el resto del territorio estatal²³. Y como bien señala De Blas, “las innegables posibilidades aglutinadores de la lengua, su capacidad para generar solidaridad hacia dentro y conciencia de disimilitud hacia fuera, hacen de ella un argumento precioso de cara a los intereses del nacionalismo cultural”²⁴.

Ahora bien, el reconocimiento de la existencia de una nación cultural dentro del territorio de un Estado no implica de por sí reconocerle un derecho de autodeterminación en el sentido de poder determinar libremente su pertenencia o no al Estado del que forma parte. Ello así, porque un planteamiento de ese tipo supondría tener que reconocer el derecho de autodeterminación a la totalidad de pueblos que puedan definirse como naciones culturales, lo que implicaría prácticamente una voladura del mapa del mundo²⁵.

Al mismo tiempo, cabe destacar que existen argumentos de peso a favor de la idea de que el derecho de autodeterminación externa o secesión se conceda únicamente como *ultima ratio* pese a la existencia de pueblos con determinadas singu-

23 Ello sin perjuicio de que, increíblemente, algunos líderes del independentismo catalán hayan intentado esgrimir argumentos de diferenciación racial entre los catalanes y el resto de los españoles para justificar el separatismo, mostrando así una de las peores facetas de cualquier nacionalismo, la racista. Ver “Junqueras cree en las diferencias genéticas entre españoles y catalanes”, publicado en *Economía Digital*, 24 de Julio de 2015. Disponible en https://www.economiadigital.es/politica-y-sociedad/junqueras-cree-en-las-diferencias-geneticas-entre-espanoles-y-catalanes_174470_102.html [10 de junio de 2021].

24 A. DE BLAS, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Editorial Alianza, Madrid, 1994, p. 108.

25 A. DE BLAS, “Razones y sinrazones de la autodeterminación”, publicado en *El País*, 17 de Enero de 2013. Disponible en https://elpais.com/elpais/2012/12/26/opinion/1356520319_850076.html [10 de junio de 2021]. El autor indica que un planteamiento de ese tipo chocaría de plano con el simple hecho de que en el mundo existen más de 4.000 lenguas, sumado ello a la dificultad de constatar la razón por la cual algunas singularidades culturales y no otras como las religiosas o ideológicas, por ejemplo, podrían optar por un derecho a la autodeterminación externa.

laridades que permitan considerarlos como naciones culturales, y que no sólo se relacionan con el mero pragmatismo de evitar el caos y la inestabilidad. Así, por ejemplo, el interés del Estado de proteger a las minorías que se encuentran dentro de un territorio que pretende la secesión (piénsese en las minorías indígenas que se encuentran en Quebec) o el ideal de justicia de repartir los beneficios económicos que se generan en determinado territorio del Estado hacia el resto de los territorios, en función del principio de solidaridad²⁶.

Efectuada esta aclaración sobre la relación entre nación cultural y autodeterminación externa, comentaré brevemente las respuestas al planteo independentista que han dado tanto el Tribunal Supremo canadiense como el Tribunal Constitucional español, para luego efectuar un análisis comparativo de ambas y esbozar una conclusión sobre los modos de abordar el desafío soberanista en los Estados democráticos contemporáneos.

1. La solución canadiense

Me referiré en el presente a la Opinión sobre la secesión de Quebec, emitida por el Tribunal Supremo (TS) canadiense en 1998 respecto a las tres cuestiones que habían sido elevadas por el Gobierno Federal y que he detallado anteriormente²⁷. El TS canadiense solo da respuesta a las dos primeras, ya que entiende que la tercera de ellas no debía ser analizada, por no existir contradicción entre el Derecho canadiense y el Derecho internacional en la materia.

Así, para responder a la primera pregunta relativa a la compatibilidad de una secesión unilateral de Quebec con la Constitución canadiense, el TS indica que, si bien en la Constitución no existía una prohibición expresa a la secesión unilateral, dicha norma no podía ser entendida únicamente como el texto escrito, sino que también estaba integrada por una serie de principios fundamentales que forman parte de la estructura constitucional y sirven para interpretar el sentido del texto (apartado 32)²⁸.

Efectuada esta aclaración, el TS canadiense responde negativamente a la primera pregunta con los siguientes argumentos que pueden sintetizarse así:

26 Ver en este sentido A. DE BLAS, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Editorial Alianza, Madrid, 1994, p. 148. El autor sostiene que “una decisión de semejante porte no es concebible que pueda ser adoptada sino por una mayoría cualificada y, seguramente, mediante una repetida expresión de la voluntad secesionista”.

27 Ver “Opinión sobre la Secesión de Quebec”, Tribunal Supremo de Canadá, 20 de Agosto de 1998.

28 Los principios esenciales que menciona el Tribunal son: a) federalismo, b) democracia, c) primacía del Derecho y principio de constitucionalidad y d) protección de minorías.

a) La secesión de una parte de Canadá supone una modificación de la Constitución, y ello exige forzosamente una negociación (ap. 84).

b) No existen límites materiales a la reforma constitucional en tanto la Constitución es expresión de la soberanía del pueblo de Canadá, y en ejercicio de dicha soberanía el mismo puede decidir modificar la Constitución incluso consagrando la secesión de Quebec (ap. 85).

c) Si bien un referéndum en una provincia no es válido por sí solo para producir una secesión unilateral, el principio democrático exige que, si un referéndum recibe el apoyo de una mayoría clara sobre una cuestión planteada sin ambigüedades, ello no puede ser ignorado por el resto de los actores políticos. Ello implica que las demás provincias y el Gobierno federal deberían en tal caso entablar negociaciones con Quebec tendientes a una reforma constitucional, única vía posible para Quebec de lograr la secesión (aps. 86, 87 y 88).

d) El Tribunal Supremo no puede preestablecer el resultado de dichas negociaciones, ya que ello es una cuestión netamente política. Sin embargo, las partes deben conducirse en las negociaciones conforme a los principios constitucionales estructurales en su conjunto, lo cual implica que ninguna de las partes en la negociación puede pretender invocar el carácter absoluto de ninguno de ellos (Aps. 89 a 93); es decir que: i) Quebec no puede pretender que la obtención de una mayoría clara a favor de la secesión en un referéndum le otorgue automáticamente un derecho de secesión en virtud del principio democrático, y ii) el gobierno central y las provincias tampoco pueden ampararse en el principio de legalidad y supremacía constitucional para desconocer de plano la pretensión soberanista quebequesa.

Por otro lado, y con respecto a la segunda pregunta relativa a la compatibilidad de una secesión unilateral de Quebec con el Derecho internacional, el TS canadiense da una respuesta negativa valiéndose de una interpretación similar, respecto al derecho de autodeterminación, a la expuesta en el primer apartado de este trabajo.

En efecto, el TS circunscribe el reconocimiento de la autodeterminación externa a los pueblos por parte del Derecho internacional a tres supuestos:

a) Pueblos coloniales

b) Pueblos que sin estar sujetos a una dominación colonial sean objeto de una opresión o dominación extranjera.

c) Pueblos a los que su propio Estado les impide ejercer su derecho de autodeterminación interna, en el sentido de poder darse su propio gobierno²⁹.

