

---

# 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

## 38

---

Año 19, número 38, Julio-Diciembre de 2022

---

Integración europea y descentralización territorial  
después de la pandemia (I)

**THOMSON REUTERS**  
**ARANZADI**

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

## DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

## SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

## SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López  
Ricardo Martín Morales  
Juan F. Sánchez Barrilao  
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  
Francisco 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 Ferriz  
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@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

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

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 19, número 38, Julio-Diciembre de 2022

**Integración europea y descentralización territorial después de la pandemia (I)**

**SUMARIO**

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
 <b>ESTUDIOS</b>	
La lucha contra la pandemia en Italia: entre el Estado y las Regiones en el contexto europeo.....	15
SILVIO GAMBINO	
¿Hay espacio para el federo-regionalismo en tiempos de emergencia? Cooperación, conflictividad y resiliencia en el marco jurídico europeo .....	55
ANNA MARGHERITA RUSSO	
¿A quién le corresponde la competencia en el ámbito de la emergencia sanitaria? Alguna observación crítica sobre los motivos invocados en apoyo de la decisión de la Corte Constitucional .....	83
UGO ADAMO	
 <b>ARTÍCULOS</b>	
Tomando en serio la identidad constitucional en el espacio convencional europeo ..	101
MARÍA J. ROCA	
Referéndum y medios sociales en el caso del Brexit .....	121
GRETA MASSA GALLERANO	
The main dimensions of constitutional interpretation of judicial independence in Hungary ....	141
LÁSZLÓ DETRE	
ENDRE ORBÁN	

**PERFILES/NOTICIAS**

- En recuerdo de Eliseo Aja..... 175  
LAURA DíEZ BUESO

**TEXTOS CLÁSICOS**

- La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la constitución ..... 179  
PETER HÄBERLE

**JURISPRUDENCIA**

- La vacunación obligatoria y forzosa a la luz del caso Vavřička y otros c. República Checa..... 213  
LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO

**LEGISLACIÓN**

- Crónica de la legislación europea. Segundo semestre de 2022..... 243  
MARÍA LUISA BALAGUER

**FORO**

- Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias ..... 255  
JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

**NOTICIAS DE LIBROS**

- La constitución del algoritmo*, Francisco Balaguer Callejón, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022, 208 páginas..... 271  
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

- Droit constitutionnel de l'Espagne*, Francisco Balaguer Callejón, Préface de Jordane Arlettaz y Fabrice Picod, Bruylant, Bruselas, 2022 (226 pp.) ..... 281  
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

- Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*, J. Oliver Araujo y A. Ruiz Robledo (dirs.), CEPC, Madrid, 2021 ..... 289  
ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

- La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 421 páginas. ISBN: 978-84-1391-557-9 ..... 297  
LUIS I. GORDILLO PÉREZ

*Thomson Reuters ProView. Guía de uso*

---

# Presentación



El número 38 de la *ReDCE* se publica en una situación que sigue siendo muy inestable a nivel europeo y global. La guerra de Ucrania nos ofrece cada día imágenes terribles sin que parezca que se pueda alcanzar una solución pacífica en el año que entra. La incidencia que el conflicto bélico está teniendo sobre la economía de los países europeos sigue siendo muy fuerte y, también aquí, no vemos un horizonte claro de ajuste que permita normalizar la economía. Esta es una guerra que sintetiza, en el plano inhumano del padecimiento y la masacre de la población ucraniana, muchas tensiones geopolíticas que han aflorado o que permanecen latentes, pero que son cada vez más perceptibles.

La división en bloques a nivel mundial no es tan acusada como lo fue en la guerra fría, pero evidencia que el efecto pacificador de la globalización, con su orientación hacia la producción, el tráfico económico y el desarrollo, ha pasado a un segundo plano. No es un efecto de la guerra sino de la tensión entre los dos grandes países que focalizan las transformaciones globales, Estados Unidos y China. El crecimiento económico de China –que ya desde 2014 es la primera potencia mundial (midiendo su PIB en paridad de poder adquisitivo)– y sus avances en el terreno tecnológico, han generado una creciente inquietud en Estados Unidos, que sigue siendo la primera potencia militar y tecnológica, pero ve distanciarse cada vez más a China en el ámbito económico.

Esa inquietud no pudo encontrar peor momento para manifestarse, en el período catastrófico de la Administración Trump, en el que Estados Unidos desapareció prácticamente del escenario internacional salvo para defender frente al mundo a las compañías tecnológicas que habían impulsado el ascenso al poder de Donald Trump. Las medidas adoptadas por Trump provocaron una escalada de la tensión con China, profundizando la tendencia a modular la globalización en función de intereses geoestratégicos que superan el perfil económico en que se había inspirado

siempre su desarrollo. La orientación progresiva de China hacia el mercado interno y el temor en todos los países por las posibles afectaciones de las cadenas de suministro y su incidencia en las economías internas está comenzando a cambiar el rostro de la globalización que hemos conocido hasta ahora.

Lo que no consiguió la crisis sanitaria, a pesar de que algunos vieron ya en el horizonte el fin de la globalización, lo está consiguiendo la tensión entre las dos grandes potencias económicas mundiales. La globalización no se está deteniendo, pero sí se está modulando. El alcance que tendrá esa modulación dependerá en gran medida de la política y no, como hasta ahora, de la economía. La guerra de Ucrania, más allá de su inhumanidad y su condición de retroceso civilizatorio, forma parte de esa política. Frente a ella Europa tiene poco que decir, porque su única esperanza es seguir avanzando en integración política y consolidar, lo antes posible, un modelo federal en el que se integren, al menos, los países europeos que comparten una percepción común de los valores y principios constitucionales que deben guiar la construcción europea.

Las noticias del mundo no son todas malas, también hemos podido ver en estos meses la derrota del populismo bolsonarista en Brasil, en favor de Lula da Silva. La victoria de Lula no responde a una orientación ideológica uniforme sino a la necesidad de preservar la democracia y de garantizar el orden constitucional. Desde esa perspectiva, debe ser valorada también como una victoria del constitucionalismo en un país que no ha renunciado a su vocación constitucional. La fortaleza de las instituciones constitucionales en Brasil se ha manifestado en todo el proceso electoral y en la garantía del cumplimiento de su resultado desde la misma noche electoral. La modélica ordenación de las elecciones, cuyo resultado se conoció apenas unas horas después de cerrarse los colegios, contrasta con las deficiencias de la regulación electoral en Estados Unidos, pese a ser este país una democracia acreditada a través de los siglos.

Tampoco podemos desconocer, en el otro lado de la balanza, que en Italia ha vencido el populismo y que tenemos ahora un factor de riesgo que se extiende también al proceso de integración europea. Sin embargo, Italia ha demostrado siempre tener los anticuerpos necesarios para hacer frente a este tipo de situaciones. La constitución italiana sigue siendo el referente esencial de la vida política y la vocación europea de Italia no está en cuestión. Es preciso mantener la atención, sin embargo, porque el populismo tiene una capacidad de adaptación a las circunstancias que hace muy difícil la lucha contra sus tentativas de involución política.

En ese sentido, para comprender la peculiar naturaleza del populismo podemos partir de una afirmación que hiciera Norberto Bobbio en un discurso pronunciado

con motivo del treinta aniversario de la República Italiana, el 2 de junio de 1976 («Ora e sempre antifascisti», 1976, publicado parcialmente en *La Repubblica*, el 1 de junio de 2021). Decía Bobbio que una de las grandes virtudes de la democracia consiste en su capacidad para corregir los errores del sistema sin cambiar el sistema. Esa capacidad de autorregulación del sistema de la democracia la diferencia de la dictadura, porque una dictadura no puede ser corregida, sólo puede ser eliminada.

Partiendo de esa diferenciación de Bobbio, podríamos decir que lo que hace el populismo es situarse en una zona fronteriza entre la democracia y la dictadura, para poder utilizar las ventajas que para sus fines tienen ambos regímenes. De ese modo, utiliza el régimen democrático vaciándolo de contenido para perpetuarse en el poder, pero no llega a configurar una dictadura que pueda generar una oposición frontal para derrocarla. De ahí el peligro que tienen los movimientos populistas, porque no se presentan como movimientos antisistema, sino que actúan desde dentro del sistema democrático intentando anular las garantías constitucionales y los mecanismos de control del poder.

Recordar a Bobbio es apelar también a la inmensa cultura jurídica y constitucional de Italia, en la que se pueden encontrar todos los referentes necesarios para defender la democracia. También a nivel europeo, donde la situación del Estado de Derecho dista mucho de ser satisfactoria y estamos asistiendo a un condicionamiento permanente del parámetro de medida de las instituciones europeas en función de la posición de los regímenes iliberales en relación con la guerra de Ucrania. No cabe duda de que la unidad de acción es fundamental para ayudar al pueblo ucraniano, pero no al precio de comprometer los valores y principios «constitucionales» (resalto esa vertiente específica, tan ausente en los documentos europeos de esa naturaleza) de Europa.

El título de este número 38, «Integración europea y descentralización territorial después de la pandemia» trae causa del Seminario que celebramos en Granada el 29 de abril de 2022, con el mismo título, coordinado por Antonio Pérez Miras y Eloísa Pérez Conchillo. El seminario sirvió de marco a la Presentación del libro *Costituzione, Diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, a cura di Guerino D'Ignazio, Giovanni Moschella, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. En este número de la revista se recogen tres de las ponencias. La de Silvio Gambino, «La lucha contra la pandemia en Italia: entre el Estado y las Regiones en el contexto europeo», la de Anna Margherita Russo, «¿Hay espacio para el federo-regionalismo en tiempos de emergencia? Cooperación, conflictividad y resiliencia en el marco jurídico europeo» y la de Ugo Adamo, «¿A quién le corresponde la competencia en el ámbito de la emergencia sanitaria? Alguna observación crítica sobre los motivos invocados en

apoyo de la decisión de la Corte Constitucional». En el número 39 de la *ReDCE* se publicarán las ponencias de Guerino D'Ignazio, Giovanni Moschella, Eleonora Ceccherini y Greta Massa Gallerano.

En la Sección de artículos se publican los textos de María José Roca Fernández, sobre una temática de especial interés y actualidad y con un enfoque que compartimos plenamente: «Tomando en serio la identidad constitucional en el espacio convencional europeo». También el de Greta Massa Gallerano sobre «Referéndum y medios sociales en el caso del Brexit» un texto que aborda una temática muy necesitada de reflexión por lo que supone de afectación de la democracia pluralista, como muy bien señala la autora. Por último, el de László Detre y Endre Orbán sobre «The main dimensions of constitutional interpretation of judicial independence in Hungary» que nos acerca a una mirada desde dentro de esta temática tan crucial para el Estado de Derecho en Hungría.

En el mes de agosto pasado falleció Eliseo Aja. Es muy difícil expresar en pocas líneas lo que la figura de este gran constitucionalista ha supuesto para la doctrina española, especialmente en lo que se refiere a la construcción del Estado autonómico, en la que él ha sido siempre un referente obligado. Hemos querido rendirle homenaje en este número de la revista y para ello le hemos pedido a una de sus discípulas, Laura Díez Bueso, el texto que publicamos en su memoria en la Sección de Perfiles: «En recuerdo de Eliseo Aja».

La Sección de textos clásicos se viste de gala con el trabajo de Peter Häberle «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» que publicamos gracias a la generosidad de su traductor, también discípulo de Peter Häberle, Xabier Arzo Santisban. Este es un texto fundamental para comprender la naturaleza de la democracia pluralista, de la constitución normativa y de la interpretación constitucional, entre otras muchas cosas. Su impacto ha sido enorme en el mundo del constitucionalismo y todavía no se han extraído todos los frutos de la reflexión tan productiva que contiene.

En la Sección de Jurisprudencia se recoge el comentario de Luis Fernando Martínez Quevedo sobre «La vacunación obligatoria y forzosa a la luz del caso Vavříčka y otros c. República Checa». Una temática delicada, dada la tensión que refleja entre derechos, principios y valores constitucionales y en la que coincidimos con su autor en que, si bien lo deseable es convencer a la ciudadanía de la necesidad de vacunación, el ordenamiento cuenta con los instrumentos necesarios, en el marco de la doctrina del TEDH, para preservar la salud y la vida de las personas en situaciones de pandemia como la que hemos vivido. En la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer incorpora referencias que tienen que ver con la sociedad digital, a la que la

Unión Europea está prestando una atención creciente, en coherencia con las posibilidades que ofrece la integración supranacional, como se indica en el texto, para el control de las grandes compañías tecnológicas.

En el Foro publicamos un trabajo de José Antonio Montilla Martos sobre «Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias». Pocas personas serían más adecuadas para el tratamiento de esta temática, como evidencian la orientación del texto y la aportación de soluciones a algunos de los importantes problemas que afectan actualmente al parlamentarismo. Además del conocimiento teórico previo sobre esta materia, no cabe duda de que el período en el que el Profesor Montilla fue Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes le ha permitido valorar directamente las transformaciones que el parlamentarismo debería afrontar teniendo en cuenta, de manera especial, los desarrollos de la sociedad digital.

En las noticias de libros publicamos cuatro reseñas. La primera de Juan Francisco Sánchez Barrilao sobre *La constitución del algoritmo*, de Francisco Balaguer Callejón, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022, 208 páginas. La segunda de Enrique Guillén López, sobre *Droit constitutionnel de l'Espagne*, de Francisco Balaguer Callejón. Préface de Jordane Arlettaz y Fabrice Picod, Bruylant, 2022, 226 páginas. También, la de Enrique Guillén López acerca de los *Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*, de J. Oliver Araujo y A. Ruiz robledo (dirs.), CEPC, 2021, 592 páginas y la de Luis I. Gordillo Pérez sobre *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, de Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, Thomson Reuters – Aranzadi, 2021, 421 páginas.

En el apartado de agradecimientos tenemos que mencionar, como siempre, 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

---



**LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA EN  
ITALIA: ENTRE EL ESTADO Y LAS REGIONES  
EN EL CONTEXTO EUROPEO<sup>1\*</sup>**  
**The fight against the pandemic in Italy: between the State  
and the regions in the european context**

SILVIO GAMBINO

*Profesor Ordinario de Derecho Constitucional  
Universidad de Calabria*

**SUMARIO:**

- I. Premisa.
- II. Las libertades fundamentales y la seguridad frente a las emergencias (en particular sobre los problemas de la lucha contra la pandemia en el constitucionalismo contemporáneo).
- III. Regionalismo, principios fundamentales y realidad constitucional. Entre federalismo fiscal y regionalismo diferenciado.
- IV. Autonomía territorial, unidad jurídica y principio de igualdad (sigue).
- V. Crisis económica, crisis pandémica y derechos sociales.
- VI. Revisión constitucional y reparto territorial de competencias en materia sanitaria (cuestiones de coordinación abiertas).

**I. PREMISA**

El tema elegido para la presentación de este Seminario es muy amplio, y sin duda ambicioso, en su pretensión de abordar –desde la perspectiva de la lucha contra la pandemia (de Covid-19)– las complejas cuestiones que plantean las propias

\* Traducido del italiano por Marta Lucena Pérez.

1 Intervención en el Seminario Integración europea y descentralización territorial después de la pandemia, (29 de abril de 2022), promovido por el Prof. Francisco Balaguer Callejón y organizado por la Fundación Peter Häberle, Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-106: «Andalucía, la Unión Europea y el Estado social»; Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Cátedra Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

transformaciones del constitucionalismo nacional (al menos las más recientes) y de la Unión Europea, captadas en su dinámica evolutiva y en la actual, tal y como han sido desafiadas, especialmente en los últimos veinte años, primero por la crisis económica (a partir de 2007) y posteriormente por la crisis pandémica. Así, en el fondo, las cuestiones que se tratan conciernen a los problemas actuales de la forma de Estado, relacionadas con las cuestiones planteadas, en los últimos veinte años, por las reformas del regionalismo, especialmente en lo que se refiere a la redistribución de las competencias legislativas y administrativas entre el Estado y las Regiones, y a la valorización del sistema regional y autonómico en el ejercicio de los servicios relativos a los derechos civiles y sociales en la perspectiva de su garantía en todo el territorio nacional.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos (y entre ellos el italiano y el español, a los que ahora nos referiremos predominantemente), se puede observar cómo las experiencias estatales han tenido que afrontar, a lo largo de los años, relevantes procesos de transformación de la forma de Estado y (con ello) de su constitucionalismo, planteándose, en particular, con el Estado republicano (democrático y social) contemporáneo la cuestión de la responsabilidad y de la efectividad de los derechos fundamentales (civiles y sociales), amenazados desde hace tiempo por los efectos de la crisis económica y ahora (en los dos últimos años) por la agresiva morbilidad de un virus del que, al menos en la primera oleada epidemiológica, se desconocía su naturaleza y sus orígenes, y en el tiempo posterior de su propagación, los remedios sanitarios más adecuados (vacunas, medicamentos que salvan vidas, instalaciones sanitarias y hospitalarias) para combatirlo y derrotarlo.

Desde esta perspectiva, aunque de forma diferente en los distintos países europeos, debido a la conformación de la forma de Estado y de gobierno, la estructura de las fuentes jurídicas y la protección de los derechos fundamentales (incluido el derecho a la salud, al que se hará una concreta referencia posteriormente) se han puesto de manifiesto importantes problemas de eficacia debido (también) a las modalidades concretas de (re)distribución territorial de las competencias previstas por las revisiones constitucionales (de los últimos veinte años), en lo que respecta a las materias de protección de la salud y de prevención de enfermedades internacionales (lo que es especialmente relevante para el presente análisis), ámbitos competenciales estos —el primero adscrito a la competencia compartida con las Regiones y el segundo a la competencia exclusiva del Estado— que han propiciado una reciente jurisprudencia constitucional, tan amplia y expansiva como siempre en la protección del derecho a la salud, claramente centrada en la identificación de los sujetos responsables de la función de protección de la prevención de enfermedades internacionales.

En la fase anterior a la que ahora analizamos, el (re)reparto de competencias entre el Estado y las Regiones (especialmente en materia de protección de la salud y de otros derechos sociales fundamentales, como la educación) había propiciado una amplia reflexión sobre la propia resistencia de las reformas del regionalismo promulgadas entre 1999-2001, que, en algunas de sus lecturas, había llevado a dudar de la propia razonabilidad (al menos de algunas de ellas) de las decisiones realizadas por la revisión constitucional en cuanto al reparto de competencias en manos de las Regiones y, en particular, como se observará más adelante, de la adecuación de la atribución a éstas de una competencia legislativa concurrente en materia de protección de la salud, con la intención de garantizar el carácter fundamental del derecho a la salud. Esto se debe también a las diferencias regionales de hecho (entre el norte y el sur del país) en el ejercicio concreto de las competencias en materia de protección de la salud que, en algunas lecturas de la doctrina constitucional, habían llevado a cuestiones problemáticas sobre el propio respeto de las disposiciones constitucionales en materia de igualdad y solidaridad (interpersonal e interterritorial), en plena sintonía con lo que ya había subrayado la jurisprudencia constitucional en relación con la legitimidad constitucional de ciertas reivindicaciones planteadas por algunos referenda regionales (durante el período del llamado «regionalismo soberanista»). En opinión de la Corte debían considerarse excluidas tales opciones de los referenda regionales porque sugerían «trastornos institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de la unidad y la indivisibilidad de la República, enunciados en el artículo 5 de la Constitución»<sup>2</sup>.

En este marco, junto a los criterios y opciones que subyacen a la nueva distribución de competencias entre Estado y Regiones por parte de la reforma constitucional, uno de los perfiles fundamentales, como ya se ha mencionado, se refiere a los derechos fundamentales y, dentro de ellos, a las cuestiones constitucionales de su efectividad en el marco del nuevo regionalismo (solidario y cooperativo) previsto por el nuevo Título V de la Constitución y por los desarrollos más recientes apreciables en las directrices de aplicación político-legislativa (ya experimentadas o tan sólo

2 Corte Constitucional, Sent. n.º 118/2015. En doctrina, véase, al menos, S. BARTOLE, «*Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della giurisprudenza della prima*», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 3, 2015, pp. 939 y ss.; M. CALAMO SPECCHIA, «Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all’autodesafe costituzionale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 1, 2021, pp. 91 y ss.; D. TEGA, «Venecia no es Barcelona. ¿Una vía italiana para las reivindicaciones de autonomía?», *Le Regioni*, núm. 5-6, 2015, pp. 1141 y ss.

apuntadas). Desde este punto de vista, en la década más reciente (como se observará mejor a continuación), se muestran especialmente los problemas planteados por el llamado federalismo fiscal, primero, y ahora por el llamado regionalismo diferenciado, los cuales, en la actualidad, no se aplican o solo se aplican parcialmente.

Si no un análisis en profundidad, al menos un recordatorio esencial de estas cuestiones será sin duda apropiado para abordar las cuestiones constitucionales (políticas) actuales en uno de los ámbitos más complejos (y aún abiertos en la perspectiva del debate jurídico), la constituida –junto con el prolijo y articulado catálogo de derechos fundamentales– por los principios fundamentales de la Constitución y el relativo carácter inderogable de los mismos. También en lo que respecta, por lo que ahora interesa, a las formas de distribución territorial del poder público, tomadas en la perspectiva de las garantías (de inderogabilidad) de los principios de ciudadanía unitaria y social, tal y como los definió el constituyente republicano.

A la aplicación de estos principios y a la protección del mencionado catálogo de derechos fundamentales, en la revisión de hace dos décadas del Título V (1999/2001), se habían destinado disposiciones de cierta garantía constitucional, como las aceptadas en el reparto concreto de competencias entre el Estado y las Regiones y en las cláusulas relativas a la garantía del principio de unidad jurídica y económica y, en particular, a la protección de los «niveles esenciales de servicios» (art. 117, 2. m) y 120, 2 CI), cuya garantía –como afirmó el poder de reforma (se podría decir que incluso de forma pedagógica)– debe asegurarse «en todo el territorio nacional».

## **II. LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA SEGURIDAD FRENTE A LAS EMERGENCIAS (EN PARTICULAR SOBRE LOS PROBLEMAS DE LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO)**

Antes de abordar los problemas que se observan en la experiencia italiana de lucha contra la pandemia del Covid-19, no parece superfluo recordar cómo el tema constitucional de la eficacia de las libertades –especialmente desde los años ochenta– ha sido objeto de un intenso debate doctrinal en relación con la legislación de lucha contra el terrorismo y las mafias, dirigido a examinar las relaciones entre las libertades fundamentales y la seguridad garantizada por los principios y disposiciones afirmados positivamente en el ordenamiento constitucional. Desde esta perspectiva, la relación entre la libertad personal y la seguridad constituye ahora un tema fundamental en la disciplina de las formas de conformación de la legislación (estatal y

regional) sobre el contraste epidemiológico con los principios de la legalidad constitucional del Estado democrático y del Estado de Derecho<sup>3</sup>.

En la experiencia italiana, la jurisprudencia dictada sobre el tema ha partido (asumiéndolo) de las cuestiones más evidentes planteadas por las violaciones del principio de legalidad hasta el de constitucionalidad, tanto en el ámbito de la legislación sobre la lucha contra el terrorismo y la delincuencia mafiosa, antes, como de la legislación sobre los derechos de los migrantes (sometida a una amplia censura por parte del Juez Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos), después, y ahora sobre los problemas relativos a la conformidad con los principios constitucionales de las medidas de lucha contra la pandemia.

Por lo que respecta específicamente a la legislación vigente en la materia –que puede recordarse útilmente a efectos del presente análisis–, se observa cómo, desde hace más de treinta años, a ambos lados del océano, se han previsto medidas de seguridad (preventivas y represivas) en relación con los fenómenos delictivos graves (terrorismo, mafias) en casi todos los países de democracia pluralista. Con respecto a tales medidas y al riesgo (en ellas) inmanente de posibles antinomias entre (las necesidades de) seguridad y (las garantías de) legalidad, la doctrina constitucional ha cuestionado durante mucho tiempo la adecuación de las medidas aceptadas en las constituciones nacionales (de posguerra) y sobre la propia conveniencia y/o necesidad de una «Constitución de emergencia»<sup>4</sup>. En esa «Constitución de emergencia» se regularían las normas y principios adecuados para salvaguardar las libertades y los derechos civiles ante el peligro de fenómenos delictivos, asegurando que los ejecutivos de cada país pudieran ejercer la garantía de seguridad sin causar daños duraderos a los derechos individuales y, en cualquier caso, sin traspasar los límites impuestos por la «decencia»<sup>5</sup> en tal contraste. En este escenario, complejo y abierto a la contribución del legislador y del Juez constitucional, la pregunta recurrente que se plantean la opinión pública y la doctrina constitucional es cómo responder a las graves incertidumbres en las que se encuentra el legislador cuando se le pide que responda al problema, pero también a las inquietudes sociales ante el problemático dilema: ¿menos libertad, más seguridad?

En los dos últimos años, esta cuestión se ha vuelto más insistente que en el caso de las anteriores medidas de lucha contra el fenómeno terrorista y mafioso, ya que

3 U. ADAMO, S. GAMBINO, «Emergenze e ordinamento costituzionale italiano», *Revista de Direitos e Garantias fundamentais*, v. 21, núm. 3, set./dez. 2020 (Vitória).

4 B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, Roma, 2005.

5 *Ult. op. cit.*, 79 ss.

ahora las medidas gubernamentales (y legislativas) deben contrarrestar la propagación de un virus capaz de atacar letalmente, asumiendo, entre otras formas de combatirlo, las del distanciamiento social y el condicionamiento de diversas libertades fundamentales (entre otras, las de circulación, asociación, reunión, culto, iniciativa económica, educación).

En cuanto a los tipos normativos, el hecho de que esas medidas de emergencia para luchar contra las pandemias hayan adoptado (y sigan adoptando) la forma de un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (en adelante dPCM), y no la forma constitucionalmente correcta de un decreto-ley, constituye un problema constitucional respecto a los ya observables en la legislación de lucha contra el terrorismo y las mafias, en la que la cuestión problemática era, sobre todo, la violación de los límites constitucionales de la reserva de ley y la reserva de jurisdicción prescritos por el artículo 13 de la Constitución.

Tal referencia al sistema constitucional de fuentes y al principio de legalidad constitucional (aunque en términos esenciales) parece oportuno evocarla al reflexionar sobre los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los sujetos titulares de la potestad de decidir en situaciones de emergencia. En ausencia de disposiciones constitucionales sobre el estado de excepción, estos últimos son relevantes para el derecho constitucional interno, para la mera calificación de «casos extraordinarios de necesidad y urgencia» que legitiman la disciplina relativa a la adopción por el Gobierno de «medidas provisionales con fuerza de ley» que, según la disposición constitucional (art. 77. 2 Constitución), el Gobierno debe someter el mismo día a las Cámaras del Parlamento para su conversión. Estas, aunque se hallen disueltas, se convocarán y se reunirán en un plazo de cinco días.