29 Este sería el caso de la llamada “remedial secession” por la doctrina, supuesto que se basa en la vulneración repetida de los derechos de un pueblo, negándosele su derecho a la participación

Evidentemente, el TS afirma que el pueblo quebequés no puede ser encuadrado en ninguno de los tres supuestos mencionados y, por lo tanto, concluye en que no le es reconocible un derecho a la secesión unilateral en virtud del Derecho internacional³⁰.

2. La solución española

Si bien los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el derecho de autodeterminación (también llamado “derecho a decidir”) son múltiples y variados, me centraré aquí en el análisis de la Sentencia 42/2014 por ser esta una sentencia completa que condensa la doctrina del Tribunal en materia del llamado “derecho a decidir”³¹.

El TC en dicha sentencia utiliza la siguiente estrategia. Por un lado, analiza la declaración de soberanía del pueblo catalán que efectúa el Parlamento de Cataluña y, por otro, analiza la constitucionalidad del pretendido “derecho a decidir”. Me interesa, a los fines del presente trabajo, centrarme en las consideraciones que efectúa el TC respecto a dicho “derecho a decidir del pueblo de Cataluña”³².

El Tribunal realiza un esfuerzo para interpretar la mención referida al “derecho a decidir” del pueblo catalán de conformidad a la Constitución, ello así en función del principio de conservación de las leyes. Entonces, en lugar de optar por interpretar la mención al “derecho a decidir” como la declaración de un derecho de autodeterminación externa por parte del pueblo de Cataluña y declararla inconstitucional, elabora una construcción teórica para interpretarla en conformidad con la Constitución, en lo que la doctrina suele llamar como sentencias interpretativas.

en la vida pública del Estado. Un ejemplo de esto sería el caso de Kosovo, donde ante las reiteradas violaciones de los derechos de la comunidad albanesa presente en Serbia, se le reconoció a la misma el derecho de secesión unilateral.

30 Ver especialmente apartados 126 a 138.

31 STC 42/2014, del 25 de marzo de 2014. Esta sentencia trata la impugnación por parte del Gobierno de una Resolución del Parlamento catalán que proclamó el carácter soberano del pueblo de Cataluña y su derecho a decidir su futuro político colectivo.

32 Cabe aclarar que el TC declara la inconstitucionalidad de la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, en función principalmente de que la Constitución dispone que la soberanía reside única y exclusivamente en el pueblo español en su conjunto (art. 1.2 CE) y en que la Constitución se fundamenta en la “indivisible unidad de la Nación española” (art. 2 CE). Ver STC 42/2014, Fundamento Jurídico 3°.

De este modo, el TC vincula la mención al “derecho a decidir” contenida en la Declaración del Parlamento catalán a una serie de principios que la propia Declaración estipulaba (como los de legitimidad democrática, pluralismo y legalidad), para entender dicha mención del “derecho a decidir” contenida en la Declaración, no como una proclamación del derecho a la autodeterminación sino como una “aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un procedimiento ajustado a la legalidad constitucional” (Fundamento Jurídico 3°).

Este argumento resulta esencial para comprender el abordaje de las pretensiones separatistas por parte del TC. En efecto, el Tribunal sostiene expresamente que la pretensión separatista de una parte del territorio nacional es compatible con el ordenamiento constitucional español, ya que España no es una “democracia militante”, es decir, una democracia en el que se imponga la adhesión positiva a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que simplemente se exige su respeto.

El TC reconoce entonces la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional, lo que hace admisible incluso la pretensión de cualquier movimiento político de modificar el propio fundamento de la Constitución, esto es, la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2 CE). Sin embargo, aclara el TC, esta pretensión solo es viable

“siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales u otros mandatos constitucionales, y siempre que se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues los mismos son en todo caso inexcusables” (Fundamento Jurídico 4°).

Al respecto, el Tribunal destaca que “los problemas derivados de la voluntad de una parte del Estado de alterar su estatus jurídico” no pueden ser resueltos por el Tribunal, sino que ello incumbe a los poderes públicos que deberán resolver mediante el diálogo y la cooperación los problemas que surjan en este ámbito. Lo que le compete al Tribunal, y así lo sostiene, es “velar porque los procedimientos que se desarrollen en el curso de este diálogo se ajusten a los requisitos exigidos por la Constitución”.

De este modo, entonces, el TC niega la existencia de un “derecho a decidir” del pueblo catalán entendido como un derecho de secesión unilateral y considera que la única interpretación constitucional posible es la de entender a dicho derecho como una aspiración política del pueblo catalán que resulta legítima en el marco de la Constitución española, pero que solo puede ser alcanzada respetando estrictamente los procedimientos que la Constitución establece para

ello (en este caso, la reforma constitucional por el procedimiento agravado del artículo 168 CE).

3. Los límites de las soluciones jurídicas

Una comparación de los pronunciamientos judiciales previamente mencionados nos permite observar fácilmente ciertas coincidencias. Por un lado, ambas decisiones rechazan tajantemente la existencia de un derecho de autodeterminación externa o derecho de secesión unilateral por parte de cualquier entidad territorial sub-estatal, ya sea al amparo del propio Derecho constitucional de dicho Estado o por parte del Derecho internacional. Por otro lado, ambas decisiones reconocen las limitaciones que tiene el Derecho para dar respuesta a problemas de índole netamente político y, por ello, si bien fijan ciertas pautas o reglas de negociación que deben respetar los actores políticos, difieren la solución final al producto de dicha negociación sin predeterminedar el resultado de esta.

Ahora bien, me interesa en este punto resaltar la importancia de la comparación entre la solución brindada por el Tribunal Supremo canadiense y el Tribunal Constitucional español, ya que considero que (con sus limitaciones) la solución canadiense resulta más acertada para dar respuesta a los desafíos secesionistas que surgen en el seno de los Estados democráticos, ya que permite acercar en mayor medida a las partes de la negociación.

En efecto, y junto con Basaguren, considero que la decisión del TS canadiense establece una obligación “difícilmente objetable sobre la base de principios que subyacen a un estado democrático: la obligación de afrontar democráticamente las peticiones de secesión”³³. En efecto, el aporte esencial del TS canadiense es su “teoría de la claridad”, que puede ser aplicada como parámetro de todo sistema democrático que se precie de serlo, en su tratamiento de las demandas secesionistas de una parte de su territorio.

Así, la idea que podemos extraer de la argumentación del TS canadiense es que un sistema democrático no puede sostener indefinidamente una demanda secesionista que se mantiene en el tiempo con un apoyo mayoritario cualificado y constante de la población, ya que, de lo contrario, el sistema democrático en su conjunto se vería fuertemente deslegitimado en función de un atrincheramiento en la defensa del principio de legalidad.

33 Ver A. BASAGUREN, “Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El proceso a luz de la experiencia comparada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, p. 165.

En este sentido, la solución del TC español parece inclinarse por una defensa más férrea del principio de legalidad y del orden constitucional restándole cierto juego al principio democrático, en comparación con el mayor espacio que le concede la decisión canadiense. Y ello lo considero así, principalmente, por dos aspectos que han sido reiterados constantemente en la jurisprudencia del TC: a) la prohibición de que una comunidad territorial celebre un referéndum de autodeterminación o secesionista y b) la obligación de cumplir estrictamente con el procedimiento de reforma constitucional como vía única que tiene una entidad territorial para separarse del Estado.