Para ser respetuosos con el carácter fundamental de las disposiciones constitucionales de protección de los derechos fundamentales, estos límites (tanto sustantivos como procesales) obligan al legislador (y a la Corte constitucional) a adoptar opciones basadas en la ponderación de los distintos bienes objeto de protección constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la libertad personal y su potencial confrontación con el orden público y la moralidad pública, o, en el caso de la actual emergencia pandémica, en el que lo que importa es el contraste temporal, sólo potencial o fácticamente concreto, entre el bien de la salud (privada y pública) y la compresión de la libertad de circulación y las demás (referidas) manifestaciones de libertad constitucionalmente positivizadas.

En este marco de equilibrio, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales ya han argumentado plenamente cómo ninguno de estos bienes constitucionales puede asumir pretensiones tiránicas frente a los demás, imponiendo así una interpretación

valorativa y positivista de los principios y derechos fundamentales, que no los trata de forma absoluta, sino desde la perspectiva («dúctil»)<sup>6</sup> de «derechos entre los derechos».

Los límites referidos al ejercicio del poder de decisión en el contexto de (posibles) crisis de emergencia, desde esta perspectiva, constituyen una barrera rígida a la separación de poderes (y en particular del poder ejecutivo y del poder reglamentario y administrativo), actuando como parámetro constitucional de referencia para el Juez Constitucional (y antes para el Ejecutivo y el Legislativo). El fundamento concreto de este análisis –sin perjuicio, no obstante, de la competencia exclusiva del Estado en materia de prevención de enfermedades internacionales, según el art. 117,2. q CI– puede residir, quizá, en que la emergencia pandémica no ha tenido el tiempo necesario para estimular una jurisprudencia (profunda) en los diversos ámbitos de la acción pública (administrativo, penal, constitucional). Pero no cabe duda de que esa jurisprudencia no puede sino intervenir en la (eventual) continuación de la disciplina de lucha contra la emergencia pandémica, como ya ha sucedido con respecto a la competencia estatal de prevención de enfermedades internacionales.

En lo que respecta a las necesidades de seguridad jurídica (de los sujetos individuales y del cuerpo social, más en general), la doctrina y la jurisprudencia ya habían sancionado la legitimidad constitucional en el marco de una proporcionalidad y temporalidad de las medidas de limitación de libertades, previstas en la legislación (especial) contra el terrorismo y las mafias. Ahora se ha actuado de forma análoga con respecto a las diversas limitaciones de libertades sancionadas en la legislación contra la emergencia sanitaria. Cuestiones similares, por el momento principalmente doctrinales, se han planteado con respecto a la legislación contra la emergencia pandémica (decretos leyes, decretos del Presidente del Consejo de Ministros, ordenanzas de protección civil, de los Presidentes regionales y de los alcaldes). Estas regulaciones, que se sucedieron en un lapso de tiempo básicamente corto (y de forma a menudo cuestionable tanto por el tipo de fuentes utilizadas como por el propio solapamiento entre fuentes regionales y estatales), como se ha observado, regulaban, entre otras cosas, medidas de confinamiento domiciliario y métodos tecnológicos para controlar a distancia el cumplimiento de las normas de distanciamiento social (y todas las demás medidas para contener la propagación epidemiológica del Covid-19), ambas consideradas necesarias por la ciencia médica (y, en lo que respecta a

6 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; U. ROMAGNOLI, «Art. 3, II comma», en G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1975.

las instituciones públicas, por el «*Istituto Superiore di Sanità*», en adelante ISS) para contrarrestar la propagación de la pandemia.

Las medidas adoptadas en este marco dieron lugar a un fuerte debate, sobre todo entre el Estado y las Regiones, relativo al reparto concreto de competencias en materia sanitaria para la lucha contra la pandemia, acompañado de un debate (igualmente intenso) sobre la fuente legislativa utilizada por el Presidente del Consejo para ordenar las medidas consideradas necesarias (sobre la base de las evaluaciones del ISS).

Considerando que estas medidas afectan al nivel constitucional de los derechos fundamentales, la doctrina ha señalado unánimemente que el instrumento para contrarrestar la emergencia sanitaria debida a la propagación de la pandemia de la Covid-19, por las razones que se acaban de mencionar, no podía ser ciertamente el administrativo (dPCM), carente de idoneidad por proceder del Presidente del Consejo de Ministros, y mermar el necesario control del Parlamento y del Presidente de la República). Parece plenamente justificado en el marco de un Estado parlamentario, que la toma de decisiones sobre las libertades fundamentales encuentre su sede más adecuada en la ley<sup>7</sup>.

Antes de realizar algunas breves observaciones sobre la legislación de emergencia en el ordenamiento jurídico italiano, en el transcurso de los dos momentos ya señalados –la de la lucha contra el terrorismo y las mafias, primero, y la de la actual emergencia epidémica– es oportuno recordar, en términos esenciales, los temas planteados en el debate constitucional por las relaciones existentes entre los objetivos a proteger en el Estado constitucional y los límites al sistema de fuentes (reserva de ley, reserva de jurisdicción) sancionados constitucionalmente, límites que se reflejan precisamente en la regulación del sistema de fuentes y en la propia oportunidad y/o necesidad de constitucionalización de límites precisos a la función reguladora del Ejecutivo (así como del propio Legislativo) en la configuración de los derechos y libertades fundamentales.

El conjunto de estas relaciones merece ahora ser brevemente recordado en lo que respecta al equilibrio entre las garantías constitucionales (de las diferentes manifestaciones) de la libertad personal y el bien constitucional de la seguridad en la lucha contra la Covid-19<sup>8</sup>.

7 Entre otros, G. SILVESTRI, «Covid-19 e Costituzione», *UniCost.it* (04/10/2020); M. LUCIANI, «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*; G. AZZARITI, «Il diritto costituzionale d'eccezione», *www.costituzionalismo.it*, núm. 1, 2020.

8 A. DI GIOVINE, «La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza», en Id., *Democra-*

Como es sabido, desde hace tiempo en la doctrina se viene debatiendo sobre la calificación de la seguridad en el marco constitucional, tratando de dar una respuesta satisfactoria a la pregunta de quienes se cuestionan si «la satisfacción del bien “seguridad” entendido en sentido subjetivo (puede) comprimir la protección de los concretos bienes constitucionalmente protegidos, subordinando la ponderación entre los mismos al objetivo de reforzar la percepción subjetiva de la propia seguridad»<sup>9</sup>. El análisis sobre el tema se mueve desde una perspectiva prioritaria en la que la seguridad se capta como un valor supremo, como un superprincipio del orden constitucional, «un sustrato básico inmanente a las mismas garantías constitucionales de los derechos»<sup>10</sup>. Tal interpretación conduce a asignar a la seguridad «una sustancia diferente a los derechos constitucionales que impide su conflicto, pero, sobre todo, que sitúa a la seguridad fuera de la posibilidad de ponderación»<sup>11</sup>, ya que no puede haber «seguridad atenuada, puesto que la seguridad ponderada es la no seguridad»<sup>12</sup>.

Frente a esta perspectiva de análisis, sin embargo, también se mueven otras visiones<sup>13</sup> en las que se resalta la dimensión individual/personal de la seguridad y, desde esta perspectiva, la seguridad se califica como una situación jurídica subjetiva perfecta, como un verdadero derecho subjetivo. Sin embargo, al considerar legítimas las necesidades que plantea la percepción de la seguridad pública, esta lectura registra una fuerte resistencia teórica, lo que lleva a subrayar problemáticamente lo «inexacto e incluso engañoso» que resulta hablar de un derecho subjetivo a la seguridad. Clarificando desde esta perspectiva (que niega toda posibilidad de referir la seguridad al parámetro de los derechos inviolables) aparece el procedimiento argumentativo del Juez constitucional cuando observa que «corresponde exclusivamente al legislador determinar, respecto al principio de la reserva de ley establecido por el artículo 13, párrafo 2, de la Constitución, los casos en los que el Juez puede ordenar

*zie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005; P. TORRETTA, «Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale», en A. D'Aloia (cur.), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

9 M. DOGLIANI, «Il volto costituzionale della sicurezza», *Astrid Rassegna* (27 abril 2020).

10 G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, «La sicurezza: un valore super-primario», *Percorsi costituzionali*, núm. 1, 2008, p. 33.

11 L. LORELLO, «Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale», en AA.VV., *Democracy and Security Review*, 2017, 1, 5.

12 *Ult. op. cit.*, 5.

13 A. PACE, «La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2014.

restricciones a la libertad personal, y también se reserva a la discrecionalidad del legislador la determinación de los casos excepcionales de necesidad y urgencia en los que pueden adoptarse medidas provisionales de limitación de la libertad personal de conformidad con el apartado 3 del artículo 13 de la Constitución»<sup>14</sup>.

Sobre la base de esta línea jurisprudencial, se deduce que, si bien es posible hablar de una «función de seguridad», aún no debería ser posible aprehender un «derecho a la seguridad» en sentido pleno, ya que esta (la seguridad pública) no puede «constituir el contenido de un derecho personal o de un derecho social [no constituyendo más que] un estado psicológico colectivo del que emana un interés generalizado, cuya protección es competencia exclusiva del Estado»<sup>15</sup>. Sobre este tema, se señala igualmente cómo es necesario valorizar las necesidades (teóricas y prácticas) planteadas por la necesaria «desconfianza ante la obsesión *securitaria*» en las medidas de lucha contra la pandemia, captando, al mismo tiempo, las consecuencias dinámicas de la evolución de la forma de Estado con respecto a las garantías aseguradas por los principios liberal-democráticos del derecho a la seguridad en sus diversas declinaciones constitucionales. Estas modulaciones conciernen al bien de la seguridad en sus diversos perfiles: en sentido estricto, como orden público y seguridad y, en una concepción más amplia y dinámica (funcional de la protección de los derechos sociales), como interés de la comunidad, capaz de equilibrar los derechos de libertad en función de la garantía de una «vida civil ordenada», como sostiene la Corte constitucional.

Por tanto, en la actual fase evolutiva del Estado del bienestar, la seguridad, entendida como una situación jurídica plena, puede comprenderse mejor si se aprecia de un modo menos distante de las exigencias que plantea la protección del bien de la(s) libertad(es) personal(es) y si se enmarca a la luz de una lectura convincente (centrada también en la búsqueda de la «otra cara de la seguridad»<sup>16</sup>) que la considere como «seguridad jurídica», como «seguridad en el derecho»<sup>17</sup>, superando así ese enfoque estático (seguridad y orden público) que estaba inherente en la anterior lectura de este bien jurídico, en favor de una apreciación de la «premisa promocional» del concepto de seguridad como pretensión constitucionalmente garantizada de los sujetos frente

14 Ord. cost. n. 187/2001.

15 A. PACE, ult. *op. cit.*

16 M. RUOTOLO, «La sicurezza nel gioco del bilanciamento», en G. Cocco (cur.), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, 18.

17 G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 223 ss.

a los poderes públicos, dirigida a lograr la remoción de los obstáculos<sup>18</sup> al disfrute efectivo de los derechos, y con ello la realización de la «libertad frente a la miseria»<sup>19</sup>.

En el marco de los análisis que la doctrina ha ofrecido respecto a las torsiones del ordenamiento jurídico provocadas por las situaciones de emergencia (primero la del terrorismo y la lucha contra las mafias, y ahora la provocada por la pandemia y la crisis económica que la acompaña), la seguridad, de acuerdo con ciertas orientaciones dirigidas a la previsión de una derogación constitucional (temporal) frente a (y para superar) las situaciones de emergencia, parecería así poder elevarse, si no al rango de derecho fundamental, al menos al de un nuevo valor constitucional<sup>20</sup>.

Con respecto a las (posibles) reacciones de la población afectada por atentados terroristas o mafiosos y ahora por los mismos efectos traumáticos de las crisis económicas producidas por pandemias (como para inducir también el riesgo de perturbación del orden público y de la propia democracia), una parte de la doctrina, como recordamos, ha sugerido la inclusión positiva en el texto constitucional de una cláusula para regular los estados de excepción, mediante la previsión de una «Constitución para la excepción» «que permita la adopción de medidas operativas eficaces para prevenir [...] pero que establezca firmemente un límite a su duración»<sup>21</sup> –en relación con la hipótesis de una emergencia por terrorismo– o que permita la adopción de medidas para contener la propagación de la pandemia sin cuestionar el ejercicio ordenado de la potestad reglamentaria en casos de necesidad y urgencia, respectivamente, por parte del Parlamento y del Gobierno, elevando a rango y valor de principio constitucional lo que ahora era una simple regulación en el texto constitucional (Art. 77,2 CI). No sin razón, desde este punto de vista, el análisis ahora recordado en el que se explicitaba una orientación similar en el marco de las medidas constitucionales para contrarrestar el terrorismo (en ese caso, islámico) llevaba por título «Antes del próximo atentado», y lo que preocupaba al autor era precisar cómo, además de los complejos (y garantistas) límites procesales previstos en la revisión del texto constitucional, la cláusula de emergencia debía ocuparse de regular el carácter

18 T.F. GIUPPONI, «Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence», *Forum di Quaderni costituzionali* (26 sett. 2007).

19 N. BOBBIO, «Sui diritti sociali», en G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Turín, 1997.

20 G. DE VERGOTTINI, «La difficile convivenza tra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti occidentali», en AA.VV., *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Padova, 2003; T.E. FROSINI, «Il diritto costituzionale alla sicurezza», [www.forumdiquadernicostituzionali.it](http://www.forumdiquadernicostituzionali.it).

21 B. ACKERMAN, *op. cit.*, 175.

temporal del «estado de excepción»<sup>22</sup>, evitando así autorizar limitaciones duraderas de los derechos. Sin embargo, como se observará más adelante, la constitucionalización del estado de excepción (que sigue siendo una opción política, dado que conscientemente se dejó explícitamente de lado durante el debate constitucional) no sería necesaria, sino al menos oportuna<sup>23</sup>, ya que la Constitución (y la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas así lo confirma) ha demostrado que no pierde (no ha perdido) su carácter prescriptivo incluso en situaciones de tensión extrema.

Volviendo al tema esencial de esta reflexión introductoria, cabe señalar también cómo los ordenamientos jurídicos contemporáneos (el italiano entre ellos), en el marco evolucionado de un constitucionalismo multinivel, muestran ahora un alto grado de tensión en la búsqueda de equilibrios y contrapesos entre los bienes jurídicos igualmente fundamentales antes mencionados (la protección de la libertad personal en sus diversas manifestaciones constitucionales y la de la seguridad).

Frente a las transformaciones de los contextos nacionales e internacionales, determinados por los procesos de globalización, por los intentos de controlar los recursos del planeta, pero también de los flujos migratorios y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que les sigue, y frente a la emergencia de amenazas terroristas o mafiosas, primero, y ahora pandémicas (generalizadas y letales), la propia seguridad (entendida como necesidad de seguridad, como situación jurídica que exige protección, cuidados por parte de la República) se convierte, al mismo tiempo, en garantía de la continuidad del Estado y de sus funciones de protección de la paz social, y en un bien jurídico inseparablemente ligado a la persona, al bien de la vida, a su dignidad.

Junto al encuadramiento tradicional y las garantías constitucionales conexas de las diversas manifestaciones de la libertad personal como poder (encomendado al Estado) destinado a asegurar la superación del *bellum omnium contra omnes*, persiguiendo así el objetivo de la paz social, en la evolución más reciente del constitucionalismo contemporáneo, encontramos nuevas garantías. Incluyen, además de un rico catálogo de derechos fundamentales, el propio derecho a la seguridad, entendido como un bien jurídico autónomo (como la «seguridad de»), como un derecho fundamental de la persona, objeto, en la jurisdicción constitucional, de una importante ponderación con las garantías concedidas a todas las demás libertades fundamentales de la persona. Desde esta perspectiva, la seguridad, como derecho de

22 B. ACKERMAN, *op. cit.*, 24.

23 G. DE MINICO, «Costituzionalizziamo l'emergenza?», *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, pp. 542 y ss.

la persona, debe «proceder conjuntamente con las libertades del individuo y concebirse como un objetivo al que debe tender la acción del Estado y de los demás poderes públicos, siempre en el pleno respeto del núcleo esencial de los demás derechos garantizados por la Constitución»<sup>24</sup>. En otras palabras, la seguridad, inscrita en el proyecto constitucional definido por las disposiciones constitucionales en materia de igualdad sustancial entre los sujetos, encuentra su realización en la puesta en práctica de los principios y derechos fundamentales de la Constitución a través de la acción del legislador y de los demás sujetos territoriales constitutivos de la República y a través de las garantías de la jurisdicción ordinaria y constitucional para hacer cumplir sus disposiciones (en caso necesario) contra el propio legislador injusto. Así, en tal perspectiva, la seguridad se realiza en la plena aplicación de las disposiciones del Estado de Derecho y de los objetivos del Estado social de Derecho, positivizando una estrecha relación entre la concepción de la democracia, la forma de Estado y los derechos fundamentales. Y es en esta perspectiva en la que, teniendo en cuenta lo que la experiencia de la emergencia sanitaria ha provocado (y sigue provocando en Italia y en otros ordenamientos jurídicos europeos, incluido el español), se puede afirmar objetivamente que la Constitución sigue en pie<sup>25</sup>.

En este contexto, la declaración del estado de emergencia nacional es un procedimiento previsto por la Ley, y la Constitución permite que el decreto-ley responda con prontitud a las situaciones de emergencia y que, al mismo tiempo, sea controlado. Por lo tanto, no existe ningún resquicio constitucional; cualquier disposición de la Constitución sobre el estado de emergencia debe, en cualquier caso, evitar la

24 *Ibid.*, p. 2.

25 A. RUGGERI, «Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti», *Consulta onLine*, núm. 1, 2020, 204; U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, «Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus», *Forum di quaderni costituzionali*, núm. 1, 2020, pp. 543; S. STAIANO, *op.cit.*, p. 532; U. DE SIERVO, «Emergenza covid e sistema delle fonti: prime impressioni», *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 309. Relevante, desde el punto de vista de: TAR Calabria (Sez. Prima), sent. 9 maggio 2020, n. 841, cfr. U. ADAMO, S. GAMBINO, W. NOCITO, «La Regione Calabria, il DPCM del 26 aprile e le “Ordinanze Santelli” nn. 37 e 38 alla luce di una non trovata leale collaborazione», *Astrid Rassegna*, núm. 7, 2020, pp. 1 y ss. Así como F. PAGANO, F. SAITTA, «Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge», *OsservatorioAic.it*, núm. 3, 2020, pp. 1 y ss.; A. SAPORITO, «Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria», *Dirittifondamentali.it*, núm. 2, 2020, pp. 887 y ss.; E. LONGO, «Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19», *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, pp. 398 y ss.

posibilidad de confiar plenos poderes, que ni siquiera son concebibles tras una declaración de guerra<sup>26</sup>.

Pero si hubiera que ir por el camino de prever una cláusula constitucional de emergencia para el futuro –aunque con la observación objetiva de que «la ausencia de disposiciones específicas no significa (en ningún caso) mutismo constitucional»<sup>27</sup>–, habría que hacerlo teniendo en cuenta las palabras de Ackerman, quien, escribiendo con perspectiva de futuro, advirtió de que «[d]elinear un régimen constitucional para un estado de emergencia limitado es una cuestión complicada. A menos que se tomen precauciones, las medidas de emergencia tienden a perpetuarse mucho más allá del momento en que son necesarias»<sup>28</sup>.

La regulación constitucional del estado de emergencia debe tener el sentido, no de atribuir poderes *extra ordinem*, que de hecho se afirmarían *in re ipsa* con la necesidad, sino de delimitar las fronteras de un poder que, de no ser frenado en sus fines, podría conducir a la ruptura. Dicho de otro modo, la cláusula de emergencia sólo debe respetar los fundamentos del constitucionalismo, por tanto, del límite al poder. Así es como pueden leerse las cláusulas en otros sistemas constitucionales, pero también en el propio Convenio sobre Derechos y Libertades Fundamentales, donde se permite una suspensión «con límites»<sup>29</sup>: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, toda Alta Parte Contratante podrá adoptar medidas que constituyan una excepción a las obligaciones contraídas en virtud del presente Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre que tales medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que le impone el derecho internacional» [Art. 15(1)]. Mientras tanto, durante la contingencia (que puede ser tanto una emergencia como una situación fisiológica), se debe pedir al legislador que equilibre constantemente los derechos, para reducir al máximo la contracción de cada uno de ellos y no distorsionar el orden correcto de los poderes que debe regirse siempre por el principio de cooperación leal. Sin pensar nunca que las libertades puedan suspenderse, porque eso significaría poner en cuestión la propia Constitución que encuentra su legitimidad precisamente en la protección de los derechos fundamentales, enfrentándose así a una *contradictio in adiecto* insostenible.

26 En ese caso, los poderes seguirían siendo «necesarios»: G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 1.

27 M. LUCIANI, *op. cit.*, 25.

28 B. ACKERMAN, *op. cit.*, 15.

29 Sujeto a su vez a un estricto control de proporcionalidad: R. LUGARÀ, «Emergenza sanitaria e art. 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali», *Osservatorio costituzionale AIC*, núm. 3, 2020, pp. 341 y ss.

En definitiva, se puede afirmar, por tanto, que Italia está afrontando la emergencia sanitaria de forma proporcionada y adecuada (sin negar las críticas señaladas hasta ahora); una emergencia, esta, que, a diferencia de la emergencia terrorista y de la emergencia mafiosa o de catástrofe natural conocidas hasta ahora, tiene la peculiaridad de afectar a todo el territorio nacional al mismo tiempo, como es típico de las pandemias. Desde esta perspectiva, puede detectarse una diferencia en la capacidad jurisdiccional para responder a la emergencia pandémica en la protección de las libertades constitucionales, no sólo, como es obvio, entre los países democráticos y los que no lo son, sino también entre los que pertenecen al mismo régimen de democracia. En otras palabras, existe una clara diferencia entre las respuestas a la emergencia pandémica a la luz del constitucionalismo de las democracias maduras y consolidadas y las que, incluso de forma autónoma<sup>30</sup>, llegan a definirse como iliberales (constituyendo una degeneración de las primeras), en la medida en que sólo estos últimos tienden a utilizar la emergencia sanitaria para acentuar el desequilibrio de poderes hacia el ejecutivo más allá de lo indispensable (ampliando *ultra vires* los poderes reglamentarios del gobierno y sustituyendo el control parlamentario por una obligación genérica de información y de forzar los límites de las libertades de forma evidentemente desproporcionada, inadecuada e indefinida)<sup>31</sup>.

Algunas de estas experiencias muestran cómo la mera presencia de una cláusula de emergencia constitucionalizada, por sí sola no es suficiente (ni mucho menos) para establecer límites que se consideren realmente tales (en la medida en que sean eficaces) contra la (posible) desestabilización de los poderes como consecuencia de la emergencia y, por tanto, para que lo patológico no se convierta en fisiológico. Reservándonos el derecho de volver sobre este tema en la parte final del texto, nuestra reflexión se centrará ahora en las cuestiones de la actual forma de Estado, tal y como se contempla en el modelo constitucional y en las reformas que han tenido lugar en los últimos veinte años y su (problemática) aplicación en la realidad constitucional.

30 No se puede pensar –ni siquiera semánticamente– en una democracia antiliberal: A. SPADARO, «Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”», *www.dpceonline.it*, 3878.

31 Como en Hungría: Ley Orgánica n.º 12 de 2020. Abundando en el tema, J. SAWICKI, «La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni», *DPCE online*, núm. 2, 2020, pp. 1963 y ss. El mismo análisis se aplica también al caso polaco (J. SAWICKI, *op. cit.*, p. 1967) en el que se produce un retorcimiento antiliberal de las instituciones (constitucionales) de protección, incluso no proclamando el estado de excepción sino sólo con el fin de no desencadenar el aplazamiento automático de las elecciones presidenciales.

### III. REGIONALISMO, PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y REALIDAD CONSTITUCIONAL. ENTRE FEDERALISMO FISCAL Y REGIONALISMO DIFERENCIADO

Sin perjuicio de la especialidad prevista para las Regiones con estatuto especial, en la realidad constitucional (aunque con las diferenciaciones introducidas en las revisiones constitucionales de 1999 y 2001), las Regiones ordinarias han registrado líneas evolutivas inspiradas en un sustancial uniformidad y en una débil diferenciación en cuanto a las competencias asignadas a su nivel y en las mismas estructuras organizativas (como de las autonomías locales, privadas de las garantías jurisdiccionales de recurrir ante el Tribunal constitucional, como se había establecido en el caso español)<sup>32</sup>.

En este contexto, pueden plantearse de nuevo las cuestiones que siempre han surgido al reflexionar sobre las relaciones entre las formas institucionales concretas de la descentralización política a nivel territorial y los problemas de su conformidad con los principios constitucionales que sustentan el Estado republicano.

A los efectos de esta reflexión, en relación con el tema que ahora queremos subrayar, desempeñan un papel central los principios de igualdad (formal y sustancial, interpersonal e interterritorial), de autonomía, el personalista y el de solidaridad, que constituyen la base de la Constitución republicana, junto al resto del conjunto de los otros principios fundamentales, como principios fundamentales sobre los que se funda también el nivel axiológico del entero ordenamiento republicano.

Como tales, se extienden –marcando un límite que no se puede eludir– a las autonomías locales en la expresión concreta de sus funciones y, por tanto, en lo que aquí nos concierne, en la concreta relación (que se preverá también en el momento de ejecución del artículo 116,3 CI en materia de regionalismo diferenciado y de autonomía financiera y de gasto, de conformidad con el artículo 119 CI) entre la nueva distribución de competencias a nivel territorial, el ejercicio de la autonomía de ingresos y gastos de los entes territoriales y la igualación de los recursos financieros (con especial atención a las necesidades de los territorios fiscalmente débiles, que, de hecho, es una cuestión política aún no resuelta para los territorios de las regiones del sur –desde la unificación política del país en 1861– en la actual forma de Estado).

Estos principios están llamados a garantizar que la autonomía territorial que ahora permite la citada disposición constitucional no se traduzca en una limitación

32 *Ex multis*, en tema cfr. También en nuestro *Lo Stato regionale e delle autonomie locali fra riordino dei poteri e diritti. L'esperienza italiana nella prospettiva della revisione costituzionale e in quella comparata*, Centro Editoriale e Librario, Università della Calabria, Rende, 2021.

de los servicios relacionados con los derechos fundamentales (sociales y civiles), independientemente del territorio de residencia. Nos referimos en particular (siendo la lista meramente indicativa y, desde luego, no excluye todos los demás derechos civiles y sociales fundamentales) a la protección de la salud, la educación, la asistencia social y el bienestar, que constituyen algunos de los pilares fundamentales del Estado social de Derecho republicano, también por ser una afirmación constitucional del principio de igualdad (art. 3,2 Const.) y del principio de solidaridad (art. 2 Const.).

Estos principios (junto a los incluidos en el epígrafe de los Principios Fundamentales de la Constitución, del art. 1 al art. 12) informan toda la arquitectura republicana (tanto antes como después de la revisión constitucional del Título V, en los años 1999 y 2001), conduciendo a un cuestionamiento problemático del alcance y los límites del regionalismo, entendido no como una mera reorganización (funcionalista) de las competencias estatales entre el centro y la periferia –como a veces se ha sostenido en la doctrina–, sino más bien en términos de efectividad de los derechos (civiles y sociales), al margen de los límites territoriales de los gobiernos regionales y locales. Un tema éste que, a partir de la reforma del Título V de la Constitución, y a pesar de una cierta tendencia declamatoria, encontramos ahora en el centro del debate público y constitucionalista.

De hecho, desde hace al menos dos décadas, podemos recordar que esta reorganización y fortalecimiento del pluralismo territorial ha estado en la base de un sistema igualmente reforzado de protección de los derechos con respecto a los problemas planteados por los intentos no triviales de desgarrar el tejido político/civil del país, que han puesto de manifiesto una fragilidad básica del proceso de unificación política en sus 170 (y más) años de historia unitaria, y que, por tanto, pone de relieve los problemas políticos e institucionales de una cuestión del sur (aún) no resuelta, una cuestión, de hecho, incluso negada.

Este cuestionable proyecto de dualismo territorial del país –hay que recordarlo– había comenzado inicialmente con las amenazas políticas de secesión (de la llamada Padania), continuó con la adopción de la ley de federalismo fiscal (ley 42/2009, aparentemente más razonable que el proyecto original de la Liga), y finalmente encajó en los terrenos movedizos de la resistencia por parte del sistema regional/local, resurgiendo finalmente en las formas (discutibles tanto en sus contenidos materiales como en los procedimientos previstos) del proyecto de regionalismo asimétrico de las Regiones de Lombardía, Véneto y Emilia Romagna, llegando finalmente al proyecto de ley que contiene disposiciones para una autonomía diferenciada (el llamado Proyecto Boccia<sup>33</sup>). Tras este proyecto, la discusión sobre el asunto se produjo, por

33 Proyecto de ley marco que contiene los principios de atribución de formas y condiciones

así decirlo a la sombra (alguno ha escrito «opaca»), , reservada al ámbito de los ministerios técnicos del Gobierno Draghi, hasta que este perdió la confianza de algunos componentes políticos de su misma mayoría gubernamental<sup>34</sup>.

#### IV. AUTONOMÍA TERRITORIAL, UNIDAD JURÍDICA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD (SIGUE)

Como es bien sabido, la evolución del sistema regional (y local) se ha sometido a un intenso debate político-institucional, especialmente desde finales de los años 90 del pasado siglo, llegando a la reforma del sistema de las autonomías locales marcada por la Ley Delrio (Ley n.º 56/2014), objeto de discusión (problemática) en la doctrina, aunque tamizada positivamente por la Corte constitucional (con la Sentencia 50/2015)<sup>35</sup>.

Desde esta perspectiva, la lenta aplicación de la reforma del Título V de la Constitución (en particular en lo relativo a la distribución territorial de las funciones fundamentales de los órganos autónomos de la República según la letra p del apartado 2 del artículo 117 de la Constitución y a la disciplina del federalismo fiscal, según el artículo 119 de la Constitución), más recientemente, había llevado a los Gobiernos Conte I y Conte II a realizar intentos (discutibles) de aplicación del apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, en materia de regionalismo diferenciado. Se trata de una cuestión sobre la que a continuación desarrollaremos algunas reflexiones esenciales, atendiendo particularmente a su relación con la efectividad del principio de igualdad interterritorial de los ciudadanos. Esta directriz legislativa (posteriormente aceptada en la remodelación de la Propuesta Boccia, en el marco del Gobierno Conte II), como ya se ha mencionado, tenía por objeto aplicar las nuevas disposiciones del apartado 3 del artículo 116 de la Constitución.

Encargando su redacción al ministro (*pro tempore*) de Asuntos Regionales y Autonomías, las fuerzas políticas de esa coalición gubernamental (Conte II) se com-

especiales de autonomía a las regiones y las modalidades de definición de los LEP (niveles esenciales de rendimiento) y de los objetivos de servicio. El texto también está disponible en [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it).

34 C. DE FIORES, «Le insidie del regionalismo differenziato. Le ragioni di una ‘riforma della riforma’ del Titolo V», *CRS* (7 julio 2022); L. DI MAJO, «Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito», *Rivista Aic*, núm. 1, 2020.

35 *Ex multis*, cfr. También en nuestro «Dalla (incerta) attuazione del sistema regionale e locale alla nuova ‘geografia istituzionale della Repubblica’, fra (limiti nell’)attuazione della legge Delrio e (contrastato) progetto governativo di regionalismo differenziato», *Diritto amministrativo e società civile. Scritti in onore di Fabio A. Roversi Monaco*, Vol. II, Bologna, 2019.

prometieron a elaborar un proyecto de regionalismo diferenciado consistente en un proyecto de ley marco destinado a superar los límites más evidentes (constitucionales, pero también políticos) del anterior intento del gobierno de aplicar el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución. Un proyecto este último que había sido objeto de un intenso debate político y doctrinal, que en algunas de sus lecturas científicas veía en él la naturaleza de una sustancial «secesión de los ricos»<sup>36</sup>. Los propios límites del proyecto radican en la nada desdeñable opacidad del debate sobre el tema en el seno del Gobierno Draghi, que fue superado (en el momento de escribir estas líneas, y en todo caso antes de los inminentes resultados electorales) con una nulidad de facto, debida a la retirada de hecho de la confianza en este Gobierno por parte de algunas de las mismas fuerzas políticas de esa mayoría, seguida de la dimisión que el Presidente del Consejo de Ministros presentó al Presidente de la República.

A efectos de esta reflexión, no podremos profundizar en el proyecto de regionalismo diferenciado tal y como resultó de los Acuerdos firmados por las tres Regiones que lo promovieron (Véneto, Lombardía y Emilia Romagna), principios estos que son especialmente relevantes a efectos de la valoración del proyecto gubernamental, que, por tanto, no puede sino tomar su punto de partida del espíritu y del texto de la revisión constitucional del Título V<sup>37</sup>.

Algunas de las fórmulas utilizadas por el poder de reforma —como la que atribuye a la legislación exclusiva del Estado «la determinación de los niveles esenciales de los servicios relativos a los derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional» (artículo 117,2. m CI)— han sido bien analizados por la doctrina regionalista, al reflexionar sobre los límites (también constitucionales) del llamado federalismo fiscal, según las opciones aceptadas, primero, en la Ley Calderoli (Ley n.º 42/2009) y, después, como ya se ha mencionado, en las (controvertidas) directrices incluidas en los proyectos de acuerdo entre el Estado y las Regiones de Lombardía, Véneto y Emilia-Romaña. Así, con respecto a las numerosas cuestiones que plantea este proyecto gubernamental de regionalismo diferenciado, podremos limitarnos a mencionar únicamente los perfiles relativos a las relaciones entre las

36 G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2018; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Nápoles, 2019. Una lettura in direzione opposta è proposta da A. GIOVANARDI, D. STEVANATO, *Autonomia, differenziazione, responsabilità. Numeri, principi e prospettive del regionalismo rafforzato*, Venezia, 2020.

37 Entre otros sobre el tema, véase también nuestro «Regionalismo (differenziato) e diritti. Appunti a ri-lettura del novellato titolo V Cost., fra unità repubblicana, principio di eguaglianza ed esigenze autonomistiche», *Astrid Rassegna*, núm. 5, 2019.

nuevas competencias otorgadas a las regiones (y a los organismos autónomos de la República) y la garantía de los derechos de ciudadanía (unitaria y social) a nivel interpersonal e interterritorial.

El análisis de esta cuestión no puede sino comenzar recordando las mismas cuestiones que plantean los métodos previstos por el artículo 119 de la Constitución (y con relación a la Ley de delegación de ejecución n.º 42 de 2009) para garantizar que las Regiones y los organismos autónomos de la República dispongan de los recursos necesarios para cubrir plenamente las «funciones públicas que tienen asignadas» (artículo 119,4 CI).

Tales competencias, en efecto, parecían desprovistas de normas puntuales de garantía constitucional, al menos en lo que respecta a una definición más precisa de las funciones fundamentales de los órganos autónomos de la República (a las que se refiere el artículo 117,2. p CI) que la prevista posteriormente por la Ley Delrio (n.º 56/2014), así como a los contenidos esenciales de la nivelación financiera. Una equiparación esta que, si se hubiera identificado bajo la forma de una mera redistribución compensatoria, no habría podido erigirse en garante de la exigibilidad de los niveles esenciales de los servicios relacionados con la sanidad, la asistencia social, la educación y los transportes públicos locales. Una garantía, esta última, exigida por la Constitución (art. 117,2. m y art. 119,4 CI), (que era) sinónimo de certeza de desembolso a favor de la comunidad, a través de una vía de solidaridad condicionada a la consecución de los objetivos de recuperación del rendimiento y revitalización de los territorios (regiones) con menor capacidad fiscal por habitante, beneficiarios de la intervención redistributiva.

Así pues, antes y después de los intentos de aplicar el regionalismo diferenciado, el perfil central de la cuestión sigue siendo el que lleva a preguntarse por los problemas que plantea el nuevo orden de competencias sancionado por la revisión constitucional del Título V con respecto a la garantía del principio de igualdad entre los ciudadanos y los derechos de ciudadanía (unitaria y social), situados (junto con los demás principios constitucionales fundamentales, empezando por el de solidaridad) en la base de la República. En esta perspectiva, se subraya que la disposición aceptada en la letra m del apartado 2 del artículo 117 de la Constitución no se limita a atribuir a la legislación exclusiva del Estado la competencia para determinar los niveles esenciales de las prestaciones en materia de derechos sociales, ya que se extiende, con una formulación garantista, también a los derechos civiles, de modo que tanto los primeros como los segundos están «garantizados en todo el territorio nacional».

Desde esta perspectiva, son necesarias ahora algunas consideraciones sumarias para enmarcar este perfil fundamental, que se erige como una limitación en la apli-

cación de las disposiciones constitucionales en materia de autonomía financiera de ingresos y gastos y ahora en materia de posibles asimetrías en el regionalismo que se añaden a las ya presentes en el texto original de la Constitución republicana.

En este sentido, a diferencia del antiguo sistema regional, el nuevo Título V de la Constitución introduce una relación explícita y directa entre el nuevo regionalismo y la nueva forma de regular los derechos sociales y civiles. La cantidad y la calidad de la nueva asignación de competencias a nivel regional –que ahora puede ampliarse aún más a la luz de la aplicación del apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, según el cual pueden atribuirse «otras formas y condiciones especiales de autonomía» a otras Regiones (además de las que disponen de un estatuto especial contemplado en el apartado 1 del artículo 116 de la Constitución)–, parece comparable, si no a los sistemas federales, sí al de las Comunidades Autónomas españolas a la luz del principio dispositivo allí previsto constitucionalmente, que, sin embargo, difiere no sólo por el marco constitucional de la forma de Estado, sino también por las técnicas institucionales de atribución de competencias y la legislación de aplicación correspondiente. Desde este prisma se comprende, y se justificaría, el evidente énfasis al que ha recurrido la clase político-parlamentaria en su utilización del término federalismo para enmarcar la revisión constitucional del Título V.

Al asignar a la legislación exclusiva del Estado la materia/función de la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales» (artículo 117,2. m, de la disposición constitucional modificada), la reforma pretende asegurar la garantía del principio de igualdad ante la ley, que debe entenderse, sobre todo, como igualdad ante la Constitución en todo el territorio nacional.

Así pues, parece necesario un examen más detenido de la relación entre la autonomía regional, los derechos fundamentales y los principios constitucionales de unidad e indivisibilidad de la República.

Para ello, conviene referirse a una convincente dirección jurisprudencial de la Corte constitucional a propósito de la sentencia sobre la constitucionalidad de dos leyes (aún recientes) de la Región del Véneto (núm. 15 y 16 de 2014) en las que esta Región perseguía el objetivo de iniciar concretamente una dirección legislativa del regionalismo que, de hecho, parecía secesionista. En esta dirección jurisprudencial, la Corte argumenta duramente su censura con respecto a la cuestión de legitimidad constitucional planteada por el Gobierno *pro tempore* sobre una cuestión que en muchos aspectos se aproxima a las cuestiones planteadas en el pasado, aunque sobre la base de una cobertura constitucional explícita, consagrada ahora en el artículo 116,3 CI.

De hecho, dos cuestiones planteadas entonces, recuerdan muy de cerca temas que siguen presentes en el debate público (una vez más implicando a la Región del Véneto, pero no sólo a ella). La primera se refiere a las opciones constitucionales fundamentales aceptadas en las (referidas) leyes impugnadas ante la Corte. Según esta jurisprudencia, había que suponer que estas opciones quedaban excluidas como tales de los referenda regionales porque sugerían «trastornos institucionales radicalmente incompatibles con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República, contemplados en el artículo 5 de la Constitución»<sup>38</sup>.

Como garantía de los principios fundamentales del orden republicano, recordando lo que ya se había argumentado en la sentencia n.º 1146 de 1988, la Corte identifica, de forma perentoria, la «unidad de la República [...] como uno de esos elementos tan esenciales del orden constitucional como para sustraerlo incluso al poder de revisión constitucional»<sup>39</sup>.

Dicha interpretación realizada por la Corte sigue siendo hoy pertinente en lo que respecta a las cuestiones que pueden vincularse a las iniciativas legislativas promovidas por los (referidos) proyectos de ley (del Gobierno Conte II) sobre el tema del regionalismo diferenciado. Así pues, la versión de este objetivo aceptada en la Propuesta Boccia, al menos en una primera lectura, no parece incurrir en la misma duda de legitimidad constitucional, dada la cobertura constitucional del apartado 3 del artículo 116.

Después de haber hablado de una orientación muy clara de la Corte sobre las cuestiones de reforma que siguen presentes en el debate político-institucional del país, podemos retomar la reflexión que se interrumpió para dar espacio a la lectura de los principios fundamentales realizada por la Corte con respecto a las reivindicaciones aceptadas en el ya mencionado Proyecto de Acuerdo del Véneto (pero también presentes en el Acuerdo de Lombardía).

Sobre el fondo concreto de esta reflexión, puede observarse cómo el legislador de revisión se ha movido en un marco constitucional en el que se da por definitivamente superado el viejo modelo del uniformismo y el centralismo, que se ha correspondido, en la práctica, con una legislación regional sustancialmente homóloga. Con respecto a dicho marco, podría producirse la vulneración del principio de igualdad (interpersonal) de los ciudadanos dentro de cada región individual y con referencia (ahora también) a su lugar de residencia (igualdad interterritorial).

38 Corte cost., sent. núm. 118/2015, p.to 7.2 *cons. in dir.*

39 Corte cost., sent. núm. 118/2015, p.to 7.2 *cons. in dir.*

Mientras que, con respecto a la primera de las dos situaciones mencionadas, las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación entre sujetos (art. 3,1 CI) podrían ser suficientes, cualquier desigualdad interterritorial habría quedado sin cobertura constitucional; esto sobre todo teniendo en cuenta la realidad socioeconómica del país, (todavía) caracterizada por una persistente cuestión meridional, que debe entenderse como una brecha socioeconómica (no superada) entre el norte y el sur del país.

Con respecto a esta desigualdad, la disposición constitucional de la letra m del apartado 2 del artículo 117 constituye una garantía de los derechos de ciudadanía (unitaria y social), al igual que la disposición del límite suplementario constituido por los principios fundamentales reservados a la legislación del Estado con referencia a las competencias concurrentes de las regiones (apartado 3 del artículo 117 de la Constitución), que debe extenderse, en la lectura que sigue aquí, también a sus competencias exclusivas y residuales.

De acuerdo con las preocupaciones expuestas desde el principio por Leopoldo Elia, en esta perspectiva, no se puede aceptar la interpretación que querría ver en la aplicación del artículo 116,3 CI una posible «vía de escape» para eludir el respeto de los principios fundamentales de las materias de competencia concurrente reservadas a la legislación del Estado<sup>40</sup>.

Así, si a las posibles lesiones al principio de igualdad interpersonal e interterritorial (debidas también a las disposiciones del apartado 3 del modificado artículo 116 de la Constitución) el legislador de revisión constitucional les puso remedio mediante las disposiciones constitucionales de la letra m del apartado 2 del artículo 117 y con los controles sustitutivos previstos en el apartado 2 del artículo 120 de la Constitución, en la misma óptica garantista (de tutela de la ciudadanía unitaria y social), debe asumirse como eficaz todo el sistema de los principios fundamentales (y entre ellos, en particular, el principio personalista y el de solidaridad del artículo 2 CI y el principio igualitario del art. 3,1 y 2 CI) así como el conjunto de disposiciones en materia de derechos fundamentales al constituirse como patrimonio constitucional, y como tal, indisponible a la discrecionalidad tanto del legislador (ordinario y autonómico) como de la revisión constitucional, por constituir principios supremos del ordenamiento constitucional, según una reiterada interpretación del Juez Constitucional<sup>41</sup>.

40 L. ELIA, *Audizione da parte della I commissione permanente del Senato*, 23 octubre 2001.

41 Corte cost., sent. nu. 1146/1988, p.to 2.1 *cons in dir*.

Desde esta perspectiva, en la aplicación del principio de igualdad y solidaridad en la República (entendida, de conformidad con el artículo 114 de la Constitución, como conjunto constitucionalmente ordenado de todos los poderes públicos, estatales y territoriales), esta es la encargada de hacer efectivas, por la vía de la solidaridad y de la cohesión social, todas aquellas garantías que contribuyan, con el principio de igualdad (formal y sustantiva), a superar las desigualdades originadas en el sistema económico y social, eliminando los desequilibrios y favoreciendo el ejercicio efectivo de los derechos personales. El legislador estatal, en el ejercicio de las competencias normativas que le confiere la Constitución y en cumplimiento del principio de subsidiariedad y de cooperación leal, es responsable de garantizar la protección de la unidad jurídica y de la unidad económica. Es responsable, en particular, de la protección de los niveles esenciales de servicios relativos a los derechos civiles y sociales, independientemente de los límites territoriales de los gobiernos locales, pudiendo (en una perspectiva jurídica debe leerse como debiendo) el Estado-Gobierno, en este sentido, sustituir a los órganos de las regiones, ciudades metropolitanas, provincias y municipios en las hipótesis normativas previstas en la Constitución (artículo 120,2) y respetando los procedimientos de la ley relativos a este control sustitutivo (en particular, el artículo 8 de la Ley n.º 131/2003).

De esta relectura de la modificación del texto constitucional puede concluirse que, aunque en principio la disposición del artículo 117,2. m) pueda no parecer estrictamente necesaria a efectos de la protección de los derechos constitucionales fundamentales, tal disposición constitucional encuentra su motivación –incluso podría decirse que pedagógica– en la necesidad de explicitar que el marco constitucional de los principios fundamentales no ha sufrido cambios sustanciales en cuanto a las garantías constitucionales otorgadas a los principios y derechos fundamentales.

En la perspectiva de la puesta en práctica del federalismo fiscal, primero, y ahora del regionalismo diferenciado, por tanto, hay que subrayar cómo el sistema constitucional no puede sino hacer respetar los límites (al ejercicio del poder legislativo de las Regiones ordinarias y de las que tienen un estatuto eventualmente diferenciado) ahora constitucionalizados en el artículo 117,1 CI, así como las limitaciones derivadas de la legislación de la UE y de las obligaciones internacionales. La legislación compartida en las nuevas materias de las que ahora son titulares las Regiones (especialmente la protección de la salud, la educación, la protección y la seguridad laboral, la valorización del patrimonio cultural y medioambiental y la promoción y organización de actividades culturales) –significativamente reforzada con respecto al antiguo artículo 117 de la Constitución–, que deriva de lo que

(ahora) podríamos entender como un principio dispositivo a la italiana (art. 116,3 CI) y la que se le ha atribuido como residual (piénsese, en este sentido, en la importancia central de la materia de asistencia social, un derecho social fundamental hasta ahora ampliamente eludido) deben ejercerse –con las posibles diferenciaciones en el estatuto de las propias Regiones– sin poner en cuestión el estatuto de ciudadanía, que debe seguir siendo nacional y social, garantizando así los niveles esenciales de actuación en materia de derechos civiles y sociales, así como la no derogación de los deberes de solidaridad política, económica y social entre los sujetos y las distintas zonas del país. La referencia a una sentencia constitucional<sup>42</sup> (aún) reciente viene al caso para subrayar la convincente lectura de la Corte sobre el carácter «incompresible» de ciertas situaciones jurídicas subjetivas de derecho social (en este caso, se trataba del derecho a la educación de los alumnos discapacitados) con respecto a las limitaciones impuestas a la ponderación jurisdiccional relativa con la hacienda pública (artículo 81 de la Constitución). Como se ha subrayado ampliamente en la doctrina, desde esta perspectiva, la división hecha por el poder de reforma parece en varios aspectos confusa, e incluso ingenua, en su pretensión de detener el movimiento irreversible de los intereses subyacentes al sistema. Una vez más, por tanto, era (y es) necesario recurrir al intérprete y al juez de las leyes para componer las opciones diferenciadas del legislador estatal y regional en un marco de compatibilidad constitucional.

Sin embargo, en lo que respecta al contenido material de los niveles esenciales de los derechos civiles y sociales, la interpretación del contenido material del artículo 117 de la Constitución remite a lecturas (incluso considerablemente) diferentes entre sí, según prevalezca o no una orientación (cultural e institucional) de discontinuidad con respecto a la disciplina anterior. La cuestión fundamental, como ya se ha observado, surge de la identificación de los límites a los que está sujeto el poder legislativo regional concurrente –a cuya disciplina se refirió la reforma constitucional cuando limitó dicho poder con la determinación (mediante una ley estatal) de los principios fundamentales de la materia–. Pero la cuestión fundamental, sobre todo, debe responder a las preguntas sobre la extensión de este régimen de limitaciones al

42 Corte cost., sent. n 275/2016 (anotada de L. CARLASSARE, «Bilancio e diritti fondamentali: i limiti “invalidabili” alla discrezionalità del legislatore», *Giur. cost.*, 6/2016, 2339 ss.; A. LUCARELLI, «Il diritto all’istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati», F. PALLANTE, «Dai vincoli “di” bilancio ai vincoli “al” bilancio», ambos en *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 6, 2016, 2343 ss.); S. SCAGLIARINI, «Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale», *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2/2019, 331 ss.

mismo poder legislativo exclusivo/residual de las Regiones, así como, en el futuro, a las limitaciones de las materias cubiertas por los acuerdos sobre «otras formas y condiciones especiales de autonomía» (en virtud del art. 116, 3 CI).

Desde esta perspectiva, la interpretación que invoca el propósito garantista de proteger el bien constitucional de la unidad, y en particular la protección de los servicios relativos a los derechos civiles y sociales, con independencia de los límites territoriales de los gobiernos locales y de las «ulteriores formas y condiciones particulares de autonomía», parece plenamente fundada (para quien esto escribe) como legitimación del poder legislativo estatal para motivar la intervención, no sólo a través de principios fundamentales, sino también a través de una disciplina específica, de carácter transversal, capaz de penetrar en el ámbito normativo del propio poder legislativo regional.

Así, en el nuevo marco constitucional (leído ahora también desde la perspectiva de la aplicación del artículo 116,3 CI), si se abren nuevos espacios normativos y de garantía para las regiones en materia de derechos (civiles y sociales), se confirma que el Estado tiene potestad para intervenir en dicha disciplina regional, tanto a través del establecimiento de principios fundamentales de las materias atribuidas a la competencia concurrente de las regiones como a través de normas legislativas (limitadas estas últimas para las regiones que no recurran a la aplicación del artículo 116,3 CI), unos y otros, en todo caso, en cumplimiento de los principios constitucionales fundamentales y entre ellos, en particular, el principio de igualdad y solidaridad.

Por lo tanto, se quiere garantizar la plena aplicación de un principio que hasta ahora se ha descuidado en gran medida: el principio de autonomía del artículo 5 CI. De esta forma, superando la uniformidad y los retrasos acumulados por el legislador estatal, se trata de asegurar la plena aplicación de los principios fundamentales de la Constitución y, en particular, de aquellas disposiciones establecidas en el artículo 117 de la Constitución destinadas a asegurar la «equiparación de los recursos financieros», así como la «determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales», de forma que los mismos puedan garantizarse en todo el territorio nacional. Sin embargo, la legislación de aplicación de las reformas constitucionales del Título V no parece haber aportado hasta ahora ninguna contribución decisiva en esta perspectiva.

Aunque es un requisito previo necesario, desde este punto de vista, la igualación de infraestructuras prevista en el proyecto de regionalismo diferenciado elaborado con el Proyecto Boccia no es adecuada con respecto a las necesidades de autonomía a todos los niveles territoriales, si no va acompañada de la aplicación más general de la igualación financiera y de la determinación de los niveles esenciales de rendimiento

en materia de derechos civiles y sociales, así como de la redefinición del marco de la reasignación territorial de funciones en virtud del artículo 117,2. p CI (en el amplio marco de una «Carta de las Autonomías»). Sólo este último, en efecto, además de ser un freno adecuado para el legislador y la administración en su aplicación, puede constituir un parámetro constitucional de referencia en el control jurisdiccional ante la Corte Constitucional, sin el cual se produciría una clara regresión de la efectividad de los derechos fundamentales y con ello de la garantía de su exigibilidad.

## V. CRISIS ECONÓMICA, CRISIS PANDÉMICA Y DERECHOS SOCIALES

Antes de proponer algunas reflexiones (esenciales) sobre el impacto de la crisis pandémica en la protección de la salud (y más en general en los derechos sociales), desde la perspectiva de este análisis, conviene proponer otras reflexiones sobre la problemática de la efectividad de los derechos sociales constitucionales fundamentales a la luz del proceso de integración europea y de la crisis económica que se ha manifestado desde 2007, prolongándose hasta la más reciente reconducción de la dirección política de las instituciones eurounitarias con el Plan de Recuperación (que ahora se aplica en forma de P.N.R.R.)<sup>43</sup>.