Si bien es cierto que estas diferencias de criterios entre la decisión canadiense y española pueda explicarse por el hecho de que, como bien señala Guerra Sesma, el constitucionalismo español, a diferencia del canadiense, es codificado, sistemático y cerrado y porque la Constitución “no es solo una compilación de normas de convivencia y funcionamiento institucional, sino además un sistema de principios casi inalterables que marcan la identidad definitoria de un pueblo soberano”³⁴; considero que dicha justificación bien puede valer para reclamar una observancia más estricta de los procedimientos de reforma constitucional que establece la Constitución en el caso español, pero no para negar la posibilidad de que se celebre un referéndum de autodeterminación en un territorio determinado. Ello así, siempre que se entienda a dicho referéndum tal como lo hizo el Tribunal canadiense; es decir, como un mecanismo necesario para conocer la verdadera voluntad del pueblo de un determinado territorio e iniciar así un procedimiento de negociación política, que podrá culminar o no en el reconocimiento de soberanía a dicha entidad territorial. En definitiva, un referéndum como punto de largada y no de llegada.

El TC español ha optado, en cambio, por la solución de prohibir la celebración de un referéndum unilateral de autodeterminación en Cataluña, en parte tal vez influenciado por la pretensión de los nacionalistas catalanes de hacer primar el principio democrático sobre toda legalidad formal, lo que les daría según su criterio un derecho automático a la secesión ante la obtención de un resultado favorable y, en parte tal vez producto de una asimilación a mi juicio errónea entre la celebración de un referéndum de autodeterminación con el reconocimiento de secesión unilateral a una parte del territorio estatal³⁵.

34 D. GUERRA SESMA, *op. cit.*, p. 13.

35 El propio Aragón Reyes se muestra partidario de esta asimilación cuando sostiene que “el verdadero problema no reside en el resultado, sino en el hecho mismo de la consulta, que presupone admitir que una parte puede pronunciarse sobre el todo, esto es, ejercer una capacidad de autodetermi-

Sin perjuicio de las mayores virtudes o defectos de una u otra solución jurídica, resulta evidente de lo expuesto que no es admisible en un sistema jurídico democrático el reconocimiento de un derecho a la secesión unilateral de una de sus partes, así como también resultan evidentes las limitaciones del Derecho y los órganos judiciales de brindar una solución definitiva a los desafíos soberanistas.

En efecto, y coincidiendo nuevamente con Basaguren,

“Si quienes propugnan la secesión no tienen otra opción que la de tratar de mantener o incrementar el apoyo a la misma por la población del territorio y cargarse crecientemente de legitimidad, hasta hacer insostenible en un sistema que quiera seguir siendo saludablemente democrático el rechazo a la reforma que permitiera la secesión legalmente, el Estado debe optar por afrontar los problemas que están en la base de la fortaleza del apoyo social a la reclamación secesionista”³⁶.

V. CONCLUSIÓN

El análisis del nacionalismo catalán y quebequés a la luz del derecho de autodeterminación nos permite extraer las siguientes conclusiones. Existe un amplio consenso en la comunidad internacional respecto a la inexistencia de un derecho de secesión unilateral de aquellos pueblos que pueden considerarse una nación cultural en virtud de ciertos factores culturales diferenciales, por el mero hecho de poseer una lengua o religión distinta a la del resto del territorio estatal en el que se encuentran integrados o por la mera voluntad mayoritaria del mismo, en función de una pretendida primacía absoluta del principio democrático.

El Derecho internacional consagra como regla general el principio de integridad territorial de los Estados, limitando el reconocimiento del derecho de autodeterminación externa a los pueblos coloniales con algunas recientes excepciones relativas a los pueblos no coloniales sujetos a dominación extranjera o pueblos oprimidos a los que se les impida la participación en la toma de decisiones del Estado del que forman parte.

La pretensión de reconocer el derecho de toda nación cultural a obtener su soberanía política constituye una verdadera quimera, no sólo por la multiplicidad de diferencias culturales que podrían alegar los múltiples pueblos del mundo como factor diferencial suficiente para autodeterminarse, sino también por las legítimas

narse que la Constitución no le permite”. *Cfr.* M. ARAGÓN REYES, “Problemas del Estado Autonomo”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, 2014, p. 18.

³⁶ Ver A. BASAGUREN, *op. cit.*, p. 165.

razones que amparan el derecho de los Estados nacionales de conservar su integridad territorial.

La pretensión soberanista de una comunidad territorial perteneciente a un Estado democrático supone generalmente un choque directo entre el principio democrático y el principio de legalidad, donde ninguno tiene carácter absoluto y, por tanto, no puede ser dejado de lado a la hora de arbitrar una solución.

Las soluciones jurídicas encuentran sus limitaciones, ya que existe un ámbito reservado a la negociación política que queda fuera del alcance de los tribunales. Sin embargo, la defensa de la primacía constitucional y el ordenamiento jurídico por parte de los Estados democráticos no puede soslayar, a riesgo de cargarse por completo el respeto del principio democrático, la existencia de una voluntad secesionista mayoritaria, contundente y sostenida en el tiempo del pueblo de un determinado territorio.

En última instancia, y por lo expuesto, la manera más adecuada y beneficiosa para un Estado democrático de derrotar el desafío soberanista implicaría alcanzar una victoria política en el campo de las ideas, atacando las causas que han despertado esa voluntad separatista y recuperando la confianza de ese pueblo en un proyecto común, proyecto que no podrá ser alcanzado si no existe una mínima cohesión social entre los integrantes de dicho Estado.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- M. ARAGÓN REYES, “Problemas del Estado Autonómico”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, 2014.
- A. BASAGUREN, “Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El procés a luz de la experiencia comparada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016.
- M. BORREGO GONZÁLEZ, “Nacionalismo de Quebec: ¿crisis del estado moderno?”, *Dialnet*, núm. 244, 1996.
- A. DE BLAS, “Cuestión nacional, transición política y Estado de las Autonomías”, en A. DE BLAS *et al.*, *Historia de la Nación y del nacionalismo español*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2013.
- A. DE BLAS, “Sobre el principio de las nacionalidades”, en *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014.
- A. DE BLAS, *Nacionalismos y naciones en Europa*, Editorial Alianza, Madrid, 1994.
- A. DUARTE, “España desde Cataluña. Cepas de una percepción de largo alcance” en A. DE BLAS *et al.*, *Historia de la Nación y del nacionalismo español*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2013.

- D. GUERRA SESMA, “Autodeterminación y Secesión en el ordenamiento internacional. Los casos de Quebec, Escocia y Cataluña”, *Dialnet*, núm. 235, 2014.
- E. MENDOZA, *¿Qué está pasando en Cataluña?*, Seix Barral, Barcelona, 2007.
- R. DE DIEGO, “Del colonialismo al nacionalismo: el modelo de Quebec”, *Revista Semiosfera: Convergencias y divergencias culturales*, núm. 2, Universidad Carlos III, Madrid, 2014.
- S. RUIZ RODRÍGUEZ, *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*, CEPC, Madrid, 1998.
- J.J. SOLOZÁBAL, “La autodeterminación y el lenguaje de los derechos”, en *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014.
- J. TAJADURA TEJADA, “El derecho a decidir, el Estado de Derecho y la Democracia”, en *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014.