Como se ha manifestado en los últimos veinte años, la intensidad de la crisis económica se ha mostrado en los países miembros de la Unión capaz de desbordar la soberanía de los Estados, erosionando, con gradualidad diferenciada en los distintos países, los propios derechos sociales fundamentales (sobre todo, pero no sólo), su estatuto constitucional de derechos de ciudadanía (unitaria y social), limitando así los márgenes de decisión de los legisladores nacionales debido a la necesidad de respetar las restricciones del equilibrio presupuestario (según el nuevo artículo 81 de la Constitución) y condicionando en última instancia la tutela garantizada por los tribunales ordinarios y constitucionales.

Desde esta perspectiva, la crisis del Estado social que siguió, no sólo esbozó el fracaso de un modelo político (de gobierno) de la economía, sino que también representó el empañamiento (si no también el riesgo de decadencia) de un Estado constitucional para el que la igualdad y la igual dignidad social de las personas representan la premisa y la finalidad misma de su acción.

En este sentido, residiendo en el condicionamiento financiero de las políticas redistributivas, la crisis del Estado social se ha manifestado no sólo como una crisis

43 *Ex multis*, L. BIANCHI, B. CARAVITA (cur.), *Il PNRR alla prova del Sud*, Nápoles, 2021.

fiscal del Estado (como ya apareció en los años 1970/80) sino como una crisis constitucional, como una verdadera crisis democrática.

En este contexto, ante la reducción de los recursos públicos y con ello la limitación de los servicios administrativos que pueden prestar las instituciones republicanas, se ha visto comprometida la propia exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, que se han ido caracterizando como situaciones jurídicas financieramente condicionadas (no siempre está claro, sin embargo, si se trata de un mero condicionamiento material y no sólo formal). Desde la experiencia italiana y en otros países europeos, además, esto ha supuesto que los tribunales constitucionales se encuentren en una situación de sobreexposición ante las limitaciones de los recursos disponibles y las nuevas restricciones de las finanzas públicas.

En cuanto al contenido material de los derechos sociales consagrados en la Constitución, si la doctrina constitucional no parece haber expresado ninguna incertidumbre en cuanto a su carácter prescriptivo y, por tanto, en cuanto a su accionabilidad directa para la protección de las situaciones jurídicas constitucionalmente garantizadas, con la relativa protección también frente a las limitaciones financieras, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha confirmado el carácter fundamental de las garantías de tales derechos como rasgo indefectible de la forma (democrática y social) de Estado, aunque destacando en dicha jurisprudencia la apreciación de la necesaria gradualidad de la protección, la discrecionalidad del legislador y, por último, (tras la reformulación del art. 81 CI a la luz de la ley const. 1/2012), los requisitos constitucionales de equilibrio de las finanzas públicas.

El límite infranqueable observado por la Corte en su jurisprudencia sobre el tema de los derechos sociales (especialmente en materia de educación, salud, asistencia social) es el respeto de su núcleo esencial, según el parámetro constitucional fundamental de la dignidad humana. Este parámetro, sin embargo, parece bastante indeterminado (en el sentido de su plena disponibilidad en manos del intérprete constitucional) en cuanto a su fungibilidad como parámetro de evaluación en la ponderación frente a otros bienes constitucionales, o como balanza sobre la que producir la ponderación.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente (ya mencionada) relativa a los derechos fundamentales que la Corte ha consagrado en su jurisprudencia como irreductibles, ha supuesto un importante avance argumental destinado a superar muchas de las críticas y dudas que se habían planteado hasta ahora en relación con el equilibrio de las restricciones presupuestarias y la garantía de los derechos fundamentales sociales. En el razonamiento seguido en el citado pronunciamiento, desde esta perspectiva, puede leerse que «es la garantía de los derechos irreductibles la que afecta al presu-

puesto, y no el equilibrio de éste el que condiciona su debida dotación»; afirmación esta que la sensible doctrina ha considerado convincentemente «de alcance general, y por ello potencialmente capaz de operar como ‘regla de sistema’ en todos los casos en que entren en conflicto la necesidad de hacer efectivos los derechos constitucionales y las necesidades financieras»<sup>44</sup>.

En ese discurso, como observamos, el Tribunal ya se había preocupado de identificar un límite a esa ponderación, identificándolo en el núcleo esencial del derecho social sometido, de vez en cuando, al escrutinio constitucional, según un parámetro –el de la dignidad humana– que, sin embargo, parecía bastante indeterminado en cuanto a su fungibilidad como parámetro de evaluación en la ponderación con otros bienes constitucionales, o como balanza sobre la que producir la ponderación. Una indeterminación que la dirección jurisprudencial a la que acabamos de referirnos parece superar más claramente en favor de una prioridad que debe concederse a la protección de los derechos fundamentales, irreductibles con respecto a las limitaciones presupuestarias, con la consecuencia, para la Corte, de hacer de ello una limitación para la discrecionalidad del legislador. La efectividad de un derecho fundamental –por esta razón «irreductible» como observa el Tribunal– «sólo puede derivarse de la certeza de la disponibilidad financiera para el cumplimiento del mismo»<sup>45</sup>.

La orientación del Tribunal a este respecto hacía referencia a una posición ya aceptada unos años antes<sup>46</sup> respecto a la estrecha relación causal entre la protección de los derechos fundamentales y la disposición de gastos obligatorios por parte del poder legislativo (estatal o regional). Sin la previsión legislativa sobre esto último, la naturaleza de la situación jurídica protegida como derecho social fundamental quedaría degradada a la de una mera previsión programática; una orientación esta que ha sido claramente superada por la jurisprudencia de la Corte desde su primera decisión (sentencia constitucional n. 1/1956). De ahí la determinación de la Corte al asumir que, una vez identificado el «núcleo insuperable de garantías mínimas para hacer efectivo un derecho»<sup>47</sup>, se deduce la obligatoriedad de la correspondiente financiación de los servicios administrativos, empezando por la formulación de unos presupuestos públicos en los que el legislador debe asignar los recursos necesarios para su realización administrativa<sup>48</sup>.

44 F. PALLANTE, «Dai vincoli ‘di’ bilancio ai vincoli ‘al’ bilancio», *Giur. cost.*, núm. 6, 2016.

45 Sent. cost. 275/2016, cons. in dir. 7.

46 Corte cost., sent. núm. 80/2010.

47 Sent. cost. núm. 80/2010.

48 C. SALAZAR, «Crisi economica e diritti fondamentali», *Rivista AIC*, 2013, núm. 8.

Como puede advertirse, este enfoque recuerda un tema fundamental (pero también problemático en cuanto a su eficacia concreta) del constitucionalismo contemporáneo, el planteado por la concepción normativa de las constituciones contemporáneas y, dentro de ellas, por la naturaleza plenamente jurídica (y por tanto exigible) de los derechos sociales, considerados en sus diversos perfiles, tal y como se prevén en los textos constitucionales, en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales competentes y en las opciones legislativas y administrativas adoptadas en los ordenamientos de los distintos países europeos con constitucionalismo social.

Abordado con una sensibilidad constitucionalista, este enfoque permite captar los efectos producidos por el proceso de integración europea y las limitaciones fácticas impuestas por la crisis económica, que se ha agravado especialmente en la última década y se ha prolongado hasta la reciente y significativa reconversión de la orientación política y económica de las instituciones europeas.

Sin embargo, si dejamos atrás las visiones ideales del Estado que caracterizaron las experiencias estatales posteriores a la Segunda Guerra Mundial (keynesianas/intervencionistas en la economía), estas políticas, en la medida en que se inspiraban en el objetivo preponderante de mantener la estabilidad de los precios, no podía dejar de afectar a la cantidad y calidad de los servicios prestados a los destinatarios de las disposiciones constitucionales de protección, interviniendo de forma problemática tanto en la protección de la efectividad de los derechos civiles (libertades negativas) como (y sobre todo) en lo que respecta a esa particular naturaleza de prestaciones de derechos, los derechos sociales, que al ser más costosas (en comparación con las formas de protección de las libertades negativas), exigen a los representantes parlamentarios nacionales una asignación responsable de los recursos públicos y, al mismo tiempo, la identificación de políticas fiscales justas (respetuosas con el principio constitucional de progresividad de los impuestos), acompañando este proceso con políticas de simplificación y racionalización administrativa funcionales a la satisfacción de las necesidades sociales<sup>49</sup>.

Esto es especialmente pertinente (y, al mismo tiempo, de actualidad) a la luz de los equilibrios que ahora son necesarios tras la constitucionalización en los Estados miembros de la UE (al menos en la mayoría de ellos) de las nuevas normas de equilibrio presupuestario (Pacto Fiscal), que han planteado (al menos en parte de la doctrina) discusiones sobre la compatibilidad entre los principios y valores de corte

49 *Ex multis*, F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, 2019; S. GAMBINO (cur.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2016.

personalista y de solidaridad, consagrados en el orden constitucional interno y los de estabilidad económica consagrados en el orden europeo.

Así, se plantea un problema especialmente digno de consideración en cuanto a la relación entre la sostenibilidad financiera, el equilibrio/balance presupuestario y la protección de los derechos sociales, partiendo precisamente de la base de que, en mayor o menor medida, estos últimos cuestan más que otros derechos, por lo que requieren servicios administrativos adecuados y recursos públicos apropiados<sup>50</sup>.

Volvemos a encontrarnos así, al menos en las dos últimas décadas, con la necesidad de reflexionar sobre los problemas que plantea el proceso de integración europea (y, dentro de él, sobre el evidente cambio de ritmo marcado en este ámbito por el Tratado de Maastricht en 1992-93, sobre la apatía social del club de la Europa original, sobre los propios límites del constitucionalismo multinivel aceptado en el Tratado de Lisboa) (art. 53 CDFUE), cuando se compara con la cultura y las constituciones nacionales.

Así, desde esta perspectiva, puede destacarse cómo los derechos sociales, en el orden constitucional interno, tras un planteamiento inicial que los percibía como meros mandatos constitucionales dirigidos al Parlamento, es decir, como derechos programáticos, han sido posteriormente aprehendidos más correctamente, primero, como derechos constitucionalmente protegidos y, después, a partir del acto de ponderación realizado por la Corte Constitucional entre bienes jurídicos asumidos como igualmente merecedores de protección, como derechos económicamente condicionados «por la posibilidad real y objetiva de disponer de los recursos necesarios»<sup>51</sup>. Estos derechos se han visto limitados, primero, por una aplicación incompleta de la Constitución y, en años más recientes, por el condicionamiento financiero (límites al gasto público), que ahora ha adquirido la apariencia y la fuerza de una restricción constitucional tras la caracterización positiva constitucional del Pacto Fiscal en el artículo 81 de la Constitución.

Resulta, pues, que el escenario evolutivo del Estado del bienestar, creado para hacer plena y universal la garantía de las libertades y los derechos en la nueva perspectiva constitucional de la realización de los objetivos de justicia social, se acompaña ahora con la fragilidad de la democracia debido a la disminución de los derechos sociales provocada por la crisis económica, marginando (de hecho) el valor normativo del texto constitucional.

50 *Ex multis*, cfr. También en nuestro «Quale futuro per lo Stato sociale? Fra costituzioni nazionali e integrazione europea», *www.lceonline.eu*, núm. 0, 2021.

51 Sent. cost. n. 455/1990.

En esta perspectiva hay que dar un espacio fundamental a las transformaciones del constitucionalismo (de los países europeos) resultantes del proceso de integración europea y, desde esta perspectiva, en la interpretación/ejecución parlamentaria, pero también judicial (especialmente constitucional), de las cuestiones constitucionales planteadas por la relación entre la crisis financiera y los derechos fundamentales.

Un proceso de integración europea –al que ahora nos referimos– que (de forma más evidente durante la década que llevamos a nuestras espaldas) ha registrado sin embargo (especialmente tras la crisis económica posterior a 2007) un efecto regresivo sobre los derechos fundamentales a nivel constitucional, aunque en el contexto de su positivización explícita con la incorporación de la Carta de Derechos a los nuevos tratados de la Unión (constitucionalismo multinivel), lo que no ha dejado de plantear la cuestión de la fuerza y la primacía del constitucionalismo nacional frente al derecho primario de la Unión, al menos en lo que respecta al contralímite de los principios y derechos fundamentales de las constituciones nacionales<sup>52</sup>.

## VI. REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y REPARTO TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA SANITARIA (CUESTIONES DE COORDINACIÓN ABIERTAS)

Entre las cuestiones discutidas en el debate (más) reciente relacionado con la adopción de las medidas (opuestas) contra la pandemia de Covid-19, destacan por su actualidad y su relevancia las cuestiones constitucionales suscitadas por la pandemia de Covid-19 en relación con la protección del derecho fundamental a la salud en el marco de la actual forma de Estado, tal y como se ve afectada por las revisiones constitucionales del regionalismo (de 1999/2001); un Estado que en el texto constitucional se entiende como unitario, de base regional, dato que informa todo el sistema de fuentes del derecho.

Desde esta perspectiva, la reflexión encuentra adecuado material de apoyo en la reciente sentencia de la Corte Constitucional<sup>53</sup> dictada en el juicio sobre la constitu-

52 S. GAMBINO, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione fra (quasi) costituzionalismo europeo e costituzionalismi nazionali», *Liber amicorum in onore di Luigi Moccia*, Roma, 2021.

53 Corte cost., sent. n. 37/2021, en cfr. U. ADAMO, «Di chi la competenza nell'emergenza sanitaria? Statale, regionale e ... (per) la Corte costituzionale», in AA.VV., «Integración europea y descentralización territorial después de la pandemia» (Universidad de Granada, 29 de abril de 2022), pendiente de publicación. En tema, *ex pluribus* cfr. también A. POGGI, G. SOBRINO, «La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)» (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)», *Osserv. Cost.*, núm. 4, 2021; L.

cionalidad de varias disposiciones de la ley de la Región del Valle de Aosta n. 11 de 2020, como también en la sentencia constitucional n. 198/2021, sobre las relaciones entre los decretos-leyes y los decretos del Presidente del Consejo de Ministros.

En este sentido, la decisión de la Corte Constitucional<sup>54</sup> contiene argumentos fundamentales para la resolución de la cuestión planteada en el recurso ante el Tribunal sobre el reparto entre el Estado y las Regiones de las competencias en materia de «prevención de enfermedades internacionales».

Un recordatorio esencial del iter argumentativo, fundamental en el marco de la motivación, puede ser apropiado desde la perspectiva del análisis que aquí se mantiene. La Corte argumenta, en términos resolutivos respecto a la duda de constitucionalidad planteada ante él, cómo el nuevo artículo 117,2. q CI, en base al carácter generalizado de la enfermedad pandémica, confirma que «la atención de los intereses que surgen ante una enfermedad pandémica de amplia distribución geográfica, o de tal naturaleza que pueda considerarse internacional, es competencia legislativa exclusiva del Estado»<sup>55</sup>.

En cuanto a las cuestiones planteadas por la necesidad de proteger el derecho a la salud y al mismo tiempo el interés de la colectividad, desde esta perspectiva –argumenta convincentemente la Corte– «razones lógicas, antes que jurídicas (Sentencia n. 5 de 2018) enraízan en el sistema constitucional la necesidad de una disciplina unitaria, de carácter nacional, capaz de preservar la igualdad de las personas en el ejercicio del derecho fundamental a la salud y al mismo tiempo proteger el interés de la colectividad». Cualquier decisión al respecto –continúa la Corte– aunque su eficacia se limite al ámbito de la jurisdicción local, tiene un efecto en cascada, incluso potencialmente importante, sobre la transmisibilidad internacional de la enfermedad y, en cualquier caso, sobre la capacidad de contenerla, por lo que una estrategia sanitaria que no tenga como objetivo «romper la cadena de contagio a menor escala territorial, al no desplegar las medidas necesarias para ello, equivale a permitir que la enfermedad se propague mucho más allá de las fronteras locales y nacionales». De

VIOLINI, «Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione», *Le Regioni*, núm. 5, 2020, p. 1009; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, «La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)», *Costituzione.info*, 21 marzo 2021; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, «L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione», *Rivista di Biodiritto*, núm. 1, 2020, 183; M. COSULICH, «Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale», *Corti supreme e salute*, núm. 1, 2020, p. 79; Id., «Il governo della salute ai tempi della pandemia da Covid-19: più Stato, meno Regioni», *Le Regioni*, núm. 3, 2021.

54 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons in dir.*

55 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons in dir.*

ahí la justificación adicional de las conexiones evidentes entre los perfiles atribuibles a la competencia exclusiva del Estado y los atribuibles a las competencias concurrentes de las regiones sobre la protección del derecho fundamental a la salud y a la protección civil. Según la Corte, de ello se desprende que «si, por lo tanto, son las estructuras sanitarias regionales las que deben actuar con fines profilácticos, no es menos cierto que, frente a enfermedades contagiosas de nivel pandémico, el legislador estatal bien puede imponerles criterios de actuación vinculantes y métodos para alcanzar los objetivos que la misma ley estatal, y los actos adoptados en virtud de ella, establecen, cuando son coesenciales para el diseño de la lucha contra una crisis epidémica».

Frente a una orientación jurisprudencial tan clara –en cuanto a los titulares de poder que se ven afectados (el Estado y las Regiones, de forma diferenciada)–, pueden ser más comprensibles las razones por las que, en el marco más amplio de un Estado unitario de base regional, el principio del pluralismo a nivel territorial conoce el límite de equilibrarlo con los principios fundamentales de unidad e indivisibilidad de la República, se observa que el punto de partida para proponer algunas reflexiones de síntesis sobre las cuestiones relativas al reparto de competencias (entre el Estado y las Regiones) en materia sanitaria es precisamente el que plantean las respuestas a las cuestiones constitucionales planteadas más recientemente por la pandemia de Covid-19 en relación con la protección del derecho fundamental a la salud (art. 32 CI) y los sujetos sobre los que recae la responsabilidad de su protección.

En cuanto a las cuestiones constitucionales planteadas por la eficacia de los valores personalistas y los derechos fundamentales, desde esta perspectiva, dos cuestiones principales han llamado la atención general en los dos (trágicos) años que acabamos de dejar atrás, que, sin embargo, ahora parecen abrirse a más de una perspectiva optimista gracias a los avances científicos de la investigación farmacéutica (con la experimentación de nuevos fármacos contra el COVID-19) y con ello a la disponibilidad (y aún mayor eficacia) de las vacunas, que ya está garantizando (aunque con tercios e impenetrables focos de resistencia) una protección generalizada (aunque aún no plena y definitiva).

Así, como puede observarse al leer los argumentos de la Corte, una primera cuestión son las incertidumbres acerca del reparto de competencias en materia de protección de la salud entre el Estado y las Regiones. Incertidumbres en gran medida originadas por la revisión del Título V de la Constitución. A menudo también se interpreta desde una perspectiva regional de presidencialismo trepador, pues más que una cooperación leal, en la práctica se ha inspirado en una competencia entre el centro y la periferia que se ha ido intensificando a medida que pasaban los meses y

se extendía la pandemia, y que ha exigido concretamente a la justicia administrativa que se ocupe del ejercicio del poder de ordenación por parte de los ejecutivos (regionales y locales), procediendo a la anulación de más de una ordenanza adoptada por los presidentes regionales pero también de algunas ordenanzas de los alcaldes.

En lo que respecta a las pretensiones legislativas de la Región del Valle de Aosta, la Corte aclaró que el alcance material permitido a la competencia regional en materia de protección de la salud, al menos en lo que respecta al parámetro de la prevención de enfermedades internacionales, ya no podía ser objeto de un conflicto de competencias. Y lo hizo en relación con el parámetro constitucional de las disposiciones constitucionales invocadas en el caso, reafirmando que la materia de la intervención legislativa regional impugnada objeto del recurso, entraba dentro de la competencia legislativa exclusiva del Estado bajo el epígrafe de «prevención de enfermedades internacionales» (artículo 117,2. q CI); una materia que –subrayó la Corte– debía suponerse que «incluía cualquier medida destinada a contrarrestar una pandemia sanitaria en curso, o a prevenirla».

Desde esta perspectiva, el tema se centra en la relación entre las funciones públicas y las garantías concretas de los derechos de la persona. Derechos que, en el caso de la protección de la salud –y lo mismo se ha afirmado para otros derechos sociales fundamentales, como entre otros, el derecho a la educación de los alumnos con discapacidad–, pueden entenderse en el sentido de la propia eficacia democrática de un Estado social (con la rendición de cuentas asociada a la misión del Estado constitucional). Un Estado que, para ser respetuoso con los principios fundamentales consagrados en las disposiciones constitucionales (especialmente en los artículos 2 y 3, que sientan las bases constitucionales sobre el trinomio dignidad-solidaridad-igualdad) debe garantizar a todos los sujetos (ciudadanos y no ciudadanos) el amplio catálogo de derechos fundamentales consagrados en la primera parte de la Constitución republicana, empezando por la igualdad interpersonal e interterritorial entre los sujetos.

En un marco jurídico en el que el derecho a la salud está plenamente garantizado si se aseguran las pretensiones de asistencia sanitaria del sujeto (de carácter preventivo, curativo y rehabilitador, según el tipo de finalidades generales reguladas por la Ley n. 833/1978) dirigidas a las administraciones competentes para prestar los servicios relativos al tratamiento y asistencia, hablar de la efectividad del derecho fundamental a la salud impone, por tanto, abordar de forma precisa y clara la cuestión de la distribución de competencias (y de las correspondientes responsabilidades) entre los distintos niveles institucionales de la República (nacional y regional). Un reparto de competencias que es funcional a la claridad en la asignación constitu-

cional de competencias y a jerarquía de responsabilidades, algo que es fundamental para la Constitución; en definitiva, es fundamental para la efectividad misma del derecho a la salud (como de todos los demás derechos sociales fundamentales).

Una distribución incierta –que es lo que durante la Covid-19 parece haber llamado la atención del público y de los propios estudiosos del regionalismo– conduce a incertidumbres y riesgos de confusión, que auguran irresponsabilidad objetiva por parte de las administraciones receptoras competentes, por un lado, y pérdida de garantías de efectividad del derecho fundamental a la salud, por otro.

Ahora bien, al hablar de las tareas regionales en el ámbito de la salud (según la disposición legislativa específica de las funciones de previsión, tratamiento y rehabilitación consagradas en la Ley n. 833/1978), es necesario reflexionar sobre todo con relación a las formas de protección de la salud, también por la forma de distribución de competencias en la materia entre el Estado y las Regiones (que, en las disposiciones de la reforma constitucional del Título V, aparece en muchos aspectos, incierta y confusa, como se ha observado y como ha puesto de relieve la práctica administrativa y sanitaria en la lucha contra Covid-19), sin olvidar las mismas competencias de la OMS, por un lado, y de las de las entidades locales, por otro, con el ejercicio de la potestad de adoptar ordenanzas contingentes y urgentes por parte de los alcaldes.

Dicha reflexión debe tener como objetivo identificar los conflictos más significativos que la crónica ha sometido al doloroso conocimiento del país. Estos conflictos, no se refieren a la mera cuestión de las responsabilidades, sino más bien a la –igualmente central– incertidumbre en el reparto de competencias de la que ha tenido conocimiento el país en el momento de la interpelación (sobre todo, pero no sólo) sobre el reparto territorial y sobre la competencia relativa en la adopción de planes antiepidémicos y de protección de la salud pública a raíz de los indicios de morbilidad viral que se recibían de la OMS. Incertidumbre que se hace evidente cuando se cuestiona la competencia en la adquisición de equipos sanitarios fundamentales (especialmente respiradores pulmonares, pero más en general todos los equipos sanitarios y farmacológicos que la ciencia médica supone absolutamente necesarios para luchar contra la pandemia y proteger la salud colectiva e individual), en un contexto de escasez en las diversas instalaciones hospitalarias y en las amplias estructuras sanitarias del sistema regional de salud, y con vistas a prestar un apoyo subsidiario a la conocida fragilidad de algunos de sus componentes territoriales y a las repercusiones conexas en la eficacia de la protección de la salud.

Desde tal perspectiva, la distribución discordante de estos apoyos y del conjunto de la organización sanitaria (en las diferentes regiones del norte y del sur del

país) en la concreción de la observación por parte de los sujetos, en varios aspectos, constituye un verdadero escollo en el marco de un país unitario desde hace 170 años, y social desde la Constitución republicana. La cuestión, como vemos, no es baladí, teniendo en cuenta concretamente (a veces) la falta de una función de planificación necesaria en la organización del servicio de prevención a nivel de las relaciones entre el Ministerio de Sanidad, el ISS y el sistema regional.

A la luz de lo dicho, debe observarse cómo el criterio a seguir en la esperada reorganización (que no puede aplazarse más) de las competencias del complejo sistema Estado-Regiones no puede sino favorecer al nivel estatal cuando el nivel del bien jurídico merecedor de protección –la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad, en la medida en que ahora se analiza– concierne a una esfera eminentemente general y por ello es competencia del Estado.

Teniendo esto en cuenta, repensar el regionalismo, como a veces se reivindica en la opinión pública y en una parte de la propia doctrina jurídica, no será fácil en el contexto de la tendencia actual en la que más de un presidente de gobierno regional (de forma a veces excéntrica) ha pretendido ejercer las funciones de jefe de gobierno.

Siguiendo el criterio de la fundamentalidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales, puede entenderse cómo el Servicio de Salud (SSN) debe ser efectivamente nacional en la regulación de las situaciones jurídicas subjetivas, y regional en la relativa distribución/organización territorial de sus servicios, bajo la convincente perspectiva del principio de subsidiariedad.

Desde esta perspectiva, las regiones no podían ser imaginadas por el constituyente republicano como el nivel más adecuado para hacerse cargo de unos servicios públicos a la altura de la garantía de la igualdad de los ciudadanos. Haberlo pensado y practicado en una revisión constitucional (la de 1999/2001) resultó insuficiente ante el reto de la complejidad y la necesidad de garantizar efectivamente bienes indefectibles en una democracia, como la igualdad de todos en lo fundamental. Y los derechos fundamentales (y entre ellos la protección de la salud) son tales en el marco de la Constitución.

El criterio a seguir en la manutención constitucional, por tanto, sólo podría favorecer, desde una perspectiva que es (constitucional y fácticamente) de subsidiariedad vertical, al nivel decisorio estatal, siempre que el nivel del bien (jurídico) constitucional merecedor de protección –el derecho fundamental a la salud en su dimensión individual y colectiva– concierna a una esfera eminentemente general y por ello dentro del ámbito estatal, en virtud de una cláusula que en todas las democracias suele denominarse cláusula de supremacía, a pesar de que, como ya se ha señalado, el texto constitucional ya permite y garantiza la posibilidad de que el

Estado intervenga (incluso como sustituto) para proteger la uniformidad de (y en) los derechos<sup>56</sup>.

Por tanto, en una breve reflexión final, podría sostenerse que la situación de emergencia (que sigue existiendo aunque, como ya se ha observado, bajo formas menos agresivas que al principio de la pandemia), ofrece una visión plástica de lo que es la situación ordinaria, una situación que (sobre todo para las regiones del sur, pero no sólo para ellas, como ha demostrado la confusión de la gestión en el sistema sanitario lombardo al menos durante el primero de los dos años de propagación de la pandemia) parece estar en plena emergencia. Es en este contexto, en el que se exige a la política (en este caso, a la política sanitaria) una cuidadosa evaluación de las prioridades constitucionales, y la salud, así como la educación y la asistencia social (entre otros derechos sociales fundamentales) no pueden dejar de tener prioridad (en el espíritu y en armonía con el texto de la Constitución) sobre la lógica de la economía y las necesidades sociales.

### **Resumen**

*El trabajo aborda –desde la perspectiva de la lucha contra la pandemia de Covid-19– las complejas cuestiones que plantean las propias transformaciones del constitucionalismo nacional y de la Unión Europea, captadas en su dinámica evolutiva y en la actual, tal y como han sido desafiadas, especialmente en los últimos veinte años, primero por la crisis económica (a partir de 2007) y posteriormente por la crisis pandémica. Las cuestiones que se tratan conciernen a los problemas actuales de la forma de Estado, relacionadas con las cuestiones planteadas, en los últimos veinte años, por las reformas del regionalismo, especialmente en lo que se refiere a la redistribución de las competencias legislativas y administrativas entre el Estado y las Regiones, y a la valorización del sistema regional en el ejercicio de los servicios relativos a los derechos civiles y sociales en la perspectiva de su garantía en todo el territorio nacional.*

### **Palabras clave**

*Pandemia, derecho a la salud, regionalismo, distribución de competencias, gobernanza multinivel.*

### **Abstract**

*The work addresses –from the perspective of the fight against the pandemic of Covid-19– the complex issues posed by the very transformations of national constitutionalism and of the European Union, captured in its evolutionary dynamics and in the current one, as and how*

56 M. VILLONE, «Introduzione di una supremacy clause nell'art. 117 e costituzionalizzazione delle Conferenze Stato-Autonomie», Memoria para la audición 1825 (Parrini-Pinotti), Senato – Commissione affari costituzionali – 23 junio 2020; Id., «Conclusioni», en G. DE MINICO, M. VILLONE (cur.), *Stato di diritto - Emergenza - Tecnologia*, Milano, 2020.

*they have been challenged, especially in the last twenty years, first by the economic crisis (starting in 2007) and later by the pandemic crisis. The questions that are dealt with concern the current problems of the form of State, related to the questions raised, in the last twenty years, by the reforms of regionalism, especially with regard to the redistribution of legislative and administrative powers between the State and the Regions, and to the valorization of the regional system in the exercise of services related to civil and social rights in the perspective of their guarantee throughout the national territory.*

**Keywords**

*Pandemic, Right to Health, Regionalism, Distribution of Powers, Multilevel Governance.*

Recibido: 24 de septiembre de 2022

Aceptado: 3 de noviembre de 2022



# ¿HAY ESPACIO PARA EL FEDERO-REGIONALISMO EN TIEMPOS DE EMERGENCIA? COOPERACIÓN, CONFLICTIVIDAD Y RESILIENCIA EN EL MARCO JURÍDICO EUROPEO

## Is there space for federo-regionalism in times of emergency? Cooperation, conflict and resilience in the european legal framework

ANNA MARGHERITA RUSSO

*Profesora titular de Derecho Público Comparado  
Universidad de la Calabria*

### SUMARIO:

- I. Reflexiones introductorias. Federo-regionalismo y emergencia pandémica: ¿que comience la música!
- II. ¿Es el pluralismo territorial eficiente? Viejas preguntas a debate: el miedo de la autonomía en tiempos de emergencia.
- III. Los axiomas del federo-regionalismo en el contexto pandémico: ¿el acordeón territorial se va a romper?
- IV. Negociación frente a imposición: la toma de decisión en tiempos y espacios pandémicos.
- V. Hacia algunas conclusiones. El federo-regionalismo y la actuación pandémica: ¿alma solista u orquestal?

### I. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS. FEDERO-REGIONALISMO Y EMERGENCIA PANDÉMICA: ¡QUE COMIENZE LA MÚSICA!

El objeto de análisis es el impacto del federo-regionalismo<sup>1</sup>, junto con sus ventajas y características, en las decisiones tomadas por algunos Estados europeos

1 Se prefiere utilizar la hibridación federo-regionalismo más que las categorías de Estado regional y Estado federal, tradicionalmente considerados tipos de Estado distintos e irreconciliables. Partiendo de la fórmula unificadora del Estado unitario integrado por entidades políticas que gozan de autonomía política y legislativa, las diferencias entre las distintas formulaciones utilizadas –Estado unitario centralizado, Estado unitario compuesto, Estado federal, Estado regional, Estado autónomi-

durante la pandemia del Covid-19 en el ámbito jurídico «meta-constitucional»<sup>2</sup> europeo, que se ha convertido en un factor interno a los ordenamientos constitucionales, especialmente en los caracterizados por una relevante descentralización territorial del poder. Además, el marco jurídico europeo es un factor no secundario en la respuesta y la gestión de las crisis sanitaria y socioeconómica resultantes de la pandemia<sup>3</sup>. La doctrina mayoritaria reconoce un «cambio de rumbo» en la respuesta política de la UE a la emergencia pandémica respecto a la anterior crisis económico-financiera de la eurozona». Esto se debe, también, al carácter simétrico y más homogéneo de la crisis pandémica –todos los países, antes o después, han sido afectados por la pandemia–, mientras que la crisis económica fue profunda-

co– aparecen cada vez más móviles y los paradigmas de referencia parecen osmóticamente orientados a hibridarse debido a la constante transformación a la que están sujetos los ordenamientos jurídicos sin desconocer el diferente origen histórico y la diferente base constitucional. En la perspectiva dinámica, los tipos de Estados territoriales no son considerados como un diseño fijo sino en referencia a los diferentes grados que puede asumir la relación entre el gobierno y su territorio de referencia a lo largo de una línea continua delimitada por dos extremos: la unidad completa y la separación completa.

Sobre el uso fluido de la terminología en el análisis de sistemas territoriales compuestos, véase entre otros, E. ARBAN, G. MARTINICO, F. PALERMO (ed.), *Federalism and Constitutional Law. The Italian Contribution to Comparative Regionalism*, London, 2021 y F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford and Portland, 2017 y el más reciente P. POPELIER, *Dynamic Federalism. A New Theory for Cohesion and Regional Autonomy*, Abingdon and New York, 2021. Con respecto a la hibridación utilizada, véase A.M. RUSSO, *Pluralismo territoriale e integrazione europea. Asimmetria e relazionalità nello stato autonomico spagnolo. Profili comparati (Belgio e Italia)*, Napoli, 2010 y, también, G. ROLLA, «Federalismo e Regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto», *DPCE*, n. spec. 2019, pp. 662 y ss.

La literatura sobre federalismo y regionalismo es muy amplia y de naturaleza interdisciplinaria. En el estudio de estos fenómenos existe una variada gama de enfoques que, con referencia al federalismo, se identifican históricamente en la perspectiva angloamericana y en la europeo-continental frente a una tradición típicamente europea en el caso del regionalismo. En este sentido, véase M. KEATING, «The Invention of Regions: Political Restructuring and Territorial Government in Western Europe», *Environment and Planning C: Politics and Space*, vol. 15(4), 1997, pp. 383-398. Entre la doctrina más reciente vid., F. PALERMO, K. KÖSSLER, cit.; E. ARBAN, G. MARTINICO, F. PALERMO (ed.), cit.; P. POPELIER, cit. Con referencia al uso de la categoría híbrida federo-regionalismo véase, también, A.M. RUSSO, cit.

2 Vid., N. WALKER, «Flexibility within a Meta-Constitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe», en G. DE BÚRCA, J SCOTT (eds.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Oxford, 2000.

3 Vid., F. BALAGUER CALLEJÓN, «Diritto dell'emergenza e pluralismo territoriale nel contesto europeo», *DPCE online*, Vol 54 N. Sp. (a cura di G. D'Ignazio e A.M. Russo), pp. 27 y ss.

mente asimétrica. Aunque los efectos de la pandemia han sido más agudos en los países deudores respecto a los países acreedores, debido a los fuertes recortes realizados por los primeros en salud pública y gasto social, la pandemia no ha salvado en costes humanos y sociales a las economías más sanas y sólidas. Sin embargo, la respuesta a la emergencia pandémica ha dado prueba de un ablandamiento del rígido principio de austeridad sustentado por los llamados «países frugales» a favor de una línea política orientada (aunque tímidamente) a la solidaridad, base del Plan de recuperación de la UE<sup>4</sup>.

La emergencia pública internacional provocada por la transformación del virus Sars-Cov2 en pandemia ha producido inevitablemente situaciones excepcionales que, desde una perspectiva jurídico-constitucional, se han traducido en limitaciones y/o derogaciones (o suspensiones) al pleno disfrute de los derechos y libertades fundamentales y en alteraciones del sistema de atribución de competencias a favor del centro, independientemente del diferente tipo de base jurídica utilizada para adoptar medidas de contención de la pandemia<sup>5</sup>. Con referencia a la forma de gobierno y al modelo territorial del Estado, la emergencia pandémica —y la gestión post-pan-

4 REGLAMENTO (UE) 2021/241 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Como afirman Ladi e Tsarouhas «*the Franco-German proposal, followed by the Commission proposal, represents an instance of activism by policy entrepreneurs who sought to use the window of opportunity offered by the crisis. In doing so, they engaged in double loop learning, introducing a new organizational and normative dimension to economic governance*» (S. LADI, D. TSAROUHAS, «EU Economic Governance and Covid-19: Policy Learning and Window of Opportunity», *Journal of European Integration*, 42 (8), 2020, pp. 1041-1056 y, en el mismo núm. de la revista V.A. SCHMIDT, «Theorizing Institutional Change and Governance in European Responses to the Covid-19 Pandemic», pp. 1177-1193. Sobre este tema véanse, también, M. KÖLLING, «Los fondos de recuperación: negociación, objetivos y gestión entre cohesión y modernización», *QDL55 - Cuadernos de Derecho Local*, 2021, pp. 14-36 y S. PAZOS-VIDAL, «El coronavirus como test de resistencia de la integración europea: límites del dialogo constitucional», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 154-183.

5 Desde una perspectiva comparada, es posible identificar tres tipos de bases jurídicas utilizadas para el ejercicio constitucionalmente legítimo de poderes extraordinarios por parte del Gobierno central: la declaración de un estado de emergencia en virtud de una cláusula de emergencia existente en la Constitución (así, p. ej., en España, Francia, Hungría, Estonia, etc.); el uso de la legislación existente relativa a crisis sanitarias u otro tipo de emergencias (así en Austria, Alemania, Suiza y, también, en EE. UU., Canadá); el uso de una nueva legislación de emergencia (p. ej. En Reino Unido, Hungría, etc.). Vid. T. GINSBURG, M. VERSTEEG, «States of Emergencies: Part I», *Harvard Law Review Blog*, 17.04.2020: <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/>.

demia— da muestra de un fortalecimiento de los poderes del ejecutivo central que ha ido tomando la fisonomía de un «ejecutivo desatado»<sup>6</sup>.

En la teoría clásica del estado de emergencia, el ejecutivo es el único poder que tiene información, autoridad y rapidez de respuesta en situaciones de emergencia, condiciones que conducen a amplias delegaciones de poder por parte de los demás órganos constitucionales<sup>7</sup>. Sin embargo, los esquemas tradicionales no se adaptan de forma automática a la emergencia pandémica. En este caso, la información está básicamente dispersa y necesita ser agregada; la gestión involucra a una multitud de sujetos —no sólo institucionales y del nivel estatal-central y no siempre de naturaleza pública—, que interactúan en un «ecosistema de información complejo» para el cual los gobiernos están «estructuralmente» más constreñidos<sup>8</sup>. Sin embargo, los ejecutivos centrales no pueden actuar de forma desconectada de los gobiernos sub-estatales en la gestión de tales crisis, aún más en los sistemas federo-regionales en los que la dimensión de la implementación y de la interacción —ya sean de tipo dialógico-cooperativo o dialógico-conflictivo— adquiere especial relevancia.

## II. ¿ES EL PLURALISMO TERRITORIAL EFICIENTE? VIEJAS PREGUNTAS A DEBATE: EL MIEDO DE LA AUTONOMÍA EN TIEMPOS DE EMERGENCIA

El marco conceptual del análisis es el «derecho constitucional multinivel de las crisis» o «de las emergencias», que desde la eurocrisis económico-financiera del 2007-2008 va convirtiéndose en un ámbito autónomo del derecho constitucional.

De hecho, estamos asistiendo a una transformación del concepto mismo de autonomía territorial ya no sólo entendida como *self-rule*<sup>9</sup> —autonomía de dirección política de las regiones en su propia esfera material— sino, más bien, como participación en las decisiones relativas a políticas públicas cada vez más interdependientes, que sobrepasan las etiquetas materiales rígidas contenidas en los listados de competencias. Por otra parte, separación e integración son los dos términos en torno a los cuales se han ido estructurando las relaciones entre el Estado y las entidades

6 Así, E.A. POSNER, «The Executive Unbound, Pandemic Edition», *Lawfare Blog* (23 de marzo de 2020), <https://www.lawfareblog.com/executive-unbound-pandemic-edition>.

7 Vid. E.A. POSNER, A. VERMEULE, «Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008», *U. Chicago L. Rev.*, 76 (2009), pp. 1613-1681.

8 Vid. T. GINSBURG, M. VERSTEEG, «The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic», *International Journal of Constitutional Law*, 19 (2021), pp. 1498-1535.

9 Vid. D.J ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, 1987, pp. 12 y ss.

sub-estatales en los ordenamientos federo-regionales, actuando como si fuesen dos polos de atracción en los cuales ha ido desarrollándose la evolución autonómica de los Estados.

La pandemia ha puesto bajo lupa la estructura territorial de los Estados, alimentando un amplio debate –ya existente, en Europa, tras la eurocrisis<sup>10</sup>– sobre las ventajas y desventajas derivadas de la estructura federal, o regional, de los sistemas constitucionales en situaciones de crisis. De hecho, en muchos países caracterizados por una organización territorial multinivel del Estado se ha planteado la cuestión de la relación entre la estructura territorial y la capacidad de respuesta a la emergencia pandémica. A menudo se ha considerado que la presencia de múltiples centros de toma de decisiones ha producido desigualdades e ineficiencias bajo la ecuación «Estado descentralizado + emergencia = caos e ineficiencia». Es cierto que coordinar varios centros de decisión es más complejo que decidir únicamente desde arriba porque se necesitan diálogos y negociaciones en tiempos que no tienen cabida, con un elevado grado de imprevisibilidad. Además, como ya ha dado muestra la emergencia pandémica, si las decisiones políticas están prácticamente vinculadas a valoraciones científicas, las respuestas no deberían diferir según los territorios. La consecuencia de esta lógica tan simple cuanto arriesgada es una ecuación perfecta entre autonomía y desigualdad, privilegios e ineficiencia<sup>11</sup>. Esta equivalencia errónea entre pluralismo institucional-territorial e ineficiencia/ineficacia de respuesta a la emergencia pandémica ha generado una serie de preguntas que constituyen el hilo central y la inquietud intelectual que anima las reflexiones desarrolladas a lo largo de estas páginas.

¿Son los sistemas federal-regionales más adaptativos y resistentes? Las decisiones tomadas, teniendo en cuenta la estructura multinivel, ¿generan mejores ejecuciones o, por el contrario, vuelven más complejo el sistema de respuestas? ¿Las relaciones intergubernamentales, formales y/o informales, han generado resultados positivos o, por el contrario, condujeron al caos organizativo? ¿En los sistemas federo-regionales, se garantiza mejor la calidad democrática de las decisiones que se toman? ¿El éxito o fracaso de la gestión de las crisis es una consecuencia directa del sistema institucional o también depende (en gran medida) de la dirección política del Gobierno central?<sup>12</sup>

10 Para profundizar este tema, véase M.I. GONZÁLEZ PASCUAL, *Las salvaguardas de la autonomía política ante las crisis (De la crisis del euro a la crisis del coronavirus)*, Bizkaia, 2021.

11 Así, F. PALERMO, «La gestione della pandemia nei sistemi centralizzati e in quelli federali», en G. AMATO, P. VINEIS (dir.), *XXI Secolo. Il Mondo Sospeso. Gli Anni Della Pandemia*, Torino, 2022, p. 197.

12 Así, N. STEYTLER, «Introduction», en ID. (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, Abingdon, 2022, pp. 5 y ss.

Para contestar a estas preguntas es necesario considerar algunos elementos.

Dentro de los contextos democráticos y caracterizados por el pluralismo territorial, el análisis comparado demuestra ampliamente que la organización territorial del poder es un factor, incluso marginal, junto a otros elementos extra-jurídicos que inciden en la determinación de la eficacia de las respuestas en situaciones de crisis o emergencia<sup>13</sup>. Estas variables tienen naturaleza distinta pasando de la dimensión geográfica –condiciones como la insularidad o la extensión geofísica de los países afectan el aislamiento físico del territorio<sup>14</sup>–, a la demográfica –la distribución de la población, el nivel de urbanización, la edad media de la población<sup>15</sup>–, socio-económica –el diferente estado de salud de la economía de los países ha facilitado u obstaculizado la capacidad de inversión en el sistema de salud y de bienestar– hasta política –factores estructurales o contingentes como las elecciones políticas<sup>16</sup>–. No menos

13 De hecho, muchos estudios de corte comparativo destacan el impacto técnico de algunos factores en la eficacia de la respuesta de algunos ordenamientos en la de contención y gestión de la pandemia. Entre otros, vid., A. Jr. GOLIA, L. HERING, C. MOSER, T. SPARKS, «Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the Covid-19 Pandemic», *MPIL Research Paper Series*, N. 2020-42; D. CAMERON, «The Relative Performance of Federal and Non-federal Countries During the Pandemic», *Forum of Federations*, Occasional Paper Series Number 50, 2021. Según este autor la existencia de un buen sistema nacional de salud pública, una aceptación amplia y compartida de la realidad pandémica sobre la base del conocimiento científico, una comunicación pública coherente y transparente capaz de reforzar la confianza en las medidas adoptadas, junto con un liderazgo eficaz, a nivel político y técnico, y a una estructura administrativa eficiente, parecen haber influido en la capacidad de respuesta de los ordenamientos jurídicos independientemente de su estructura territorial.

14 En un interesante análisis comparado, Cameron, destaca que tres de los cuatro países con mejor ejecución de la gestión de la Covid-19, es decir Nueva Zelanda, Australia y Japón, son países insulares, con lo cual, según el Autor, la condición de isla es al menos una condición facilitadora en términos de manejo de un virus altamente infeccioso mientras que la contigüidad física con otras naciones y una frontera terrestre porosa dificultan el aislamiento nacional (D. CAMERON, «The relative performance of federal and non-federal country during the pandemic», en R. CHATTOPADHYAY ET AL. (eds.), *Federalism and the Response to COVID-19. A Comparative Analysis*, London – New York, 2022, p. 269.

15 Algunos estudios relevan que los altos niveles de urbanización en la mayoría de las federaciones, así como las ciudades grandes y densamente pobladas en países con bajos niveles de urbanización, como India y las federaciones africanas, facilitaron la transmisión del virus. Así, N. STEYTLER, «Federalism Under Pressure: Federal ‘Health’ Factors and ‘Co-morbidities’», en N. STEYTLER (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, Abingdon, 2022, p. 397.

16 Con referencia al tema específico de la relación entre pandemia del Covid-19 y las elecciones en casos como Italia y España, véase, entre otros, M. PICCHIO, R. SANTOLINI, «The COVID-19

importante es la dimensión administrativa, es decir la estructura y la eficiencia de la administración<sup>17</sup> y, sobre todo, la eficacia de las relaciones intergubernamentales<sup>18</sup> que representan el verdadero test de estrés del funcionamiento de los sistemas federo-regionales, por lo que algunos sistemas autonómicos son más eficientes, y otros menos; y en algunos la centralización fisiológica debida a los momentos de crisis se ha convertido en una centralización patológica.

De hecho, la eficiencia de la respuesta no depende de la presencia o ausencia de regiones sino de la capacidad operativa de los diferentes niveles institucionales<sup>19</sup>. Por lo tanto, medir si la organización territorial descentralizada genera por sí misma una respuesta más eficiente o, por el contrario, la obstaculiza por la presencia

pandemic's effects on voter turnout», *European Journal of Political Economy*, vol. 73, 2022; C. FERNÁNDEZ ESQUER, «El impacto de la pandemia del Covid-19 en las elecciones: especial referencia al caso autonómico español», en F. PALACIOS ROMEO y E. CEBRIÁN ZAZURCA, (coords.), *Elección y representación: una conjunción compleja. Perspectivas y problemas de los regímenes electorales en España*, Zaragoza, 2021.

17 Véase el interesante análisis comparado llevado a cabo en la *Special Issue* «Testing the crisis: opportunity management and governance of the COVID-19 pandemic compared», *International Review of Administrative Sciences*, vol. 87(3), 2021, pp. 497-690, donde se estudia la gobernanza de la pandemia de COVID-19 en 14 países de tres continentes que representan (al menos) seis tradiciones administrativas (anglosajón, Europa continental federal, Europa continental napoleónica, Europa del Este, modelo Nórdico, Asia oriental). En particular, sobre Italia y España: S. PARRADO, D. GALLI, «Intergovernmental veto points in crisis management: Italy and Spain facing the COVID-19 pandemic», en la misma revista, pp. 576-592. Además, sobre el caso de Italia, vid., F. DI MASCIO, A. NATALINI, and F. CACCIATORE, «Public Administration and Creeping Crises: Insights from COVID-19 Pandemic in Italy», *American Review of Public Administration*, Vol. 50(6-7), 2020, pp. 621-627.

18 Para mayores profundizaciones sobre este tema, véase, por lo menos, J. POIRIER, C. SAUNDERS, J. KINCAID (ed.), *Intergovernmental relations in federal systems. Comparative structures and dynamics*, Oxford, 2015 y el más reciente Y. FESSHA, F. PALERMO, K. KÖSSLER (eds.), *Intergovernmental Relations in Divided Societies*, London, 2022.

Con especial referencia a la relación entre pandemia del Covid-19 y los sistemas de relaciones intergubernamentales véase, C. SAUNDERS, «Grappling with the Pandemic: Rich Insights into Intergovernmental Relations», en N. STEYTLER (ed.), cit., pp. 377 y ss. y, en concreto en los ordenamientos europeos, T. BERGSTRÖM, S. KUHLMANN, M. LAFFIN & E. WAYENBERG, «Special issue on comparative intergovernmental relations and the pandemic: how European devolved governments responded to a public health crisis», *Local Government Studies*, vol. 48(2), 2022.

19 Vid., F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», en A. BAGLIONI (coord.), *Il federalismo alla luce della crisi sanitaria*, *Osservatorio Monetario*, núm. 2/2021.

de múltiples centros de toma de decisión es «irrazonable» y «metodológicamente» incorrecta<sup>20</sup>. Más bien, debemos preguntarnos cuál fue el grado de resiliencia de los sistemas federo-regionales con respecto a los métodos de actuación utilizados por los Gobiernos, generalmente de naturaleza centrípeta; si los que se indican entre los factores de éxito del federalismo han sido relevantes en la respuesta a la pandemia y cómo han actuado en este contexto<sup>21</sup>. Nos referimos a los que Watts define como «*significant characteristics of federal process*»: una más marcada predisposición para los procedimientos democráticos; el pluralismo (la no centralización) como antídoto a la excesiva centralización de los poderes; la negociación política abierta como principal forma de toma de decisión; un mayor respeto por el constitucionalismo y el Estado de Derecho, puesto que cada nivel de gobierno deriva su autoridad de la Constitución<sup>22</sup>.

### III. LOS AXIOMAS DEL FEDERO-REGIONALISMO EN EL CONTEXTO PANDÉMICO: ¿EL ACORDEÓN TERRITORIAL SE VA A ROMPER?

Como advierte la atenta doctrina, la emergencia nunca es amiga de las Constituciones, ya que tiende a justificar normas especiales que muchas veces no están previstas ni sustancial ni procesalmente, justificándose como fuentes *extra-ordinem*<sup>23</sup>. Una de las principales lecciones que nos ha enseñado la pandemia es que las Constituciones estaban en general mal equipadas para hacer frente a este evento extraordinario, al igual que los sistemas de salud. Atender a los segundos sin adaptar las primeras conlleva el riesgo de volver a plantear los mismos problemas –viejos problemas– en situaciones futuras<sup>24</sup>. Independientemente de que las Constituciones regulen o no estados de excepción o situaciones de emergencia, cuando se producen tales circunstancias se registran siempre las mismas tendencias, es decir, limitaciones al disfrute de los derechos fundamentales –en la forma de la excepción, limitación o derogación de ciertas garantías de los derechos humanos– y centralización horizon-

20 En este sentido véase F. PALERMO, «Principio di sistema o intralcio al decisore: l'asimmetria territoriale alla prova dell'emergenza», *DPCE online*, Vol 54 N. Sp., 2022.

21 Así, F. PALERMO, «La gestione della pandemia...», cit., p. 25.

22 Véase, R.L. WATTS, *The Federal Idea and its Contemporary Relevance*, Kingston, ON, Canada, 2007, p. 5.

23 Así, F. PALERMO, «Is there a space for federalism in times of emergency?», *Verfassungsblog: verfassungsblog.delis-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/*, 13 de mayo de 2020.

24 Vid. F. PALERMO, «La gestione della pandemia...», cit., p. 202.

tal (de los parlamentos a los gobiernos) y vertical (desde el nivel territorial al nivel central) del poder<sup>25</sup>.