Resumen

El artículo analiza la intrínseca relación entre las nociones de derecho a la autodeterminación y nacionalismo. Mediante un análisis comparativo de los casos de Cataluña y Quebec se describen el alcance y los límites del derecho a la autodeterminación en los Estados de Derecho contemporáneos y se busca clarificar las posibles respuestas, dentro del marco constitucional, al secesionismo.

Palabras clave

Derecho de autodeterminación; nacionalismo; integridad territorial; referéndum; diálogo; negociación.

Abstract

This article analyzes the intrinsic correlation between the concepts of the right to self-determination and nationalism. Through a comparative analysis of the cases of Catalonia and Quebec it describes the scope and limits of the right to self-determination in modern and constitutional States, as well as it intends to shed light on possible constitutional responses to secessionism.

Keywords

Right to self-determination; nationalism; territorial integrity; referendum; dialogue; negotiation.

Recibido: 23 de noviembre de 2021

Aceptado: 3 de diciembre de 2021

Noticias de libros



***LA AUTONOMÍA LOCAL EN UNA CONSTITUCIÓN
REFORMADA, MANUEL ZAFRA VÍCTOR, CEPC,
2020, 277 PÁGINAS. PRÓLOGO DE RAFAEL
JIMÉNEZ ASENSIO. ISBN: 978-84-259-1854-4***

MIGUEL AZPITARTE

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. El contenido del libro.
- II. Valoración crítica.

Manuel Zafra Víctor, profesor de Ciencia Política en la Universidad de Granada, ocupa un lugar destacado en el Derecho local español. Sin duda, desde una dimensión académica, decantada en su larga dedicación al estudio de la autonomía local. Pero, también, en el lugar del intelectual llamado a liderar el proceso político y técnico encaminado a la redacción en la octava legislatura (2004/08) de una nueva ley estatal, que no vio la luz; y, luego, en Andalucía, auspiciando la Ley de Autonomía local. En esos esfuerzos ha ido dejando una interesante obra de puro análisis jurídico, y otra, centrada en reflexionar sobre su experiencia política. El libro que recensiono puede comprenderse como una obra final, al modo de un estudio que expone con precisión un completo estado de la cuestión y, a la vez, ofrece alternativas. No hay duda de que estamos ante un trabajo de referencia para cualquier persona que quiera adentrarse en la configuración constitucional de la autonomía local.

I. EL CONTENIDO DEL LIBRO

El ensayo de Manuel Zafra expone desde el principio una tesis clara: el modo en el que la Constitución ha garantizado la autonomía local y la forma en la que ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional y los legisladores estatales y autonómicos, ha tenido como resultado una vida política de corto vuelo. Propone como alternativa una Constitución que detalle los elementos que reforzarían esa autonomía; a su vez, la norma suprema habría de llamar a una ley de mayoría reforzada para dar un segundo grado de rigidez. Elemento esencial en la nueva configuración de la autonomía local sería la ordenación de la intermunicipalidad, de suerte que las Diputaciones cumplieren una labor de asistencia destinada a facilitar la democracia en los municipios.

El lector encontrará una concisa exposición de estos argumentos en la Introducción del libro. A partir de ahí, la temática se ordena en dos partes. En la primera se presenta el estado de la cuestión, ocupando aproximadamente las noventa páginas iniciales. En ellas Zafra desgana la evolución jurisprudencial, haciendo hincapié en la doctrina del Tribunal Constitucional que reconoció en la potestad legislativa básica del Estado un instrumento para asegurar, frente a las Comunidades Autónomas, un mínimo de autonomía local. Más tarde, señala que el Tribunal aceptaría el uso de lo básico para reducir la autonomía y evitar que las Comunidades Autónomas la llevaran a máximos inadecuados. Es este vaivén el que explica que el autor denuncie una y otra vez la fragilidad de una autonomía a disposición legislativa. Y lo hace con un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, lo que también convierte al libro en un inmejorable vademécum, que permite al lector ir y venir a él cuando necesite analizar determinadas resoluciones. Asimismo, realiza una exposición de las principales posiciones doctrinales (García Morillo, Carro, Velasco, Caamaño, etc.), las cuales comparten el sentir común de reforzar la autonomía local. Solo más tarde, como contrapunto, expone la tesis crítica del profesor Santamaría Pastor, sobre la que volveré más tarde.

En la página 86 del libro se alcanza el gozne que irá abriendo paso paulatinamente a la propuesta del autor. Afirma:

“Para que la ciencia (el derecho) contribuya a mejorar la calidad de la decisión política es necesario preguntarse por el lugar que la autonomía local debe ocupar en el estado autonómico y cuál debe ser, por tanto, su regulación constitucional. Lo que resulta evidente es que, concebida como un principio o directiva constitucional dirigida a los legisladores para su configuración legal, se halla en una posición de vulnerabilidad que la somete a una continua precariedad e

inseguridad jurídica. Es justamente esa concepción principal la que permite a los legisladores sectoriales configurarla con un margen amplio no susceptible de control judicial”.

Es obvio que un primer enemigo a batir es la concepción de la autonomía local como principio. Para ello abre un largo *excursus* de teoría constitucional en el que confronta el neoconstitucionalismo con las tesis que reivindican el imperio de la ley, o lo que es igual, pretende señalar dos modos de comprender la relación Constitución, juez y ley. En el primero domina el principio, que puede ser actualizado por el juez sin mediación de la ley. En el segundo, es la regla, preferentemente consolidada en la ley, la que asegura la certidumbre, cualidad sin la que no es posible establecer expectativas ciertas. Es este un debate que se ha desplegado esencialmente en el campo de los derechos fundamentales, pero que el profesor Zafra logra situarlo perfectamente en el campo de la autonomía local. Nos explica en qué medida es utilizado por la jurisprudencia, bien para determinar el reparto competencial (p. 133), bien para señalar el espacio de la ordenanza local en el marco de la reserva de ley (p. 139).

Esta exposición de las dos teorías constitucionales fija conclusiones esenciales. En una de ellas, Zafra marca la disyuntiva en la que se encuentra la configuración jurídica de la autonomía local: o se concibe como una figura sujeta a la coyuntura política y a disposición de las mayorías legislativas; o se sustrae de esa coyuntura mediante la rigidez constitucional y una remisión a una ley de mayoría reforzada (p. 191). El autor apuesta por ese segundo modelo. Pero ¿qué aspectos deben regularse en la Constitución? La guía para Zafra se encuentra en la concepción de la democracia como procedimiento en el sentido de Habermas: “solo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido” (p. 131).

Estas conclusiones ponen los mimbres para la segunda parte del libro, en el que se analizan algunos de los elementos que habrían de estar en una futura regulación reforzada de la autonomía local. En la página 197 hace un elenco completo, que incluye el concepto y definición de la autonomía local, competencias propias, financiación incondicionada, tributos propios, potestad de autoorganización, intermunicipalidad, participación en las instituciones estatales y autonómicas, acceso al Tribunal Constitucional y reserva de ley de mayoría. Luego, sin embargo, desgrana algunas, aunque es cierto que el resto han sido tratadas antes en el examen de la jurisprudencia (siendo la excepción la financiación, omisión de la que el propio autor advierte).

Así, comienza recordando la importancia de que la configuración de la autonomía local sea completada con una ley de mayoría reforzada para impedir “que

la autonomía local deje de ser un derecho de configuración local” (p. 200). Luego reivindica la necesidad de que la autoorganización se defina desde la lógica de la mayoría de gobierno/oposición, y para ello vuelve a realizar un extenso análisis de la jurisprudencia. Pero, sin duda, el punto fuerte de su estudio radica en la intermunicipalidad, que aparece en el libro como el único instrumento capaz de conjugar la democracia y una autonomía local eficiente. En efecto, según el autor:

“el sentido de la intermunicipalidad es dotar de capacidad de gestión a los municipios para que el principio de subsidiariedad no haga saltar sus competencias a la comunidad autónoma. La manera de cumplir este fin es mediante la titularidad y ejercicio de competencias de asistencia [...]” (p. 233).

De este modo, municipios y provincias integran el mismo nivel de gobierno (de ahí que conceptos como coordinación o cooperación no sean útiles), con la particularidad de que la autonomía provincial “tiene un carácter instrumental y sus competencias son funcionales, no se proyectan sobre materias, sino sobre las competencias municipales” (p. 233). La clave, por tanto, pasa por hacer viable esa intermunicipalidad, para lo que se hace necesario “el diseño de un procedimiento que conceda relevancia jurídica a las prioridades municipales y atribuya la decisión final a la instancia intermunicipal” (p. 247), tomando como ejemplo a seguir el artículo 13 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía.

II. VALORACIÓN CRÍTICA

Los libros de calidad presentan un problema e invitan al lector a seguir pensando. El texto que recensiono cumple sobradamente ambas funciones. Por ello, ahora me gustaría detenerme en algunas de las cuestiones que deja abiertas para continuar reflexionando.

La primera tiene que ver con la metodología utilizada. La tesis central es rotunda desde el principio: la garantía constitucional de la autonomía local es frágil. Pero de esta conclusión emerge una pregunta distinta: ¿también ha sido frágil el ejercicio de la autonomía municipal? Este interrogante, sin solución de continuidad, nos lleva a plantearnos si tenemos un parámetro de política-constitucional para medir el rendimiento de nuestra autonomía local. Quiero señalar con esto que el profesor Zafra aborda su análisis desde una perspectiva típicamente jurídica: toma una institución y estudia su configuración a la luz del derecho vigente y la jurisprudencia. No obstante, en su análisis subyace un nítida premisa político-constitucional de la que no hace cuestión: a mayor garantía jurídica de la autonomía, mayor rendimiento

de las políticas locales. Deja así en un simple esbozo el debate sobre la razón última que justifica la autonomía local. Y no es esta una pregunta fácil en un Estado como el nuestro, cuya organización territorial está siempre en discusión. Pero mientras que las Comunidades Autónomas han encontrado un lugar clave –la estructuración del Estado social–, la función político-constitucional de las entidades locales aún es borrosa (en esto incide el excepcional prólogo de Rafael Jiménez Asensio, en especial pp. 15 y ss.).

Ciertamente, el libro no es ajeno completamente al dilema expuesto en el párrafo anterior, y, pese a que su propósito no es ese, entra en él de forma tangencial, suscitando así otros motivos de reflexión. Tras exponer las posiciones de distintos autores que acentúan la necesidad de potenciar el carácter político de la autonomía local, dedica Zafra algunas páginas a dar cuenta de la postura del profesor Santamaría Pastor (pp. 191 y ss.). En síntesis, la tesis de Santamaría Pastor sostiene que los municipios no son espacios privilegiados para la democracia, por lo que han de concebirse como instrumentos aviados a la prestación de servicios en los que prime la eficacia y la eficiencia. Sin duda, Zafra no comparte esta posición, como refleja claramente en la crítica que realiza a la Ley de Racionalización y Sostenibilidad y a la jurisprudencia relacionada con ella (en especial pp. 164 y ss.). Pero, entonces, ¿qué función cumplen los municipios? Tenemos que esperar casi a la parte final del libro, cuando se expone la utilidad de la intermunicipalidad y afirma el autor: “la preeminencia de la democracia, frente a la tecnocracia del coste estándar o el coste efectivo, enlaza con el argumento mantenido en este trabajo en torno a la efectividad del principio de subsidiariedad” (p. 248).

En definitiva, los municipios hacen posible el compromiso cívico. Este es la razón político-constitucional que anima de modo latente el conjunto del libro, tal y como se deduce del epígrafe 6 de la segunda parte. Esta tesis se apoya sobre una determinada teoría de la democracia, que, efectivamente, el autor ha expuesto en detalle en su libro *La democracia según Sartori*, Tirant lo Blanch, 2016. En él nos advierte de que “el diseño institucional debe incentivar la disposición cívica y encarecer (dificultad) el comportamiento egoísta [...]” (p. 110). Desde esta premisa encajan perfectamente las piezas del libro que se recensiona: se ha de proteger la autonomía local porque ahí se hace factible una democracia caracterizada por la activa participación del vecino. El carácter ideal del postulado es indudable y en el fondo no hace sino dejar otro cabo suelto para que el lector reflexione (sobre democracia empírica y normativa, p. 32, *op. cit.*). Pero me parece que, si nos tomamos esta premisa en serio, no basta con imaginar las instituciones de gobierno local en clave de gobierno de la mayoría y oposición de la minoría (p. 201), sino que habrá que imaginar otras

formas de participación ciudadana que abran espacios más allá de la democracia de partidos.

Me gustaría terminar con algunas reflexiones en torno a la propuesta final de Zafra en favor del detalle y la rigidez en doble instancia, primero la Constitución y luego una ley de mayoría reforzada (en verdad, dada la naturaleza bifronte, una orgánica y otra autonómica). Creo que la estela que dejan los Estatutos de segunda generación obliga a apuntar algunos problemas de esta propuesta. Uno de ellos tiene que ver con el carácter nítidamente político que han de tener las Constituciones y las leyes llamadas a desarrollarlas. El destinatario natural de la Constitución no es el operador jurídico, sino el ciudadano; por ello ha de ser una norma de comprensión asequible, en la que se identifiquen fácilmente los instrumentos de gobierno y una idea de justicia (por más que Zafra, considere que este segundo elemento es inapropiado, pp. 131 y ss.). La misma conclusión puede hacerse de los Estatutos de Autonomía, norma institucional de la Comunidad Autónoma, en la que el ciudadano ha de encontrar otro punto de referencia política. ¿De verdad apelan al ciudadano los largos títulos dedicados a detallar las competencias autonómicas? Me parece que la experiencia autonómica invita a pensar si la concisión del viejo método de meros listados no es constitucionalmente más oportuna y debe ser el camino en una supuesta reforma constitucional de la autonomía local. Ciertamente, el detalle de los Estatutos fue un intento loable por fijar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y frenar cualquier intento de regresión. Pero en la práctica creo que ha sido de escasa utilidad y el Tribunal determina las competencias sin demasiada atención al detalle estatutario. Tengo dudas de que, ante una ley de mayoría repleta de detalle, el Tribunal virase su forma de entender la lógica competencial.