Con referencia a este último ámbito, lo que está en juego es precisamente la autonomía política y constitucional de las entidades sub-estatales; responder a una situación tan excepcional como una pandemia requiere evidentemente respuestas rápidas y coordinadas y los gobiernos nacionales son los órganos más adecuados para proporcionarlas. Frente a esta constatación fáctica, se ha esgrimido el argumento fácil según el cual una gestión de la emergencia parcialmente descentralizada es necesariamente un síntoma de debilidad política y falta de liderazgo<sup>26</sup>.

La emergencia pandémica ha enfatizado una interpretación del pluralismo territorial tal como causa de contradicciones, ineficiencia y conflicto, además del coste elevado a nivel de sostenibilidad económica, ya puesta de relieve en la crisis económica y financiera de la eurozona<sup>27</sup>.

Sin embargo, al cambiar los términos de la pregunta inicial, el análisis comparado nos muestra otra cosa. De hecho, lo que nos interesa no es si hay espacio para el federalismo en tiempos de emergencia, sino qué espacio hay y para qué tipo de federalismo en un contexto de emergencia democrática.

Los sistemas territorialmente descentralizados, incluso aquellos dotados de una cultura federal más arraigada y una tradición cooperativa más sólida, han sufrido fuertes choques, mostrando una evidente falta de preparación inicial<sup>28</sup> que ha llevado a la adopción de una forma de actuar muy parecida a una centralización defensiva. Que eso haya ocurrido en sistemas regionales como Italia, donde normalmente

25 Véase, COMISIÓN DE VENEZIA, Informe *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency: reflections*, CDL-AD(2020)014, Estrasburgo, 19 de junio de 2020: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2020\)014](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2020)014). Como se lee en CONSEJO EUROPEO, *Democratic Governance and Covid-19. Report*, CDDG (2020)20: <https://rm.coe.int/cddg-2020-20e-final-reportdemocraticgovernancecovid19-for-publication-/1680a0beed>, los Gobiernos centrales, por lo general, han desempeñado un papel protagonista, incluso en Estados federales o fuertemente descentralizados, planteando los marcos generales de políticas y planes de acción, coordinando las políticas públicas, reasignando los recursos del presupuesto nacional, adoptando líneas de orientación.

26 Así, F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», cit. p. 21.

27 Se renvía a A.M. RUSSO, «Los retos de la “grande crisis”: la autonomía territorial (o lo que queda) ante el espejo de Europa», en A.M. RUSSO (ed.), *Los escenarios móviles del derecho regional europeo Reflexionando en el palacio de Godoy*, Madrid, 2015.

28 Véase, A.M. RUSSO, «Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti», *DPCE Online*, v. 50, n. Sp. 2022, pp. 131-206.

se cuestiona el regionalismo en su esencia cada vez que el viento sopla más fuerte y hace temblar a las ventanas, no sorprende.

Cohherentemente a lo que ocurre en situaciones de choques exógenos a los sistemas, la gestión de la emergencia sanitaria ha producido una mayor centralización de poderes y funciones, aunque no de manera uniforme<sup>29</sup>. El efecto centralizador se produjo principalmente como consecuencia indirecta de la dependencia financiera de los organismos sub-estatales del nivel central, ya que en todas partes provenían del presupuesto central<sup>30</sup>.

De los análisis realizados en el marco del «derecho comparado de la covid»<sup>31</sup>, es posible indicar algunos axiomas sobre el funcionamiento del federo-regionalismo en el contexto europeo en tiempos pandémicos.

#### 1. El mando único de la emergencia pandémica frente a la capacidad de experimentación de los federo-regionalismos

En primer lugar, en los sistemas federo-regionales no faltan herramientas para centralizar la línea de mando en condiciones excepcionales, evitando que se desarrollen reglas demasiado diferenciadas y escasa coordinación entre los distintos territorios. Esto no se refiere únicamente a ordenamientos jurídicos que tienen cláusulas de emergencia explícitas en la Constitución (como el español<sup>32</sup>), condición, entre otras cosas, que no ha implicado necesariamente su uso automático ante la pandemia del Covid-19 (como en el caso de Alemania<sup>33</sup>). Incluso allí donde hay un silencio de

29 Vid. N. STEYTLER (ed.), *Comparative Federalism...*, cit.

30 Vid. F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», cit.

31 Véase, p. ej., la plataforma «*Comparative Covid Law*»: <https://www.comparativecovidlaw.it/> o el grupo de investigación «*Public Law Responses to Public Health Emergencies*» creado por la *International Association of Constitutional Law* (IACL): <https://blog-iacl-aicd.org/announcements/2020/9/17/iacl-research-group-public-law-responses-to-public-health-emergencies-nmw15>.

32 Vid. el art. 116 CE que prevé una disciplina específica destinada a modular los estados de emergencia –alarma, excepción y sitio– a la situación de amenaza a afrontar, en los que la actuación del Gobierno se restringe en proporción directa a la gravedad de la situación que legitima su activación. De hecho, se pasa de un protagonismo casi exclusivo del Gobierno en el estado de alarma, al tándem con el Congreso en el estado de excepción, hasta el claro predominio del Congreso en el estado de sitio. Este artículo tiene que ser leído en combinación con la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*.

33 La Ley Fundamental alemana, modificada en 1968, contiene algunas disposiciones que configuran un derecho de emergencia externo –Art. 80a.1, GG (estado de tensión); Art. 80a.3, GG (cláusula del pacto); Art. 115a, 1, al. 1, GG (estado de defensa)– y de tipo interno –Artículos 35.2-3,

las Constituciones (el ordenamiento jurídico belga es indicativo<sup>34</sup>) o simplemente una referencia genérica a situaciones que requieren intervenciones urgentes y necesarias o extraordinarias (Italia<sup>35</sup> y Austria<sup>36</sup> entran en esta categoría), existe una tendencia a la centralización vertical de poderes jurídicamente legitimada por el recurso a la legislación ordinaria-sectorial existente. En la mayoría de los casos, en el

91 y 87a. 2-4, GG-. En el caso alemán se ha utilizado la Ley Federal para la Prevención y Control de Infecciones *Infektionsschutzgesetz (IfSG - Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* del 20 de julio de 2020, modificada parcialmente en el 2020 para adaptarla a las especificidades del virus Sars-Cov2. Sobre este caso, véase, entre otros, M.-C. FUCHS, J. NASSL, «Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia del covid-19», en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), *Covid-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre Países federales y no federales*, Bogotá, 2021, pp. 62-101; S. KROPP, J. SCHNABEL, «Germany's response to COVID-19. Federal coordination and executive politics», en R. CHATTOPADHYAY *et. al.* (eds.), *Federalism and the Response*, cit., p. 84-94; M. KÖLLING, «Una perspectiva desde el federalismo alemán», en J. TUDELA ARANDA (Coord.), *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, Zaragoza, 2021.

34 La Constitución prohíbe cualquier forma de suspensión parcial o total de la Constitución (art. 187 CB). La base normativa utilizada para tomar medidas de emergencia en respuesta a la pandemia ha sido la legislación de poderes especiales, derivada de una interpretación amplia del art. 105 CB según el cual el Rey no tiene otras atribuciones que las que formalmente le atribuyen la Constitución y las leyes particulares adoptadas sobre la base de la misma Constitución. En presencia de condiciones rigurosas y puntuales, estos poderes permiten una delegación muy amplia de poderes legislativos al Gobierno Federal que puede adoptar decretos especiales capaces de derogar, modificar o integrar leyes aprobadas por el Parlamento, aunque sean, formalmente, fuentes secundarias. Véase, M. VERDUSSEN, «La Constitution belge face à la pandémie de Covid-19», *Confluence des droits\_La revue*, 4.09.2020: [confluencedesdroits-larevue.com/?p=1354](http://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1354); M. LEROY, «Les pouvoirs spéciaux en Belgique», *Administration publique*, n. 4, 2014; P. POPELIER, «COVID-19 legislation in Belgium at the crossroads of a political and a health crisis», *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 8(1-2), 2020, pp. 131-153.

35 El no modelo (constitucional) italiano no contempla una cláusula de emergencia explícita, sino que se limita a prever, además de la hipótesis específica del estado de guerra (art. 78 CI), un poder más general que habilita la intervención normativa del Gobierno en situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia mediante la adopción de decretos-leyes. Véase, A. VEDASCHI, «Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato», *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 1453-1489.

36 Para un análisis del caso austriaco véanse, entre otros, K. KÖSSLER, «Pandemic in Austria. From national unity to a de facto unitary State?», en N. STEYTLER (ed.), *Comparative Federalism*, cit., pp. 70-87 y P. BUßJÄGER, M. ELLER, «The impact of COVID-19 on the Austrian federal system», en R. CHATTOPADHYAY ET AL. (eds.), *Federalism and the Response*, cit., pp. 30-38.

contexto europeo, la pandemia se ha gestionado con instrumentos ordinarios, que permiten la centralización de las funciones en el poder ejecutivo federal utilizando la legislación sectorial y sin cambios radicales o irreversibles en la distribución de las competencias entre los órganos centrales y las entidades sub-estatales. Por supuesto, la intensidad de la centralización de la gestión de la emergencia, así como el grado de conflictividad que se ha producido entre el poder central y las entidades sub-estatales es diferente. Sin embargo, desde un punto de vista constitucional, el hecho de que los sistemas federales, por un lado, no impidan la centralización de la línea de mando y, por otro lado, permitan que esto ocurra a través de los procedimientos ordinarios, sin derogar el orden constitucional, hace posible deducir que los sistemas federo-regionales tienen mayor resiliencia, flexibilidad y adaptabilidad que los sistemas unitarios o poco descentralizados, y que sus constituciones son capaces de proporcionar, en general, estructuras más elásticas, capaces de centralizar y descentralizar según las circunstancias sin necesidad de intervenciones excesivamente derogatorias. Por ende, los sistemas federo-regionales funcionan como acordeones, centralizando cuando sea necesario y descentralizando cuando sea apropiado<sup>37</sup>.

El caso del «casi-federalismo» español<sup>38</sup> es emblemático si se toman en consideración las distintas fases de gestión de la pandemia, caracterizadas por la búsqueda de un equilibrio entre ambos niveles de gobierno en una evolución dinámica del mismo. Si la declaración del primer estado de alarma<sup>39</sup> afectó de forma relevante el sistema competencial, ya que «implicó la prevalencia temporal y materialmente acotada de las competencias estatales»<sup>40</sup>, sin embargo, en los siguientes pasos jurídicos de la pandemia –a partir del segundo estado de alarma<sup>41</sup>– impulsado por las CC.AA., se impulsa el autogobierno de las mismas al facultar a los Presidentes autonómicos para hacer frente a la pandemia<sup>42</sup>. Las tres fases de gestión aguda de la pandemia, que

37 Así F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», cit., p. 26.

38 Ente otros, vid., especialmente, R.L. BLANCO VALDÉS, *Los rostros del federalismo*, Madrid, 2012 y del mismo autor *El laberinto territorial español*, Madrid, 2014 y E. AJA, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, 2014. Entre los más recientes, F.J. ROMERO CARO, «The Quasi-federal System of Spain», en J. CREMADES, C. HERMIDA (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Cham, 2022, pp. 1-17.

39 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE-A-2020-3692.

40 Así, M. GONZÁLEZ PASCUAL, cit.

41 Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE-A-2020-12898.

42 Como afirma el Tribunal constitucional en la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, que

marcan una transición gradual del mando único estatal a la coordinación y, luego, a la cooperación<sup>43</sup>, ponen de manifiesto que el sistema constitucional es flexible y «permite la adaptación a la realidad sanitaria y epidemiológica. Es descentralizado con carácter general, pero permite el “mando único” (mediante la declaración del Estado de alarma) y favorece su adaptación al ritmo de la certidumbre científica y de los datos epidemiológicos»<sup>44</sup>.

Sin embargo, el encogimiento del acordeón cunde allí donde la «cultura de la autonomía»<sup>45</sup> es débil. El caso italiano es prueba de ello. De hecho, la concepción de lo que podríamos llamar constitución material del federo-regionalismo italiano, surgió en toda su evidencia en la pandemia a partir de la cadena de normatividad de la emergencia –construida utilizando dos fuentes ordinarias, el Decreto legisla-

básicamente afecta la declaración del II estado de alarma (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre) y sus prorrogas, la decisión del Gobierno, avalada con su autorización por el Pleno del Congreso de los Diputados, de designar a los Presidentes autonómicos como «autoridades competentes delegadas» para la gestión de las medidas necesaria para la contención del virus, contraviene lo dispuesto en la ley orgánica a la que reserva el art. 116.1 CE la regulación de los estados de crisis y las competencias y limitaciones correspondientes. Además, «la delegación acordada [...] no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza [...] que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado» (F.J. 10 D). A esta sentencia se han presentado cuatro votos particulares (Presidente Juan José González Rivas, los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada María Luisa Balague) en los que algún juez subraya que la «interpretación constitucional no puede ser exclusivamente originalista, ni literalista, ni siquiera intencionalista» porque el riesgo de no asumir «un modelo interpretativo complejo y evolutivo de la Constitución» «será imposible mantener su vigencia real a largo plazo» [Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020, 1.a)].

Entre los muchos comentarios, vid. A. LÓPEZ BASAGUREN, «El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica. Profunda controversia sobre elementos fundamentales de una jurisprudencia problemática», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 125, 2022.

43 Así, P. BIGLINO CAMPOS, «El impacto de la COVID en la distribución de competencias», en J. TUDELA ARANDA (Coord.), cit., pp. 23-33.

44 Así, F. VELASCO CABALLERO, A. EGEA DE HARO, «Distribución territorial del poder público y lucha contra la pandemia en España: mutaciones durante la emergencia sanitaria», en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), cit., p. 257.

45 Vid. R. TONIATTI (cur.), *La cultura dell'autonomia: le condizioni pre-giuridiche per un'efficace autonomia regionale*, Trento, 2018.

tivo 1/2018 (Código de protección civil) y la Ley 833/1978 reguladora del servicio nacional de salud— integrada por decretos leyes estatales, decretos del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM), órdenes del Ministro de Salud, órdenes del Jefe del Departamento de Protección Civil, y, a nivel territorial, por órdenes regionales y locales<sup>46</sup>. Aunque, como en España, las fases sucesivas de gestión pandémica parecen dar muestra de una más amplia —pero prudente— apertura a la participación de las regiones, la materialización de una cláusula pandémica<sup>47</sup> por parte de la justicia constitucional restablece una interpretación deliberadamente restrictiva de las competencias regionales en línea con las situaciones de crisis<sup>48</sup>. De hecho, con la sentencia 37 del 2021 la Corte Constitucional<sup>49</sup> identifica en la «prevención de enfermedades internacionales», competencia exclusiva del Estado, la caja mágica capaz de engullir cada medida para la contención de la pandemia, quedando la leal colaboración a una mera decoración en manos del Gobierno. Es una línea parecida a la utilizada en la emergencia financiera, cuando la materia coordinación de la financia pública fue convertida en una cláusula de supremacía a favor del centro, y ahora la prevención de enfermedades internacionales se plantea como nueva cláusula de supremacía pandémica<sup>50</sup>.

46 Este sistema genera una «pandemia de las fuentes», en palabras de F. PALERMO, «La pandemia delle fonti», publicado en el diario *Alto Adige* del 28 de octubre de 2020. Sobre el tema véase, entre otros, M. BELLETTI, «La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità», *Rivista AIC*, n. 3/2020.

47 Véase, A.M. RUSSO, «Sistema delle fonti e pluralismo...», cit.

48 Así, B. CARAVITA, «La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali», *Federalismi.it*, n. 11, 2021.

49 Corte Constitucional Sent. n. 37/2021, con la que se declara la ilegitimidad constitucional de la ley de la Región Valle d'Aosta del 9 de diciembre de 2020, n. 11 (Medidas para contener la propagación del virus Sars-CoV-2 en las actividades sociales y económicas de la Región Autónoma de la Valle de Aosta en relación con el estado de emergencia), ya suspendida anteriormente de forma cautelar con la orden núm. 4/2021, en la parte en la que hizo no inmediatamente aplicables en el territorio de la Región especial las disposiciones de la ley estatal destinadas a contener la pandemia, subordinando, por el contrario, su eficacia a la previa compatibilidad con un diferente y alternativo régimen normativo, supuestamente fundado en competencias constitucionales y estatutarias precisas.

Para un análisis más detenido de la sentencia y de sus elementos críticos o que dejan margen a dudas sobre lo que representa el regionalismo en el sistema constitucional, véase U. ADAMO, «¿A quién le corresponde la competencia en el ámbito de la emergencia sanitaria? Algunas observaciones críticas sobre los motivos invocados en apoyo de la decisión de la Corte constitucional», en este núm. de la revista.

50 Vid., G. D'IGNAZIO, A.M. RUSSO, «I 'primi' cinquanta anni delle Regioni nella crisi

Un segundo axioma, íntimamente relacionado con el primero, es la posibilidad de producir políticas públicas innovadoras a través de la experimentación y el aprendizaje mutuo entre los diferentes niveles de gobierno y, al mismo tiempo, limitar los errores del centro y/o de las unidades que componen el sistema. Detrás está la idea de los gobiernos sub-estatales como laboratorios experimentales en el marco del federalismo experimental expresado por el juez Brandeis en la opinión disidente *New State Ice* de 1932<sup>51</sup> en la que el derecho a la experimentación se convierte en uno de los felices incidentes del sistema federal donde la acción de un solo Estado puede servir de laboratorio. Cuanto mayor es el número de niveles institucionales, más aumenta proporcionalmente el riesgo de que alguien cometa errores. Sin embargo, el riesgo sigue siendo mayor donde sólo un nivel de gobierno decide, porque en caso de error no hay herramientas suficientes para limitar el daño. En definitiva, los ordenamientos federo-regionales son capaces de garantizar una mayor predisposición a lo que podríamos llamar eficiencia democrática, es decir al control del poder central y a la posibilidad de introducir soluciones innovadoras, que en contextos unitarios falta incluso como posibilidad<sup>52</sup>.

Las múltiples fases de gestión de las diferentes oleadas pandémicas en los sistemas federo-regionales europeos han registrado una tendencia fluctuante en cuanto a la relación centralización/descentralización de la respuesta y en cuanto a la relación uniformidad/diferenciación de las medidas adoptadas en el territorio nacional<sup>53</sup>. La asimetría, se convierte, de hecho, en otro elemento más de ventaja potencial de los sistemas federo-regionales porque afecta a la posibilidad de adaptar las soluciones a las peculiaridades territoriales teniendo en cuenta los factores extrajurídicos antes mencionados. Reglas unitarias establecidas en contextos profundamente diferentes no producen unidad, sino que acentúan las diferencias. Por esta razón, otro elemento sobre el que es necesario reflexionar es la relación entre federo-regionalismo y coordinación, partiendo de la premisa de que coordinación y centralización no necesariamente significan lo mismo.

pandemica Sars-Cov-2: verso un regionalismo dell'emergenza?», en R. TONIATTI (a cura di), *Le relazioni fra autonomie speciali e regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Trento, 2022, pp. 123 y ss.

51 *New State Ice Co. v. Leibmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (J. Brandeis, *dissenting*). A este respecto, véase E. E. STEINER, «A Progressive Creed: The Experimental Federalism of Justice Brandeis», *Yale Law & Policy Review*, Vol. 2:1, 1983.

52 Así, F. PALERMO, *Il federalismo in emergenza?*, cit.

53 Sobre el tema de las asimetrías en los federo-regionalismos en el contexto de la pandemia de Covid-19, véase, especialmente, F. PALERMO, «Principio di sistema o intralcio al decisore: l'asimmetria territoriale alla prova dell'emergenza», *DPCE online*, Vol. 54 N. Sp., 2022.

Los sistemas federo-regionales no impiden una acción central rápida y coordinada, pero dependen mucho de la voluntad de cooperación de las instituciones territoriales y centrales. Existen, de hecho, una serie de factores, no sólo sistémicos, que afectan a este aspecto, desde el carácter dual-conflictivo más que cooperativo-colaborativo de la descentralización, hasta el contexto político-partidista y la forma de gobierno pasando por la naturaleza geofísica del sistema o el tipo de desarrollo económico. Saliendo un poco de la UE –nuestro ámbito de referencia para el análisis comparativo–, el federalismo australiano es emblemático. En este ordenamiento la pandemia parece haber actuado como catalizador de una fe renovada en el valor del federalismo. La constitución del Gabinete Nacional, compuesto por el Primer Ministro de Australia y los Primeros Ministros de los seis estados y de los dos territorios, es el producto de la convención y de la práctica constitucional, sujeto a estrictas reglas de confidencialidad, estructurado sobre la base de los principios de solidaridad ministerial y responsabilidad colectiva frente a los respectivos parlamentos estatales<sup>54</sup>.

La variable principal en la respuesta de los sistemas federo-regionales a la pandemia está representada por el complejo sistema de relaciones entre los niveles de gobierno, o mejor dicho, su calidad y eficiencia que se repercute en el mayor o menor funcionamiento de estos sistemas.

#### IV. NEGOCIACIÓN FRENTE A IMPOSICIÓN: LA TOMA DE DECISIÓN EN TIEMPOS Y ESPACIOS PANDÉMICOS

El uso de la negociación, en lugar de la imposición, como principal herramienta de toma de decisiones políticas forma parte de los elementos útiles para medir el desempeño de los sistemas descentralizados. Este aspecto depende de factores tanto estructurales como contingentes –la predisposición a la colaboración o al conflicto entre territorios, el contexto político (por ej., la existencia de coaliciones políticas)<sup>55</sup>, las condiciones geográficas (extensión territorial)–. Sin embargo, la principal variable es la calidad y la eficiencia de las relaciones intergubernamentales (RIG).

54 Vid. T. TULICH, M. RIZZI, F. MCGAUGHEY, «Cooperative Federalism, Soft Governance and Hard Laws in Australia's State of Emergency», *VerfBlog*, 2020/4/10: <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-australia/>; A. FENNA, «Australian federalism and the COVID-19 crisis», en R. CHATTOPADHYAY *et. al.* (eds.), *Federalism and the Response*, cit., 17-29.

55 Con referencia específica al caso español, véase M. GONZÁLEZ PASCUAL, «The State of Autonomies in Troubled Times: The Pandemic Provides a Catalyst for Reinvigorating Inter-Governmental Relations», *DPCE online*, Vol 54, N. Sp., 2022.

El análisis de la relación directa entre la gestión multinivel de la Covid-19 y el sistema de relaciones intergubernamentales en los sistemas federo-regionales europeos, pone de relieve la necesidad de enmarcar la pandemia en la dimensión de un problema intergubernamental complejo<sup>56</sup>. La pandemia, de hecho, tiene un carácter intrínsecamente intergubernamental ya que no puede ser gestionada por un solo o cualquier nivel de gobierno. Más bien, requiere una fuerte colaboración entre los diferentes centros de decisión directamente proporcional al grado de descentralización política (legislativa) del sistema. Por ende, el sistema de RIG se convierte en eje central, con lo cual se necesita analizar si y cómo el sistema intergubernamental ayuda o dificulta la respuesta a la emergencia pandémica y, al mismo tiempo, cómo ha influido el Covid-19 en las RIG en sistemas federo-regionales caracterizados por un nivel de conflictividad, Estado-regiones, muy elevado.

El funcionamiento de los instrumentos y procedimientos cooperativos no se ha desarrollado de forma similar en los distintos federo-regionalismos europeos, afectando por tanto, la eficacia de la respuesta del ordenamiento jurídico a la emergencia pandémica. Claramente, el tipo de matriz, agregativa o devolutiva, así como el carácter dual o cooperativo del federo-regionalismo y el sistema de distribución de competencias son elementos que han configurado la forma específica que asumen las RIG en los diversos ordenamientos. La pandemia ha puesto sobre la mesa otras condiciones más, como, por ejemplo, la distribución de competencias para hacer frente a la emergencia, que en algunos casos están directamente (y constitucionalmente) atribuidas al centro –así en España (art. 116 CE.)– o indirectamente –como en el caso de Italia a través de la cláusula de emergencia identificada por el Tribunal Constitucional en la competencia estatal exclusiva de la profilaxis internacional (art. 117.2 letra q Const.)<sup>57</sup>–.

56 Enmarcados como problemas políticos irreductibles que trascienden fronteras y que se desarrollan dentro de un sistema intergubernamental, los problemas intergubernamentales complejos constituyen una categoría nacida en los estudios sobre las relaciones intergubernamentales en el federalismo canadiense e indican un tipo de enfoque que toma como punto de partida, no los arreglos federales, sino el análisis de la naturaleza y las características de un problema político para entender cómo encajan los sistemas de gobierno. Cfr. M. PAQUET, R. SCHERTZER, «COVID-19 as a Complex Intergovernmental Problem», *Canadian Journal of Political Science*, 53, 2020, pp. 343-347.

57 En la doctrina italiana, muchos se han expresado de manera crítica sobre la sentencia. Entre los muchos comentarios, véase, L. CUOCOLO, F. GALLARATI, «La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale», *Corti supreme e salute*, n. 1/2021, pp. 1 y ss.; C. CARUSO, «Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia», *Questione Giustizia*, 13 de abril

Las formas y características que asumen las RIG en el período de la pandemia en los federo-regionalismos europeos difieren no tanto en los objetivos sino en los instrumentos utilizados y en el diferente papel otorgado a las instituciones territoriales. En algunos casos, existe una fuerte centralización de la respuesta con predominio del gobierno nacional –Italia y España, al menos en la gestión de la primera ola pandémica, caben en esta categoría– frente a los sistemas donde se hizo más evidente una fuerte colaboración y coordinación –Alemania<sup>58</sup>– y otro con una débil colaboración entre los diferentes niveles de gobierno –el caso de Bélgica<sup>59</sup>.

No es tan sorprendente que las relaciones político-administrativas, en Alemania, entre el *Bund* y los *Länder* durante la pandemia continuaran moviéndose en el contexto de un federalismo unitario y ejecutivo caracterizado por una cultura política cooperativa y un intenso grado de coordinación. El enfrentamiento de la pandemia a la alemana tiene su base en dos elementos: en primer lugar, «el robusto diseño del federalismo alemán a nivel constitucional, con un fuerte posicionamiento de los estados federados, a los que en principio se les encomiendan las preocupa-

de 2021; G. BOGGERO, «In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”», *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021; D. MORANA, «Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021», *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, M. MEZZANOTTE, «Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni negli stati emergenziali», *Consulta Online*, n. 1/2021, pp. 333-334; V. BALDINI, «Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale?», *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021; G. MARCHETTI, «Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19», *Federalismi.it*, n. 8/2022.