En cualquier caso, España ocupa un lugar destacado en la judicialización del reparto competencial Estado/Comunidades Autónomas, circunstancia que vivimos como una patología. Si esta tensión no se ha trasladado al ámbito local es simple y llanamente por la configuración legal de la autonomía local y el limitado acceso al Tribunal Constitucional de los entes locales. Pero tampoco la jurisdicción ordinaria ha reflejado una intensa litigiosidad en este punto. Es imprescindible, por tanto, plantearse en qué medida un modelo de rigidez y detalle quedará al margen de la conflictividad que ha caracterizado al Estado autonómico. Creo que a esto responde el epígrafe final del libro sobre la participación de las entidades locales en las instituciones estatales y autonómicas, y la seductora idea de concertación. Sin duda, la solución pasa por una autonomía local que concrete las competencias a través de una

dinámica política fluida. Pero esto es otra historia. Por ahora basta con subrayar una vez más las muchas virtudes de este libro, imprescindible para cualquiera que trabaje en el ámbito local.

Resumen

En esta recensión se da cuenta del libro señalado en el encabezamiento y se entabla una discusión crítica sobre sus principales aportaciones.

Palabras clave

Zafra Víctor; Autonomía local; Tribunal Constitucional; Intermunicipalidad.

Abstract

This review takes an account of the book referred in the title and it opens a critical discussion about its main contributions.

Keywords

Zafra Víctor; Local Autonomy; Constitutional Court; Intermunicipality.

Recibido: 25 de noviembre de 2021

Aceptado: 2 de diciembre de 2021



**CONTESTING AUSTERITY. A SOCIO-LEGAL
INQUIRY, ANUSCHEH FARAHAT, XABIER ARZOZ
(EDS.), E-BOOK: HART - OÑATI INTERNATIONAL
SERIES IN LAW AND SOCIETY, 2021, 367 PÁGINAS**

DANIELA DOBRE

Investigadora predoctoral FPU. Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Resistiendo a la austeridad desde la investigación científica.
- II. Argumentos destacados y valoración crítica.

**I. RESISTIENDO A LA AUSTERIDAD DESDE LA INVESTIGACIÓN
CIENTÍFICA**

Resistir a la austeridad significa “*raising awareness about political alternatives [to austerity] and [...] reinforcing constitutional standards as guidelines as to how to overcome a crisis situation*” (p. 18). El libro aquí recensionado se presenta al lector como una “investigación” acerca de los modos de oposición a la austeridad, empleando una metodología jurídica que supera las fronteras típicamente positivistas y abre el camino a las importantes aportaciones de la sociología y la ciencia política. Sin embargo, conforme se avanza en la lectura de esta obra, es evidente que supone, en sí misma, una herramienta conceptual que pone en cuestión la austeridad. Más allá de su propósito analítico (desarrollado por los autores de forma meticulosa), “*Contesting austerity: a socio-legal inquiry*” cumple una función social que raramente se manifiesta con tanta evidencia en las investigaciones propias del Derecho. En efecto,

el libro encierra entre sus páginas un destacado potencial transformador (al erigirse en voz social de oposición a la austeridad, concretamente desde la academia), cumpliendo así la deuda que toda obra científica mantiene con la sociedad.

En el capítulo introductorio se explica la –impecable– lógica subyacente a la división del libro en cuatro partes (pp. 12-19). Los editores, a la vez que abren la curiosidad del lector, aclaran cómo esta obra desciende gradualmente desde el terreno del deber ser al campo de la realidad empírica o al caso concreto. Así, una vez establecida la metodología común (capítulo uno), la Parte I (capítulos dos a cinco) desarrolla la dimensión conceptual de la contra-austeridad. Se analiza, en particular, el paradigma político (“hegemónico”) en el cual se gestó esta narrativa económica dominante, es decir, el pensamiento liberal, cuyas premisas implícitas y explícitas se analizan críticamente por Martin Nonhoff, a la vez que se propone la adhesión teórica a la *radical democracy*. Se estudian, asimismo, el sistema institucional de la Unión Europea y las distintas teorías constitucionales que lo explican (incidiendo su autor, Miguel Azpitarte, en las transformaciones producidas a raíz de la crisis financiera); una nueva conceptualización de la (des-)“politización” sugerida por Marius Hildebrand y la explicación del proceso europeo de la última década desde la óptica de una (relativamente) novedosa teoría política de la integración, denominada *Integration-through-crisis* (Nicole Scicluna).

Las Partes II y III estudian dos canales concretos de resistencia a la austeridad. Al primero de ellos, la litigación –procedimiento clásico del Derecho¹–, se añade una amplia indagación en la actividad de las organizaciones sindicales y movimientos sociales². El primero de los cauces mencionados sitúa a los tribunales (constitucionales) como actores institucionales esenciales. El segundo, a pesar de integrar también a los tribunales de justicia como vía de impugnación, atiende a la capacidad de los propios sindicatos para defender, a través de la presión social, el pacto capital-trabajo consagrado en las constituciones europeas de posguerra; un pacto que ha venido debilitándose considerablemente desde los años ochenta. Por último, la Parte IV abarca sectores de la población presumiblemente carentes de recursos para contestar la austeridad, sea por la ausencia de medios materiales, sea por la desatención sistémica perpetuada por las propias políticas de austeridad, aplicadas a un mundo declaradamente neoliberal. Se atiende, en esencia, a tres criterios de marginalización

1 Parte II, véanse los capítulos seis a diez (Carlos Aymerich, Ana BobiĆ, Elisavet Lampropoulou, Juli Ponce, Teresa Violante).

2 Parte III, véanse los capítulos once a catorce (K.D. Edwig, Hermes Augusto Costa, Julia López López y Sergio Canalda Criado, Consuelo Chacartegui y Xabier Arzo).

sociopolítica: recursos económicos o pobreza (capítulo quince, Akritas Kaidatzis), género (capítulo dieciséis, Nuria Pumar) y edad (capítulo diecisiete, Pau Marí-Klose y Francisco Javier Moreno-Fuentes).

II. ARGUMENTOS DESTACADOS Y VALORACIÓN CRÍTICA

El título aclara desde el primer momento la premisa sobre la cual se sustenta el análisis teórico desarrollado por los veintiún autores (y coautores), y engloba sin lugar a duda una sólida dimensión normativa: la necesidad de combatir la narrativa político-económica dominante en el terreno europeo a partir de la crisis económica y financiera de 2008. Desde esta perspectiva, la obra se sitúa críticamente frente a la austeridad, definida en el capítulo introductorio (Anuscheh Farahat y Xabier Arzoz) en los términos propuestos por Mark Blyth en su estudio pionero *Austerity: The History of a Dangerous Idea* (2013), como “deflación voluntaria”. Resulta también ilustrativa la definición de la austeridad de Miguel Azpitarte, como un “experimento constitucional”: “*for the first time, democratic institutions became accustomed to making decisions that led directly to a net impoverishment of the population*” (p. 43).

Sin embargo, la oposición a la austeridad no se fundamenta en una defensa ideológica propia de las corrientes políticas de izquierda. Al contrario, a fin de ser capaces de “*Taking social rights seriously*”³ en el contexto de la austeridad, es necesario volver a reflexionar sobre las promesas constitucionales del Estado social, aplastadas por la narrativa del “*there is no alternative*”. La resistencia analizada –y desarrollada– en el libro no se dirige, por tanto, a la austeridad en el sentido de *policy*, sino a la misma ausencia de alternativas políticas, afectando profundamente un valor vertebrador de las sociedades democráticas, esto es, el pluralismo. Destaca la imposición de este dogma a los llamados Estados deudores: “*the new governance of ‘pacts and pacts’ imposed on so-called debtor state has reduced the political leeway for market-correcting policies at the nation-state level*” (p. 2). En este sentido, es oportuno preguntarse si la austeridad ha traído consigo una efectiva deriva autoritaria de la gobernanza económica europea, en la cual el Banco Central Europeo ocuparía un lugar central: “*the ECB was instrumental in pressuring Greece and Cyprus into accepting conditionality-linked bailouts, while also using the implied threat of withdrawing liquidity support to push for major social policy reforms in Italy*” (p. 86). Potencialmente autoritaria, por definición externa al circuito democrático, la labor del BCE en la gestión de

3 Véase el capítulo siete de Juli Ponce: “Taking Social Rights Seriously? The case of Spain” (pp. 153-172).

las sucesivas crisis europeas presenta evidentes efectos redistributivos (pp. 47, 86), compensando la ausencia –cada vez más insostenible– de una sólida vertiente político-económica de la eurozona.

Ciertamente, es un hecho comúnmente aceptado que la crisis del 2008 se define como una crisis “multifacética” (p. 3), dado el *spillover* desde lo económico a lo político (crisis de la representación o, dando un paso más y de acuerdo con Martin Nonhoff, crisis del propio pensamiento liberal y de las teorías de la justicia) y, finalmente, a lo moral. En este sentido, la segregación de los países europeos según el criterio del “*deservingness*” –y la consecuente ausencia de corresponsabilidad– queda subrayado por varios de los participantes en esta obra conjunta (pp. 6, 19, 44, 51, 76, 93, 318). Merece la pena destacar aquí la reveladora aportación de Marius Hildebrand en la cual se demuestra cómo los medios de comunicación (fundamentalmente la prensa) han influido en la creación y mantenimiento de la dicotomía hegemónica “Estado merecedor/indigno”.

En definitiva, la razón esencial que justifica impugnar la austeridad se encuentra en el hecho de que este paradigma impide ver –política y jurídicamente– la propia existencia del conflicto social, inherente al Derecho constitucional y a la democracia. O, dicho en otras palabras, el conflicto se “reconfigura” y así, a la vez que se nacionaliza (en vez de supranacionalizarse), se desvanece su carácter esencialmente político en la apariencia moral impulsada por los Estados-acreedores (p. 44).

En este sentido, y a pesar de su amplio número de capítulos (diecisiete), debo señalar que su hilo conductor resalta desde el primer acercamiento a la obra. Las consideraciones metodológicas enunciadas en el capítulo introductorio esclarecen el objeto específico de investigación. Más allá de la indagación acerca de los distintos canales de resistencia (institucionales y extrainstitucionales) o actores (jurídicos, políticos y sociales), el propósito final del libro consiste en evaluar la interrelación de todos ellos desde una macroperspectiva (transnacional), descubriendo así cuál ha sido “*the integrative potential of constitutional orders during the eurozone crisis*” (p. 11). Este objetivo requiere atender brevemente a las premisas metodológicas de la obra.

Se parte, concretamente, del entendimiento del conflicto como eje (des)integrador que sostiene la legitimidad de la norma constitucional. De manera que la resistencia a la austeridad sería intrínsecamente capaz de “*unleash the integrative potential of social conflicts*” (p. 16), especialmente a través de los tribunales constitucionales, cuya oposición –a fin de influir eficazmente en la estructura democrática– debería internalizarse por el resto de los actores sociales y políticos. En otras palabras, se asume, metodológicamente, la capacidad de las cortes

constitucionales de canalizar reflexivamente el riesgo desintegrador inherente a los conflictos sociales transnacionales. Lo dicho se sustenta asimismo en la necesidad de apertura –típicamente “hesseniana”– de la Constitución que, a su vez, crea el camino para la intervención interpretativa de la jurisdicción constitucional (pp. 7-10). Solo así los tribunales con funciones constitucionales podrían mantener su lugar privilegiado en la dinámica democrática de resistencia a la austeridad (así como en la estructura del libro, Parte II: *Austerity Measures under European and National Judicial Review*). En efecto, podría argumentarse que este mismo lugar privilegiado podría conducir a estrategias jurisdiccionales que favorezcan la preservación del *status quo* sociopolítico y la consiguiente exclusión social por razones económicas:

“[w]hile benefiting people from the middle classes, the judicial anti-austerity politics [in Greece] necessitates massive reallocation of resources, eventually risking the implementation of anti-poverty policies. There is then a real possibility that judicial enforcement of socioeconomic rights might end up worsening, rather than improving, socioeconomic inequality” (p. 291).

Esta idea, defendida en el libro por Akritas Kaidatzis, implica no obstante usar una falsa dicotomía de partida en la adjudicación constitucional de las categorías de clase media/clase pobre. Por otra parte, aunque es cierto que el Derecho positivo puede favorecer el mantenimiento del *status quo*, el autor omite demostrar el vínculo causal entre la tutela judicial efectiva de los ciudadanos afectados por los recortes fiscales y la marginalización jurisdiccional intencional de la clase pobre, más allá de asumir que los presupuestos del Estado son limitados y –como algún lector podría observar, en cierto espíritu neoliberal– que “[in times of crisis] priorities need to be set and (hard) choices made” (p. 291).

El último elemento metodológico por destacar se refiere al espacio político natural del conflicto, definido según los editores como “transnacional”: “the crisis revealed a multiplicity of political conflicts in terms of the distribution of costs and benefits built into a highly interdependent transnational polity” (p. 3). En efecto, la dimensión transnacional es un elemento vital en la obra analizada. Prueba de ello es, además, el proyecto de investigación en el marco del cual se enmarca este libro, “*Transnational Solidarity Conflicts in Europe*”, dirigido por Anuscheh Farahat⁴. A pesar de indicar con éxito la naturaleza efectivamente transnacional de las crisis financiera y sanitaria actual, tal terminología mantiene en el libro recensionado una cierta ambigüedad

⁴ Así como su reciente monografía, *Transnationale Solidaritätskonflikte Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise*, Jus Publicum 298-Mohr Siebeck, 2021.

que dificulta captar plenamente la intención originaria de los editores, dado el amplio bagaje conceptual de la palabra.

Por otro lado, hablar de los conflictos transnacionales desde la perspectiva de la “solidaridad” plantea la exigencia de especificar una definición mínima del concepto. Así, superando el oxímoron de la “solidaridad condicional” propuesto por la doctrina constitucional en tiempos de austeridad (pp. 1, 115) –dicho sea de paso, el paradigma económico neoclásico mantiene también una importante responsabilidad en cuanto a la existencia presuntamente coherente de este término–, la contribución de Ana Bobić resulta significativa [*(Re)Turning to Solidarity EU Economic Governance: A Normative Proposal*]. Su propuesta se centra en el papel del individuo en un contexto transnacional, renunciando a la “autonomía presupuestaria de los Estados miembros” como posible criterio de solución de los conflictos de solidaridad: “*the insular view of each Member State concerning budgetary sovereignty prevents austerity conflicts among different societal interests to be resolved transnationally, taking into account the interdependence of the euro area*” (p. 123). De manera que el principio de solidaridad, interpretado a su vez de acuerdo con el principio de igualdad de los Estados miembros, se materializaría en las asistencias financieras entre Estados miembros “*not simply [as a] handout, but an investment in the prosperity of the euro area and all its members*” (p. 123).