Para una lectura más positiva de la sentencia, vid. A. MORRONE, «Per la Repubblica delle autonomie dopo la pandemia, in Europa», *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2021. Como afirma el autor, en la pandemia hemos vuelto a experimentar no tanto que las situaciones críticas (bélicas, económicas, insurreccionales, terroristas, sanitarias, etc.), supongan una centralización de la cadena de mando, con el consiguiente aumento de los poderes del centro y limitación de los espacios de las periferias, sino que la centralización encuentra justificación en la necesidad de la *salus populi* o en la garantía para todos los ciudadanos de los derechos fundamentales que, precisamente en situaciones excepcionales, podrían ser objeto de derogaciones o contracciones especialmente significativas (p. 60).

58 Vid. J. SAUREER, «Patterns of cooperative administrative federalism in the German response to Covid-19», *Administrative Law Review*, vol. 73(1), 2021, pp. 139-163; S. KUHLMANN, J. FRANZKE, «Multi-level responses to COVID-19: crisis coordination in Germany from an intergovernmental perspective», *Local Government Studies*, vol. 48(2), 2021, pp. 312-334.

59 Vid. R. CHATTOPADHYAY, F. KNÜPLING, «Comparative summary», en R. CHATTOPADHYAY *et. al.* (eds.), cit., pp. 277 ss.

ciones sobre la seguridad y el orden público, incluso en el contexto de una crisis de salud» y, luego, «la inercia de los órganos estatales alemanes respecto a la legislación de emergencia, que, entre otras cosas, explica por qué el gobierno federal no declaró el estado de emergencia durante toda la crisis del Covid-19»<sup>60</sup>. Las dinámicas desarrolladas en las diversas fases de la pandemia muestran una relación entre la federación y los *Länder*, y entre estos, agudamente descrita como un «juego de culpas preventivo»: aprovechar la dimensión colectiva de la responsabilidad en momentos de gran incertidumbre política, eventualmente permite, en caso de quiebra, transferir la responsabilidad horizontalmente a todos los *Länder*<sup>61</sup>. El efecto centralizador se encuentra a nivel normativo-regulatorio más que en la gestión, que permanece, sin embargo, descentralizada y caracterizada por el esquema cooperativo propio de un federalismo administrativo. La Conferencia de los Ministros Presidentes<sup>62</sup> y las distintas conferencias ministeriales en los ámbitos más afectados por la pandemia (salud, educación e interior), así como la cooperación de cada *Land* con los gobiernos locales, jugaron un papel central para asegurar una coordinación que no se tradujo en una homogenización generalizada impuesta desde arriba<sup>63</sup>. Este tipo de resultado se debe, sin duda, a la estructura conceptual del *Infektionsschutzgesetz* que asigna un rol específico a los *Länder* en la implementación de las medidas de contención y prevención del riesgo contagioso, pero también a las fuertes raíces sociales de la cláusula constitucional de las condiciones de vida equivalentes a escala territorial, así como a

60 Así M.-C. FUCHS, J. NASSL, «Méritos y desafíos del sistema federal alemán ante la pandemia del Covid-19», en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), cit., p. 63.

61 Vid. K. KUHN, I. MORLINO, «Decentralisation in Times of Crisis: Asset or Liability? The Case of Germany and Italy During Covid-19», *Swiss Polit Sci Rev.*, vol. 28, 1, 2022, pp. 109-11.

62 Sobre las características y los mecanismos de funcionamiento de la Conferencia de los Ministros-Presidentes (un organismo de colaboración horizontal que reúne a los primeros ministros de los *Länder*) así como sobre la centralidad adquirida por la misma en el contexto del federalismo cooperativo alemán, véase Y. HEGELE, N. BEHNKE, «Horizontal Coordination in Cooperative Federalism: The Purpose of Ministerial Conferences in Germany», *Regional & Federal Studies*, 2017. Sobre el papel de este órgano de colaboración en la emergencia pandémica, vid. N. BEHNKE, «Deutschland: Föderales Krisenmanagement und die Rolle der Ministerpräsidentenkonferenz», *Jahrbuch des Föderalismus 2021. Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa*, Baden-Baden, 2021, pp. 39 y ss. Expresa una evaluación crítica del papel de los Parlamentos de los *Länder*, marginalizados, B. HÖHNE, «Die Landesparlamente im Zeichen der Emergency Politics in der Corona-Krise», *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, vol. 32, 2022, pp. 627-653.

63 Vid. G. FÄRBER, «Germany's fight against Covid-19. The tension between central regulation and decentralised management», en N. STEYTLER (ed.), cit.

la distribución demográfica que registra una alta densidad de población precisamente en las zonas fronterizas intrafederales. Con lo cual los gobiernos federal y estatales tienen incentivos mutuos para cooperar en la determinación de medidas de contención porque cualquier fallo de uno (*Bund*) o de cualquiera de los otros (*Länder*) podría resultar contraproducente para todos los niveles de gobierno. En este marco, en ausencia de instituciones de gestión de emergencias preexistentes, la gobernanza cooperativa se logró a través de los canales y mecanismos típicos del sistema de RIG donde la *Landeshauptleutekonferenz* ciertamente jugó un papel importante sin faltar momentos de fricción cooperativa.

Muy interesante es el caso de Bélgica que se considera entre aquellos Estados con cooperación débil, debido a las peculiares características de este sistema federal<sup>64</sup>, que con ocasión de la gestión pandémica muestran paulatinamente cómo estas características (mal)funcionan a un nivel concreto, dependiendo de la naturaleza fraccionada y compleja de la distribución de competencias con ámbitos materiales fragmentados entre Federación, Regiones y Comunidades<sup>65</sup>. El indudable liderazgo del Gobierno Federal y, por otro lado, las incertidumbres sobre el alcance de sus competencias han llevado a la experimentación de nuevas herramientas cooperativas: es la paradoja de la «cooperación contra todas las expectativas»<sup>66</sup>. El dualismo-bipolaridad determinado por los grupos lingüísticos flamenco y francófono, de hecho, impregna la raíz del sistema de RIG en la búsqueda constante de compromiso, caracterizando el sistema en un sentido confederal *más que cooperativo*<sup>67</sup>.

La emergencia pandémica ciertamente ha empujado al sistema a utilizar herramientas y métodos cooperativos en la dirección de un liderazgo más fuerte del centro<sup>68</sup>, pero con instrumentos nuevos, tales como la apertura del *Conseil national de*

64 El elemento territorial se entrecruza constantemente con el elemento personalista (lingüístico-identitario) sobre la base de un sistema federal dual-competitivo organizado con el criterio de exclusividad de las competencias de cada nivel de gobierno –federal, regional y comunitario– pero, de hecho, sujeto a la superposición inevitable.

65 Vid. P. BURSENS, «Federalism and the COVID-19 crisis: Reflections on competences, actors and party politics in Belgium», *Forum of Federations*: [www.forumfed.org/](http://www.forumfed.org/).

66 Vid. P. POPELIER, P. BURSENS, «Managing the Covid-19 crisis in a divided Belgian federation: Cooperation against all odds», en N. STEYTLER (ed.), cit., pp. 88-105.

67 Vid. P. POPELIER, «How dynamic federalism sheds new light on the Belgian federalism-confederalism debate», *Fédéralisme Régionalisme*, vol. 20/2020: <https://popups.uliege.be/1374-3864/index.php?id=2041>.

68 Sí es cierto que el legislador federal tiene competencias para hacer frente a la crisis de la pandemia, no sólo para las cuestiones sanitarias, sin embargo, desde 2013 el Consejo de Estado ha rea-

*sécurité, CNS/Nationale Veiligheidsraad, NVR*<sup>69</sup> a la participación de Ministros-Presidentes regionales y comunitarios, que hizo posible ampliar la base de consenso en una etapa crítica, superando la relativa debilidad del ejecutivo federal<sup>70</sup>. Se trata, como subraya algún autor, de un nuevo instrumento consociacional de la democracia belga, nacido fuera de cada previsión legislativa, con el objetivo de garantizar la adhesión de diferentes segmentos de la comunidad a la política de crisis, en una lógica cuasi-confederal bastante similar a la que existe en Alemania con el federalismo cooperativo<sup>71</sup>. Sin embargo, en una segunda fase, tras la entrada en funciones del nuevo Gobierno federal, ante un mayor margen otorgado a los gobiernos sub-estatales con una inevitable mayor diversificación de las reglas, retoma su papel de eje central el *Comité de concertation/Overlegcomité*, un organismo formado por los miembros de los Gobiernos de los niveles federales y sub-estatales, caracterizado tanto por la paridad lingüística como por la paridad en los representantes de parte federal y regional y comunitaria<sup>72</sup>.

firmado la necesidad de tener en cuenta la división esbozada en la Constitución y en las leyes especiales, con lo cual no existe una correspondencia unívoca entre una crisis sanitaria internacional y la existencia de poderes federales. Como advierte la Sección legislativa del *Conseil d'État* en la opinión consultiva *Avis n° 53.018/AG du 13 mai 2013*, no es porque las medidas se refieran a la lucha contra una crisis que afecta a la salud pública que la autoridad federal puede considerarse competente. Por el contrario, cada autoridad es responsable de combatir una crisis que afecta a la salud pública dentro de los límites de sus propias competencias materiales, que no excluye, sin embargo, que pueda celebrarse un acuerdo de cooperación al respecto. Si bien algunos asuntos son (casi) exclusivamente competencia de un nivel de gobierno otros asuntos son compartidos entre diferentes niveles de gobierno, como la política de salud y la política económica. Con lo cual, cabe en este marco el desarrollo de aplicaciones digitales de rastreo de contactos diseñadas específicamente para detectar el contagio de COVID-19 conectada a la competencia de las Comunidades (opinión consultiva *Conseil d'État n° 67.424/3 du 26 mai 2020*).

69 Creado con *Arrêté royal portant création du Conseil national de sécurité*, 28.01.2015 a raíz del atentado terrorista contra la sede parisina de Charlie Hebdo, el Consejo de Seguridad Nacional es un Comité interministerial formada por el Presidente del Gobierno y los ministros de Justicia, Interior, Asuntos Exteriores y Defensa, así como por los viceprimeros ministros, por regla general, uno por cada uno de los partidos que componen la mayoría parlamentaria.

70 Después de las elecciones federales de mayo de 2019 se inició un difícil proceso de formación de gobierno finalizado después de 494 días sobre todo bajo la presión de la gestión pandémica. Al respecto, vid. P. POPELIER, «COVID-19 legislation in Belgium at the crossroads of a political and a health crisis», *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 8(1-2), 2020, pp. 131-153.

71 Así, J. CLARENNE, C. ROMAINVILLE, «Le droit constitutionnel belge à l'épreuve du Covid-19 (1/2)», *JP Blog*, 23 de abril de 2020 ([blog.juspoliticum.com/2020/04/23/le-droit-constitutionnel-belge-a-lepreuve-du-covid-19-1-2-par-julian-clarence-et-celine-romainville/](http://blog.juspoliticum.com/2020/04/23/le-droit-constitutionnel-belge-a-lepreuve-du-covid-19-1-2-par-julian-clarence-et-celine-romainville/)).

72 Sobre las RIG en Bélgica, vid. P. POPELIER, «Intergovernmental Relations in Belgium:

En cierto sentido, el Covid-19 ha remodelado el federalismo dual *de jure* en un federalismo cooperativo *de facto* en la gestión de la pandemia, considerada una competencia federal que cruza las competencias regionales y comunitarias<sup>73</sup>. Este caso parece dar prueba, entonces, de la existencia de una conexión entre gobernanza y ejecución pandémica.

Los casos italiano y español entran en la categoría de fuerte dominio del centro, sin embargo, con matices diferentes frente a un enfoque similar centralista-uniformizador –en la fase inicial– en cuanto a las medidas de contención del virus, en un marco competitivo altamente descentralizado en el ámbito de la materia salud.

La declaración del «estado de emergencia»<sup>74</sup>, en Italia, y del estado de alarma, en España, de forma similar a los demás federo-regionalismos, ha puesto en espera cualquier intervención normativa de las Regiones en dos ordenamientos jurídicos endémicamente afectados por una patología genética: el débil sistema de RIG. En ambos casos, la Constitución no establece un marco institucional capaz de garantizar un diálogo político estable ni un sistema estructurado de relaciones intergubernamentales que, en cambio, han ido desarrollándose en la práctica y de manera informal, siguiendo una dirección tanto multilateral como bilateral (limitada a las regiones especiales de Italia)<sup>75</sup>.

La emergencia pandémica tuvo un claro impacto en el sistema de conferencias (con carácter sectorial además de multilateral en España), columna vertebral de la cooperación en ambos ordenamientos jurídicos con un diferente protagonismo de

Obstacles for Effective Cooperation in Dyadic Federalism», en Y. FESSHA, F. PALERMO, K. KÖSSLER (eds.), cit. pp. 61-89.

73 Así, P. POPELIER, «Intergovernmental Relations...», cit.

74 Resolución del Consejo de Ministros «*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*» del 31 de enero de 2020, *G.U.*, Serie gen., 1 de febrero de 2020, n. 26.

75 Con referencia al caso español véase, entre otros, M.J. GARCÍA MORALES, X. ARBÓS MARÍN, «Intergovernmental relations in Spain: An essential but underestimated element of the state of autonomies», en J. POIRIER, C. SAUNDERS, J. KINCAID (Eds.), *Intergovernmental relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Don Mills, Ontario, 2015, pp. 350-378; J-B. HARGUINDÉGUY, C. FERNÁNDEZ RIVERA, A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, «So close yet so far: intergovernmental tensions in Spain», *Regional Studies*, vol. 55(5), 2021, pp. 894-906; y, el más reciente J.M.<sup>a</sup> CASTELLÀ ANDREU, M. KÖLLING, «Intergovernmental Relations and Communal Tensions in Spain», en Y. FESSHA, F. PALERMO, K. KÖSSLER (eds.), cit., pp. 159-182, mientras para el caso italiano en la misma obra N.P. ALESSI, F. PALERMO, «Intergovernmental Relations and Identity Politics in Italy», pp. 183-218.

los segmentos de cooperación. En el caso italiano prima el segmento de corte horizontal, ya consolidado, con la Conferencia de las Regiones (en la que participan únicamente los Presidentes de las Regiones)<sup>76</sup> mientras que en España prevalece la línea vertical aunque con nuevas entradas representadas por la Conferencia de Presidentes<sup>77</sup>, organismo de naturaleza vertical y multilateral formada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y por los Presidentes de las Comunidades Autónomas<sup>78</sup>. No es nada nuevo que la Conferencia de Presidentes, en Italia, haya sido central incluso en el contexto de la emergencia pandémica, puesto que aquí se forma la dirección política regional. De hecho, este organismo se ha ido convirtiendo en un foro de debate y recomposición de los distintos posicionamientos de las Regiones, funcional al logro de posiciones regionales convergentes que se antepondrán al posterior enfrentamiento con el Gobierno en la Conferencia Estado-Regiones. Es cierto que las dos Conferencias se complementan, pero las formas en que operan y han actuado en la fase de emergencia son muy diferentes<sup>79</sup>.

En el caso español, el Covid-19 ha dado impulso al circuito intergubernamental vertical no solo reactivando la Conferencia de Presidentes sino con el protagonismo del *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*<sup>80</sup> que se convirtió en

76 Constituida en 1981, la Conferencia de Presidentes ha funcionado sobre la base de prácticas y decisiones tomadas de vez en cuando hasta la adopción, el 9 de junio de 2005, de su propio Reglamento, con el fin de determinar un marco de reglas encaminadas a dar mayor eficacia, certeza y funcionalidad en el desarrollo de su tarea. No es casual que el 13 de marzo de 2022 la Conferencia haya reformado su Reglamento: ([https://mpt.gob.es/dam/es/portall/politica-territorial/autonomica/coop\\_autonomica/Confer\\_Presidentes/Reglamento-Conferencia-de-Presidentes-13-03-2022.pdf.pdf](https://mpt.gob.es/dam/es/portall/politica-territorial/autonomica/coop_autonomica/Confer_Presidentes/Reglamento-Conferencia-de-Presidentes-13-03-2022.pdf.pdf)).

77 Sí es cierto que tanto la Conferencia Estado-Regiones como las Conferencias Unificadas se vieron eclipsadas por la intervención de la Conferencia de Regiones, la cooperación sólo se produjo a través de meras comunicaciones al Presidente de dicha Conferencia. Así E. CATELANI, «Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza», *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, p. 506.

78 Es un foro informal de encuentros nacido por voluntad del entonces presidente del Gobierno Zapatero pero convocado muy pocas veces al menos hasta 2020 con el comienzo de la pandemia (hasta el 13 de marzo de 2022 se han celebrado 26 encuentros) (<http://www.mptfp.es/>). Véase, entre otros, J. TAJADURA TEJADA, «La Conferencia de Presidentes: origen, evolución y perspectivas de reforma», *RDP*, n. 101/2018, pp. 549-572.

79 Vid. E. CATELANI, cit., pp. 507 y ss.

80 El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) está formado por el Ministro de Sanidad, en representación de la Administración General del Estado, y los consejeros autonómicos competentes en materia de sanidad. Representa el principal órgano de coordinación entre las administraciones competentes para la configuración del Sistema Nacional de Salud. Sobre la naturaleza

un eje central para permitir que las CC.AA. tuvieran voz en las decisiones que, de lo contrario, habrían sido adoptadas unilateralmente por el Gobierno central<sup>81</sup>. Junto a esto, incluso las Conferencias sectoriales se han reunido mucho más; sin embargo, más allá del dato cuantitativo, es interesante el dato cualitativo, es decir las decisiones tomadas y el número de CC.AA. que participan en ellas.

La cooperación bilateral y multilateral ha crecido, además, no sólo cuantitativamente, sino también en la relevancia de sus deliberaciones y posibles resultados. Sin embargo, cuando la pandemia ha ido ya normalizándose, las repuestas a la crisis han retomado carácter asimétrico que presupone la cooperación bilateral. A diferencia del primer estado de alarma, que supuso una clara centralización del poder reforzando tanto la cláusula de preferencia como el poder de coordinación del Gobierno central<sup>82</sup>, sucesivamente el Plan de desescalada<sup>83</sup> gradual, asimétrico y coordinado, configura un sistema participativo de las CC.AA., diferenciado y bilateral, aunque en un marco de actuación dirigido por la práctica de la co-gobernanza<sup>84</sup>. Este procedimiento ha permitido, al mismo tiempo, dar espacio a la iniciativa regional y relevancia a la capacidad de decisión autónoma del Estado.

Sin embargo, las buenas prácticas colaborativas fomentadas por la gestión de emergencias no han sido acompañadas por una disminución en el nivel de conflicto territorial Estado-región que caracteriza a ambos sistemas. La lección aprendida por la pandemia muestra que las RIG se están convirtiendo en una variable determi-

jurídica del CISNS, vid. F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «La competencia constitucional de coordinación sanitaria en tiempos de pandemia: análisis de la naturaleza y eficacia de la estrategia nacional de vacunación frente a la Covid-19», *Revista de Derecho Político*, n.º 112, 2021, pp. 56 y ss.

81 Así, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en P. BIGLINO CAMPOS, F. DURÁN ALBA, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, 2020. Vid., también, F. VELASCO CABALLERO, A. EGEA DE HARO, cit., pp. 244 y ss.

82 Vid. M. GONZÁLEZ PASCUAL, «The State of Autonomies...», cit., p. 210.

83 Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente al COVID-19, adoptado por el Gobierno estatal el 28 de abril de 2020: <https://www.lamoncloa.gob.es/>.

84 La práctica de la cogobernanza se instituyó con la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad. Sin embargo, adquiere un sentido más amplio tras la declaración del segundo estado de alarma (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre) con un mayor arraigo de los mecanismos de coordinación previstos en el ámbito sanitario (el citado Consejo Interterritorial) con lo que se inicia una nueva etapa de colaboración. Vid. J. RIDAO MARTÍN, «Carencias y problemáticas de las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades autónomas durante la gestión de la Covid-19», *RIBRIG*, n.º. 2, 2021, pp. 1-46.

nante para una participación exitosa de las regiones en la toma de decisiones del gobierno central. En ambos ordenamientos, este desarrollo es crucial puesto que es el único foro para resolver los distintos posicionamientos entre regiones y el Estado ha sido la justicia constitucional con la consecuencia de sobrecargar el trabajo de los jueces, hasta el punto –como ocurrió en el caso español– de poner en peligro su propia legitimidad<sup>85</sup>.

## V. HACIA ALGUNAS CONCLUSIONES. EL FEDERO-REGIONALISMO Y LA ACTUACIÓN PANDÉMICA: ¿ALMA SOLISTA U ORQUESTAL?

La emergencia sanitaria del Sars-Cov2 puede ser utilizada como una útil prueba de fuego en el funcionamiento de los ordenamientos federo-regionales que con demasiada frecuencia se describen como mosaicos ineficientes y lentos donde las situaciones de crisis requieren respuestas oportunas y uniformes. Pero, ¿estamos realmente seguros de que los *patchworks* son solo una fuente de desorden o, más bien, un instrumento relevante para responder asimétricamente a problemas diferentes?

El Covid-19 ha centrado la atención colectiva en algunos temas, redefiniendo la escala de prioridades en la agenda política, imponiendo la superación de la inercia institucional y la resistencia al cambio. Entre estos, en los estados federo-regionales, tiene especial importancia el sistema de cooperación, que ha afectado, junto con otros factores, la capacidad de respuesta de los ordenamientos a la emergencia pandémica. Más allá de las distintas formas de acciones e instrumentos jurídicos y normativos utilizados, la pandemia ha puesto un claro foco de atención en la dimensión participativa de la autonomía territorial que se materializa, principalmente, a lo largo de las líneas horizontales y verticales de cooperación.

Es cierto que la pandemia no ha producido cambios directos u automáticos, pero sí ha funcionado como un fuerte acelerador de procesos ya en marcha<sup>86</sup>. En los sistemas federo-regionales ha enfatizado la capacidad de cooperación y coordinación entre los niveles sin anular la posibilidad de soluciones específicas para algunos territorios donde tales capacidades ya existían, mientras que en otros contextos evidenció ineficiencias y conflictividad. La misma narración de la pandemia tuvo éxitos distintos, donde prevalece un escepticismo básico hacia la articulación territorial plural, se enfatiza el caos creado por el pluralismo de sujetos y decisores, olvidando que

85 Vid. M. GONZÁLEZ PASCUAL, «The State of Autonomies...», cit., pp. 212 y ss.

86 Vid. F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», cit.

ese mismo pluralismo pueda significar, también, más controles y garantías democráticas, y que cuando están en juego los derechos, «un leviatán pequeño es menos aterrador que uno grande»<sup>87</sup>.

La efectividad o el fracaso de las respuestas a la pandemia no dependen de la propia estructura federal o regional, ni sólo del grado de descentralización de cada sistema sino, más bien, de la calidad de la gobernabilidad<sup>88</sup>. Si es cierto que las crisis y especialmente las crisis sanitarias globales exigen decisiones uniformes, por lo menos en las fases iniciales, el pluralismo territorial, con todas sus implicaciones institucionales y normativas, no significa diferenciación *tout court*. La pregunta central entonces pasa a ser cómo adoptar tales decisiones.

La ventaja de los sistemas federo-regionales radica en la posibilidad de centralizar y diferenciar según las necesidades, y en presencia de procedimientos que garanticen que estos procesos se realicen mediante la cooperación más que por imposición. Quizás, la antecedente eurocrisis económica tuvo un impacto tan significativo en la constitución territorial de los federo-regionalismos que casi se olvida que las autonomías territoriales son una «garantía del pluralismo» actuando como «únicos contrapoderes reales»<sup>89</sup> al fuerte desequilibrio, hacia el lado del gobierno, producido por la crisis pandémica.

Si la pandemia no ha tenido como resultado directo la construcción de confianza y lealtad, ha tenido, sin embargo, una función pedagógica relevante al mostrar a todos el traje nuevo del emperador.

Al fin y al cabo, sabemos que la música sinfónica es diferente de la de los instrumentos solistas. Es más compleja, más sofisticada, más poderosa. Si un músico comete un error es más fácil de ocultar y el hecho de que pueda fallar no es motivo para eliminar las orquestas o hacer que el director toque todo<sup>90</sup>.

### **Resumen**

*El objeto de análisis es el impacto del federalismo-regionalismo en las decisiones tomadas por algunos Estados europeos en respuesta a la pandemia del Covid-19 en el marco de un derecho constitucional de las crisis o de las emergencias. Partiendo de la ecuación errónea «Estado descentralizado + emergencia = caos e ineficiencia», analizaré los giros de emergencia que han llevado a una incisiva aceleración de la dinámica centrípeta en algunos ordenamientos europeos con una organización descentralizada del poder, pasando de una centralización*

87 Vid. F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», cit., p. 29.

88 Vid. F. PALERMO, «Is there a space for federalism...», cit.

89 Vid. F. PALERMO, «La pandemia delle fonti», cit.

90 F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», cit., p. 29.

*fisiológica a una centralización patológica. Se analiza la pandemia en la dimensión de problema intergubernamental complejo más que la crisis, dada la centralidad que asume la coordinación y cooperación intergubernamental en la efectividad de la respuesta de los federo-regionalismos. El objetivo es analizar si y cómo la pandemia no ha producido cambios directos o automáticos, sino que ha funcionado como un fuerte acelerador de procesos ya en marcha, sobre todo en lo que se refiere al sistema de relaciones intergubernamentales que se ha convertido en eje central en la gestión de la emergencia pandémica.*

**Palabras clave**

*Federalismo, regionalismo, pandemia.*

**Abstract**

*The object of analysis is the impact of federo-regionalism on the decisions taken by some European States in response to the Covid-19 pandemic, within the framework of a «constitutional law of crises» or «emergencies». Starting from the erroneous equation «Decentralized State + emergency = chaos and inefficiency», I will analyze the «turns of emergency» that have led to an incisive acceleration of the centripetal dynamic in some European systems with a decentralized organization of power, going from to a «physiological» to a «pathological centralization». The pandemic is analyzed in the dimension of a complex intergovernmental problem rather than in the «crisis», given the centrality that intergovernmental coordination and cooperation assumes in the effectiveness of the response of federo-regionalisms. The aim is to analyze if and how the pandemic has not produced direct or automatic changes, but it has functioned as a strong «accelerator» of processes already underway, especially regarding to the system of intergovernmental relations that has become central axis in the management of the pandemic emergency.*

**Keywords**

*Federalism, regionalism, pandemic.*

Recibido: 1 de octubre de 2022

Aceptado: 3 de noviembre de 2022



**¿A QUIÉN LE CORRESPONDE LA COMPETENCIA  
EN EL ÁMBITO DE LA EMERGENCIA SANITARIA?  
ALGUNA OBSERVACIÓN CRÍTICA SOBRE LOS  
MOTIVOS INVOCADOS EN APOYO DE LA  
DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL\***  
**Who is competent in the field of health emergency? Some  
critical observation on the reasons invoked in support of  
the decision of the constitutional court**

UGO ADAMO

*Investigador (RTD-B) de Instituciones de Derecho Público  
Universidad de Calabria (DESF)*

**SUMARIO:**

- I. Premisas.
- II. En búsqueda de la competencia.
- III. Corte Constitucional, sentencia núm. 37/2021.
- IV. Conclusiones... abiertas.