No obstante, esta propuesta normativa se asienta sobre la convicción tácita ligada a la capacidad reflexiva del proceso de integración para corregir sus propias incoherencias y alcanzar una solidaridad *de facto*, sobre la base de un “*shared project*” (p. 124). Por otro lado, el Derecho positivo de la Unión y su interpretación por el Tribunal de Justicia a lo largo de las distintas crisis europeas demuestra el reducido espacio existente para el ciudadano, más allá de sus libertades y derechos económicos. Prueba de lo anterior son las escasas vías procedimentales de impugnación individual de la austeridad, perspicazmente resaltadas por Carlos Aymerich (“*Challenging austerity before European Courts*”).

En su conjunto, el libro supone, en cierta medida, un análisis del pasado. Como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19, existen indicios suficientes para pensar que “*austerity is no longer the only game in town*” (p. 94). Sin embargo, es uno de esos pocos libros que, a pesar de examinar el pasado, apunta a desarrollos prometedores para el futuro. En este sentido, la obra ofrece una aportación esencial tanto a la sociedad, en sentido amplio, como a la comunidad científica, para reflexionar y reaccionar a cualquier narrativa hegemónica que pretenda anular el pluralismo social y rechazar la relevancia central del conflicto. Es una lectura altamente recomendable para el que esté dispuesto a entender que los

conflictos difícilmente podrían reducirse solo al marco nacional, resolverse exclusivamente por el poder estatal y desatar su potencial integrador en ausencia de una solidaridad transnacional real.

Resumen

En este texto se lleva a cabo una breve presentación del libro anunciado en el título y se avanzan algunos de sus argumentos destacados. Se subraya asimismo el potencial transformador de la obra.

Palabras clave

Austeridad; resistencia; democracia; integración social; politización; tribunales constitucionales; organizaciones sindicales; medios de comunicación; derechos sociales.

Abstract

This text provides a brief overview of the book announced in the title and gives an account of some of its main arguments. It also draws attention to the transformative potential of the volume.

Keywords

Austerity; Resistance; Democracy; Social Integration; Politicisation; Constitutional Courts; Trade Unions; Media; Social Rights.

Recibido: 22 de noviembre de 2021
Aceptado: 15 de diciembre de 2021











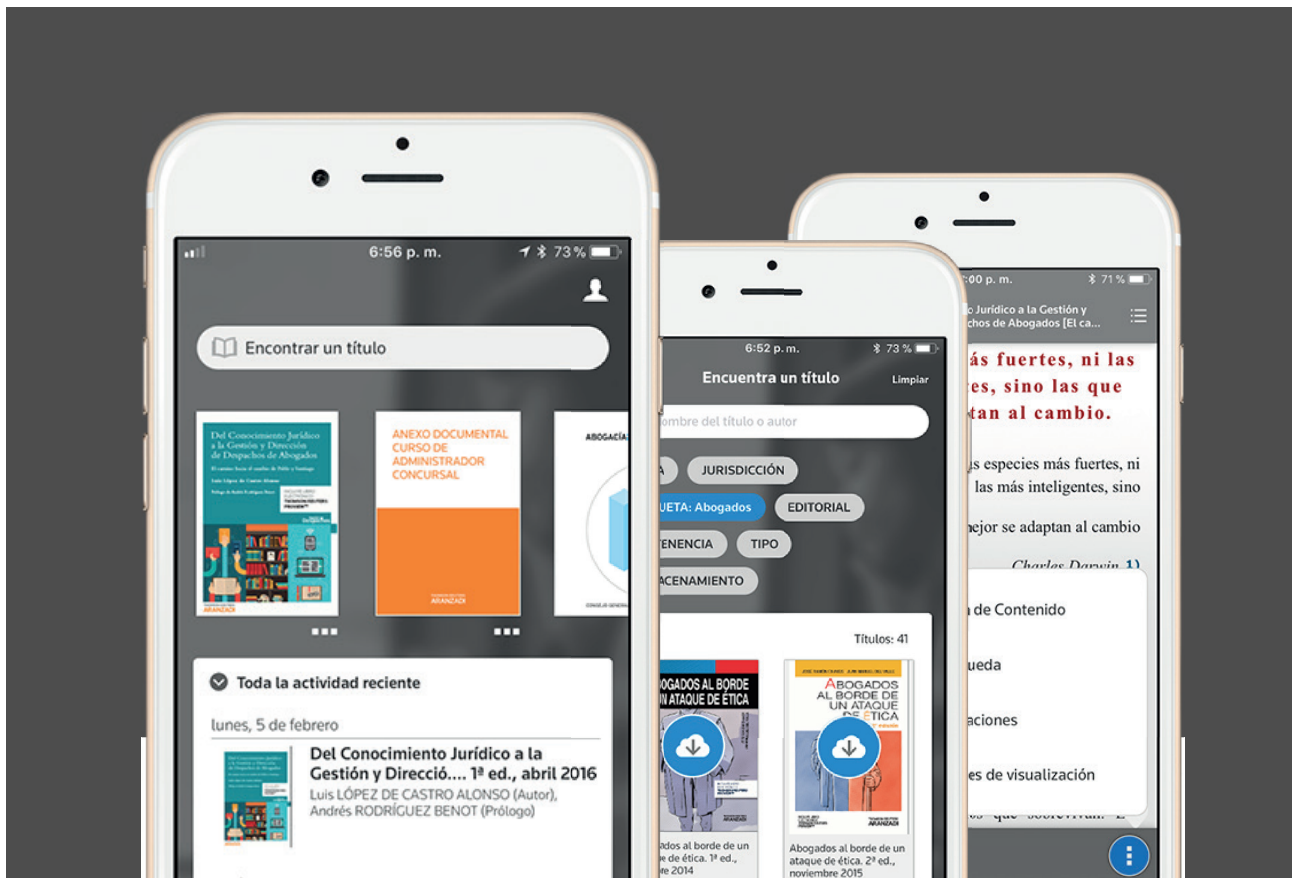
Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

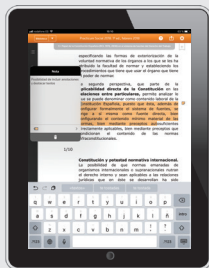
ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

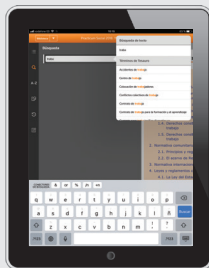


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

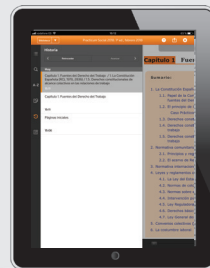
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



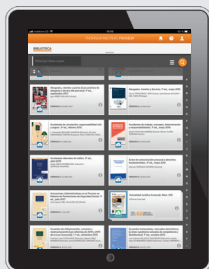
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS
Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



USAS EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios.



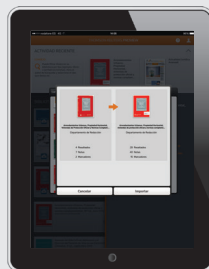
CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



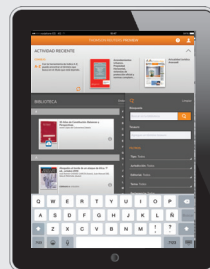
MARCADORES DE PÁGINA
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

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.