**I. PREMISAS**

Ya que aquí no disponemos del espacio necesario para analizar todas las cuestiones relativas a la pandemia que son objeto de estudio y análisis por parte de la doctrina constitucionalista desde hace ya más de dos años<sup>1</sup>, entre todos los potenciales perfiles de análisis (el fundamento de la normativa de emergencia; el impacto en el sistema de fuentes de derecho; el impacto sobre los derechos fundamentales), en

\* Traducido del italiano por Elda Serra.

1 Cfr. B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI, *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione al Manuale di diritto costituzionale*, Pisa, 2021; F.S. MARINI y G. SCACCIA (coords.), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020; F. A. PAJNO, L. VIOLANTE (coords.), *Biopolitica, pandemia e democrazia*, Vol. I-III, Bologna, 2021.

este análisis elaboraremos la cuestión, no menos importante, de las relaciones entre el Estado central y las autonomías territoriales.

No se puede negar, de hecho, que el *stress* sufrido por el ordenamiento ha afectado (también) a las relaciones entre Estado central y autonomías territoriales: en Italia, así como ha sucedido en otros sistemas descentralizados, la emergencia sanitaria (y económica) ha tenido serias repercusiones en las relaciones entre Instituciones, hasta el punto de que la autonomía de los territorios periféricos se ha visto comprimida por, al menos, dos razones.

En primer lugar, la ampliación del poder central –principalmente del Gobierno– ha terminado imponiendo una exigencia imprescindible de coordinación para una gestión más eficaz de la crisis sanitaria y, por lo tanto, para limitar la difusión del virus y salvaguardar la protección de la salud, también, como *interés comunitario*.

En segundo lugar, dicha *centralización de la toma de decisiones* venía exigida por la necesidad de hacer frente a la grave crisis económica dada por las políticas de cierre y confinamiento y, por lo tanto, por la necesidad de frenar el empobrecimiento creciente de amplios sectores de la sociedad así como la polarización de las desigualdades no solo económicas sino también culturales (como, por ejemplo, el *digital divide* y la educación en general) y sanitarias (los recursos y sobre todo las instalaciones disponibles a nivel local no fueron suficientes para atender la solicitud de tratamiento para el Covid y otras enfermedades).

## II. EN BÚSQUEDA DE LA COMPETENCIA

Para poder desarrollar el análisis, hay que empezar por los primeros actos como el de la Organización Mundial de la Salud, que declaró el estado de emergencia de salud pública de importancia internacional el 30 de enero de 2020<sup>2</sup>, y la posterior «Declaración del estado de emergencia como consecuencia<sup>3</sup> del riesgo sanitario relacionado con la aparición de patologías derivadas de agentes virales transmisibles», aprobada por el Consejo de Ministros de conformidad con lo dispuesto en el art.

2 Con la siguiente declaración de la OMS del 11 de marzo de 2020, la epidemia de la Covid-19 pasó a ser «pandemia» teniendo en cuenta los niveles de difusión y gravedad alcanzados a nivel mundial.

3 La duración del estado de emergencia de importancia nacional no puede exceder los 12 meses, y puede prorrogarse por no más de 12 meses adicionales. Con referencia al derrumbe del Puente Morandi, el d.-l. 30 de diciembre de 2019, núm. 162, convertido con modificaciones en la ley 28 de febrero de 2020, núm. 8, ha dispuesto que puede prorrogarse hasta una duración total de tres años. Véase la nota 1 al dorso.

7, c. 1, let. c), Decreto Legislativo núm. 1, de 2 de enero de 2018, del Código de Protección Civil<sup>4</sup>. En virtud de su art. 25, las ordenanzas de protección civil –que no están sujetas a ningún control previo de legitimidad– pueden adoptarse

«in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l’intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l’indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate».

Aclarado este punto, y dejando de lado los artículos que acabamos de mencionar, ante la emergencia sanitaria se ha procedido con actos primarios<sup>5</sup> en los que se ha basado casi toda la legislación de emergencia, caracterizada por lo que definiremos como el *tándem* decreto ley/decreto Presidente del Consejo de Ministros, con la consecuencia de que los Decretos del Presidente del Consejo encuentran legitimidad en los decretos *ex* 77 de la Constitución y no en la legislación de Protección Civil.

Sin embargo, las Regiones han intervenido en la gestión de la crisis sanitaria mediante el ejercicio de poderes de ordenanza (limitados y dúctiles)<sup>6</sup> y una participación «moderada» en los procesos de adopción de decisiones del nivel central, siempre establecidos por la legislación.

El art. 25 del Decreto legislativo 1/2018<sup>7</sup>, con respecto a las órdenes dictadas por el Jefe del Departamento de la protección civil, garantizaba un mecanismo co-

4 Este d.lgs. constituye la legislación de emergencia nacional (sobre la constitucionalidad de esta disposición véase, al menos, Tribunal Constitucional, sent. 15/1982, 418/1992). Los requisitos para la resolución (y renovación) establecidos *ex lege* son, por supuesto, siempre sujetos a revisión. Se recuerda que no existe un control previo de legitimidad por parte del Tribunal de Cuentas.

5 Esta segunda representa una «filiera» o «catena» distinta, si bien muy relacionada con la primera (R. ROMBOLI, «L’incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano», *Consulta online*, núm. 3, 2020, p. 519; A. MORELLI, «Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: “stato di emergenza” e “stato di necessità” alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale», *Nomos*, núm. 3, 2021, p. 3), capaz de preparar un marco regulatorio especial en cumplimiento de las reservas legales (M. FRANCAVIGLIA, «Decretazione d’urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell’emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale», *Diritto Pubblico*, núm. 2, 2020, p. 371).

6 Los poderes de ordenanza, aunque muy limitados («nelle more»), siguen existiendo, ya que el Gobierno –como veremos– no pretendió activar el poder sustitutivo previsto *ex* art. 120 de la Constitución.

7 El 31 de enero de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el «stato di emergenza in conseguenza

laborativo en materias de protección civil y salud a través de una implicación de las Regiones mediante acuerdos (aunque débiles)<sup>8</sup>, pero esta estructura normativa del Decreto legislativo 1/2018 se abandonó casi al principio<sup>9</sup> y se adoptó una secuencia normativa de emergencia<sup>10</sup> distinta, cuya base legal era representada por los Decreto ley ejecutados por los Decretos del Presidente del Consejo. Los espacios dejados a la autonomía se fueron restringiendo cada vez más, tanto que según el Decreto ley 6/2020<sup>11</sup> los dPCm se adoptaron a propuesta del Ministro de Sanidad *previa consul-*

del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», con una disposizione basada en el ejercicio de las competencias en materia de protección civil previsto por el Decreto Legislativo núm 1/2018 Código de Protección Civil, que en el art. 24 dispone el «stato di emergenza di rilievo nazionale» y que con fundamento en lo dispuesto en el art. 7, let. c), el dictado de las disposiciones legitimadas por los eventos de emergencia de protección civil se define «dalle emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

8 La «degradazione» a *dictamen*, en todo caso, es muy significativa, en la medida en que el respeto del principio de cooperación leal exija que el *acuerdo* se persiga incluso si se presentan dificultades para llegar a ello (la repetición de negociaciones entre los Órganos para superar los obstáculos a la implementación; la obligación de motivación *razonable* en caso de no llegar al acuerdo): M. COSULICH, «Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni», *Le Reg.*, núm. 3, 2021, p. 572; D. MORANA, «Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021», *Forum di Quad. Cost.*, núm. 2, 2021, p. 15. El principio de colaboración leal queda empañado ante la disposición de que los Presidentes de Región sean *escuchados* o *puedan proponer* la adopción de un dPCm: ambas disposiciones no imponen ninguna obligación (positiva o negativa) al Gobierno.

9 El primer d.-l. es el núm. 6 del 2020 del 23 de febrero.

10 G. SILVESTRI, «Covid-19 e Costituzione», *UniCost.it*, 04/10/2020; M. LUCIANI, «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», en *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova, 2020; ID., *Salus*, Modena, 2022; G. Azzariti, «Il diritto costituzionale d'eccezione», *www.costituzionalismo.it*, núm. 1, 2020.

11 Los poderes en materia de emergencia ya estaban a disposición de los Presidentes de Región y de los alcaldes, por lo tanto, para dar una prioridad homogeneizadora a los dPCm que implementan los d.-l., la potestad de emergencia se limitó a la presencia acumulada de dos condiciones, a saber «nelle more» los dPCm y en «casi di estrema necessità ed urgenza». El problema interpretativo, que no favorecía la *reductio ad unum*, estaba en la *discrecionalidad* (política-institucional) de los máximos órganos ejecutivos en cuanto a la definición de qué medidas concretas debían adoptarse, y en la expresión «nelle more», que podía implicar que el *dies a quo* volviese a correr al día siguiente de la adopción de un nuevo dPCm. La avalancha de actos adoptados (una verdadera hipertrofia) mostró la inaplicabilidad del artículo recién mencionado.

ta de los Presidentes de las Regiones *interessadas* o el Presidente de la Conferencia de Regiones<sup>12</sup>, en el caso de que su aplicación afectara a todo el territorio nacional. Con el posterior Decreto ley 19/2020<sup>13</sup>, en cambio, los Decretos del Presidente del Consejo de Ministros se adoptaron (únicamente) a propuesta del Ministerio de Salud o (eventualmente) de los Presidentes de Región.

Repasando las fases de las relaciones entre el Estado y las Regiones tras el inicio de la crisis sanitaria y económica que azotó al país, se advierte con cierta inmediatez que la tensión entre los Entes se caracterizó por el hecho de que las dos materias que más directamente entraron en juego en la situación de emergencia del Sars-Cov-2 (al menos en las intenciones de los actores políticos) han sido la protección de la salud y la protección civil, ambas situadas en el catálogo de materias de competencia concurrente, donde la potestad legislativa corresponde a las Regiones, salvo la determinación de los principios fundamentales, que se reserva para el Estado. Muy relacionada está la disposición que reserva (sólo) al Estado la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones en materia de derechos civiles y sociales, así como la prevención de enfermedades internacionales. El reparto de las competencias, definido por la Constitución, se inspira, por lo tanto, en la lógica de la colaboración leal, diseñando (como en todo el Título V) un modelo de regionalismo cooperativo.

Una cooperación leal<sup>14</sup> que no siempre ha parecido inspirar algunas medidas de los Presidentes de las juntas regionales y de los alcaldes<sup>15</sup>, que han aprobado

12 La Conferencia de Regiones ha prácticamente «sovastato» la Conferencia de Estado/Regiones y la Conferencia Unificada: E. Catelani, «Centralità della Conferenza delle Regioni e delle province autonome durante l'emergenza COVID-19? Più forma che sostanza?», *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. speciale/2020, p. 514; C. Caruso, «Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto», *Riv. Gruppo di Pisa*, núm. 1, 2021, p. 644.

13 Según esta lectura, las ordenanzas sólo podían ser adoptadas por el Ministro de Salud y ya no por los presidentes regionales y alcaldes. Mientras que estos últimos estaban (de hecho) 'inhibidos' de ejercer el poder —directa pero también indirectamente, permaneciendo como un espacio residual para la intervención— las Regiones continuaron concediendo la potestad de ordenanzas limitada a la introducción de medidas restrictivas que —aunque sea «nelle more»— se podían adoptar «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Las autonomías regionales y los entes locales durante la fase de emergencia debían, por tanto, velar por la adecuación (de las medidas) y la diferenciación (de las valoraciones) para responder a nivel local a las necesidades de la emergencia nacional de forma cada vez más instantánea y eficiente.

14 El principio vincula el contenido del acto y no —como se sabe— el procedimiento de adopción: C. Padula, «La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale», *Le Reg.*, núm. 1-2, 2021, p. 171.

15 M. Draghi (coord.), *IV Rapporto Ca' Foscari sui comuni. La risposta dei comuni alla crisi pandemica*, Roma, 2021.

ordenes claramente ilegítimas, en unos casos contrarias a la Constitución, en otros, a la legislación nacional<sup>16</sup>. Sin embargo, por otro lado, las Regiones lamentaron la adopción de los actos estatales en ausencia de una discusión previa, hasta el punto de que el sistema de legislación de emergencia se desarrolló como si no fuera en un Estado regional.

A la normativa estatal –fruto, en la mayoría de los casos, de decisiones solipistas– se han ido solapando de continuo la normativa regional y local, dificultando mucho la lectura del marco legal. En todo caso, el sistema de legislación de emergencia se ha desarrollado como si no estuviéramos en un Estado regional; dicho sistema, de hecho, no ha sabido conciliar (en el respeto de la colaboración leal) una actuación de coordinación entre las instituciones territoriales capaz de valorar las necesidades territoriales con acciones más eficaces, en las distintas fases de la emergencia<sup>17</sup>.

Una vez dejada atrás la secuencia normativa a la que hace referencia el Código de Protección Civil que preveía una implicación efectiva de las Regiones a través de los acuerdos, durante la «fase 1» (cuando no se conocía el virus y la prevalencia del derecho a la salud primaba sobre todos los demás derechos fundamentales) asistimos a la necesidad de la *reductio a unum* con justificación de las excepciones para permitir una conducción unitaria de la emergencia (Decreto ley núm. 19/2020), y en la llamada «fase 2» (de convivencia con el virus) asistimos a un cambio de tercio (Decreto ley núm. 33/2020, y los Decretos del Presidente del Consejo de Ministros de 3 de noviembre de 2020 y de 14 de enero de 2021) gracias a una gestión más abierta hacia las autonomías y por tanto a la diferenciación, para poder dar mayor respuesta a las situaciones epidemiológicas concretas y distintas a nivel local; dando vida, contextualmente, a relaciones más marcadas por la colaboración leal. Es decir, de una capacidad de diferenciación solo *in peius* finalmente ha sido posible reconocer y ejercer el poder de autonomía también *in melius* (por lo menos para las actividades económicas, productivas y sociales). El ejercicio de la diferenciación ha sido posible y se ha modulado con diferentes intensidades dado el «color» de las Regiones en virtud de índices establecidos (también) en la Conferencia Estado/Regiones y aprobados por una orden del Ministerio de Salud. Inmediatamente después de una primera apertura, sin embargo, la volatilidad constante de la curva epidemiológica

16 V. Baldini, «Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici ... e rischiosi», *Dirittifondamentali.it*, 1342 ss.; C. Buzzacchi, «Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia», *RivistaAic.it*, núm. 1, 2021, pp. 278 y ss.

17 U. Allegretti y E. Balboni, «Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus», *Forum di Quad. cost.*, núm. 1, 2020, pp. 538 y ss.

impuso una redefinición de las relaciones entre Entidades limitando y vinculando la capacidad de decisión de las Regiones, para volver a una gestión central y centralizada de medidas sobre las que las Regiones podían intervenir sólo con más restricciones y más estrictas; cualquier medida de expansión ya no podía tomarse a través de una mera comunicación, sino solo después de un acuerdo con el Ministro de Salud. La modificación se produjo con otro Decreto ley (núm. 125/2020) y, finalmente, con el Decreto ley núm. 52/2021 (el llamado «decreto de reapertura»).

Sin embargo, en la «fase 2» hubo un recrudecimiento del virus a pesar de que la campaña de vacunación estuviese en marcha. Las Regiones ya no se alineaban siempre con la recentralización de la legislación anti-pandémica, pues reivindicaban su propia competencia concurrente en materia de tutela de la salud, hasta el punto de que se generó una cierta confusión entre los ciudadanos y entre las propias instituciones, debiéndose aclarar la situación a nivel constitucional. Efectivamente, hasta la sentencia núm. 37/2021, la emergencia se ha disciplinado bajo la jurisdicción administrativa, revelando la falta de competitividad de la jurisdicción constitucional en época de pandemia: no solo por la falta del objeto del conflicto de competencia normativa (las Regiones no han legislado), sino que –si se observa el conflicto entre Entidades territoriales– la alternativa que se le planteaba al recurrente era la de elegir entre el empleo de la jurisdicción administrativa o constitucional, siendo la elección siempre la primera, debido a sus tiempos más breves (pocos días o incluso unas horas para obtener una respuesta cautelar en el primer caso; unos meses en el segundo). Es por este motivo que muchos contenciosos con claros tonos constitucionales han sido conocidos por el juez administrativo.

### III. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA NÚM. 37/2021

En todo caso, ha habido una ley de una Región especial y se ha propuesto un recurso por vía principal. Entre enero y marzo de 2021 se resuelve un recurso presentado por el anterior Gobierno (Conte II), y con la sentencia núm. 37/2021 el Tribunal fija unos puntos clave sobre la gestión (material) de la pandemia ante la multiplicidad de competencias y la falta de claridad de los ámbitos respectivos entre Estado y Regiones, tanto ordinarias como especiales. No es casualidad, por lo tanto, que el Tribunal se haya pronunciado justo en este ámbito y que lo haya hecho primero con el Auto núm. 04/2021 y luego, especialmente, con la Sentencia núm. 37/2021, en la que afirma de manera muy clara que, frente a enfermedades altamente contagiosas y susceptibles de propagarse a nivel global, la competencia del Estado es la única «idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del

fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività»<sup>18</sup>. Dicho de otra forma: es el Estado, y no las Regiones, quien tiene que determinar las medidas necesarias para contrastar la pandemia.

El eje de la sentencia gira en torno a la afirmación de la competencia legislativa estatal en prevención de enfermedades internacionales, y una interpretación extensiva de esta materia. Se trata de una competencia que la Corte construye en términos teleológicos, y definida para absorber todos los perfiles de la disciplina<sup>19</sup>, tanto que ninguna otra competencia puede oponerse válidamente, ni siquiera la de una Región especial.

Toda una serie de consecuencias se desarrollan sobre este eje: 1) la ley estatal determina todas las tareas y funciones necesarias y dispone su asignación a los niveles territoriales competentes; 2) la ley estatal determina (también) todos los instrumentos, formas y métodos de su implementación, a través de reservas administrativas que pueden impedir la intervención de la ley regional y reservar, precisamente, para la administración la implementación de decisiones tomadas por el legislador estatal en tema de pandemia; 3) la ley estatal (nuevamente) determina las formas de conexión –de forma sustancialmente libre– con los demás niveles de gobierno. Respecto a este último punto, la propia Corte define como una «soluzione normativa consona»<sup>20</sup> haber creído conveniente<sup>21</sup> activar una vía de colaboración leal con el sistema regional, incluyendo la expresión de los dictámenes de los Presidentes regionales interesados, así como del Presidente de la Conferencia de Regiones.

Todo el sistema motivacional se rige por el axioma mal fundado de que existen «ragioni logiche, prima che giuridiche»<sup>22</sup>: como si la lógica de algún modo no sólo auxiliara al Derecho, sino que pudiera sustituirlo. A través de esta premisa, la Corte reconducirá de forma integral la lucha contra la pandemia a la prevención de enfermedades internacionales y por vía especular llevará a la integración total en ella de la tutela de la salud. La Corte llega a esta conclusión a través de una tesis que reclama continuidad con la jurisprudencia anterior y con la evolución de la legislación en la materia. Si nos detenemos con atención, vemos que el art. 6 de la Ley 833/1978 se basa en la titularidad estatal de las funciones administrativas relativas a la prevención

18 Corte const., sent. núm. 37/2021, p.to 7.1. *cons. dir.*

19 Corte const., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons. dir.*

20 Corte const., sent. núm. 37/2021, p.to 12 *cons. dir.*

21 La colaboración leal, por otra parte, se reduce de principio «a praxis», cfr. R. Bin, «Regioni dopo la pandemia: riforma o ripensamento?», *Le Reg.*, núm. 3, 2021, p. 495.

22 Corte const., sent. núm. 37/2021, p.to 7.1 *cons. dir.*

de enfermedades internacionales marítima, aérea y fronteriza, también en materia veterinaria (a) y establece que las funciones administrativas también incluyen las relativas a la profilaxis de enfermedades infecciosas y difusas, por las que ha sido posible imponer la vacunación obligatoria o las medidas de confinamiento, así como cualquier intervención para la lucha contra las epidemias y las epizootias (b). Esta referencia legislativa<sup>23</sup> muestra como la Corte opta por una interpretación radicalmente discontinua con respecto al pasado.

Hasta la Sentencia núm. 37/2021, la prevención de enfermedades internacionales se había empleado no de manera autónoma sino en lectura combinada con la tutela de la salud y siempre de manera subsidiaria<sup>24</sup>. En todo caso, la jurisprudencia de la Corte<sup>25</sup> había exigido la prevalencia del elemento internacional y que la materia de la profilaxis estuviera siempre conectada (también) a la materia de la protección del medioambiente y del ecosistema (art. 117.2, letra s) por los perfiles zootécnicos (la fiebre del ganado ovino y bovino).

En el caso en cuestión, sin embargo, la materia no solo carece de dichos elementos, sino que tampoco existían, ni a nivel supranacional ni internacional, normas que requerían de implementación. Los dos tipos de función (profilaxis y salud), por otro lado, siempre se han distinguido en la historia legislativa. Además, el propio texto constitucional configura dos competencias distintas, dos materias distintas (la prevención de enfermedades internacionales, que va unida a aduanas y protección de las fronteras nacionales (letra q) y la tutela de la salud). Estamos, pues, ante una clara discontinuidad: la Corte procede a una reinterpretación de la cuestión de la prevención de enfermedades internacionales que pasa a ser una cuestión incluyente de todas las medidas capaces tanto de contrarrestar una pandemia sanitaria en curso como de prevenirla. Esta reinterpretación, sin embargo, no se declara, por el contrario, se oculta al acreditar una lectura conforme, que sin embargo no existe: por lo tanto, ya no se trata de una cuestión limitada a aquellas medidas relativas a los controles fronterizos o destinadas a contrastar los contagios transfronterizos. Esta nueva

23 Podemos mencionar también el art. 30 del DPR núm. 616/1977, por el cual incumben al Estado las funciones administrativas de prevención de enfermedades internacionales también para «la asistencia sanitaria a los ciudadanos italianos en el extranjero y la asistencia en Italia a los extranjeros y apátridas, según los principios de la ley de reforma sanitaria, haciendo uso de las instalaciones sanitarias existentes».

24 L. Cuocolo y F. Gallarati, «La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il ba-zooka della profilassi internazionale», *Corti supreme e salute*, núm. 1, 2021, pp. 11 y ss.

25 Corte cost., sent. núms. 222/2003, 12/2004, 406/2005, 72/2013, 173/2014, 270/2016, 5/2018, 186/2019.

interpretación, entonces, se mueve más en el nivel de la lógica que en el del Derecho positivo, pues no se encuentran (ya que no se han planteado como tal) determinados argumentos jurídicos entre los que ha empleado la Corte para una reinterpretación, que supone una elección legislativa de hecho incuestionable<sup>26</sup>.

La Corte se deshace del inextricable entramado de materias de competencia estatal y autonómica al que hasta ahora se habían vinculado las medidas anti Sars-Cov-2, y lo hace simplemente al no reconocerlas, optando por la vía de la competencia plena de la prevención de enfermedades internacionales. A la luz de todo eso, por lo tanto, el Juez constitucional excluye la remisión a la tutela de la salud, al no considerar necesario ampliar el alcance del contenido de los principios encomendados al Estado, basándose en aquella jurisprudencia según la cual la norma, «sebbene a contenuto specifico e dettagliato, è da considerare per la finalità perseguita, in “rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione” con le norme-principio»<sup>27</sup> que caracterizan el ámbito en cuestión, especialmente en una fase de emergencia como la que estamos tratando. La extensión del principio, sin embargo, habría chocado con el límite del mismo que, aunque extendido, es incapaz de identificar (también) a los sujetos competentes para tomar decisiones (esto se habría quedado en legislación detallada). Además, la no referencia a la materia concurrente tutela de la salud, ha permitido a la Corte –más de un año después de la declaración de emergencia por pandemia de la OMS– no detenerse en el carácter normativo del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, es decir, en su carácter reglamentario o no<sup>28</sup>. De acuerdo con el art. 117, c. 6 de la Constitución, en efecto, la potestad reglamentaria en materia concurrente corresponde a las Regiones. No reconocer esta naturaleza y tomar como parámetro un tema concurrente hubiera supuesto la desaparición de toda la cadena regulatoria de emergencia (Decreto ley y Decreto del Presidente del Consejo de Ministros). Abandonada la vía del poder concurrente, entre las materias

26 «[U]na materia incommensurabile» según E. Lamarque, «Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)», *Giustizia insieme* (26.01.2021).

27 Corte cost., sent. núm. 437/20005, p.to 3 *cons. dir.*

28 Sobre este punto, sin embargo, intervendrá Corte cost., sent. núm. 198/2021. Según la Corte Constitucional, los dPCm son actos administrativos necesarios, dictados en ejecución de normas legislativas «che ne prefissano il contenuto» (punto 8 *cons. Dir.*). En la doctrina véase M. CAVINO, «La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021», *www.federalismi.it*, núm. 25, 2021; M. RUBECCHI, «I d.P.C.m della pandemia: considerazioni attorno ad un atto da regolare», *federalismi.it*, num. 27, 2021; L. CASTELLI, «La Corte costituzionale e i d.P.C.M. pandemici», *Quad. Cost.*, núm. 1, 2022, pp. 154 y ss.

exclusivamente estatales había al menos dos que cabría recordar o, al menos para la primera, citar: la coordinación informativa estadística e informática de los datos de la administración estatal, regional y local, así como la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones en materia de derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional. Dada la importancia que la jurisprudencia constitucional reconoce a esta última materia con la implementación del Título V reformado, cabía esperar la reconducción de la intervención estatal bajo este paraguas también en virtud de aquella jurisprudencia que siempre ha reconocido la capacidad de la intervención estatal para alcanzar cualquier nivel de detalle (siempre sujeto al principio de razonabilidad). En el presente caso, sin embargo, la Corte nos dice que no estamos ante ninguna materia transversal, ni materia-fin, ni materia-valor, ni siquiera una no-materia: «[l]a materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»<sup>29</sup>.

Mientras que hasta entonces la Corte consideraba como transversal aquella materia que se reflejaba en varios ámbitos materiales –con capacidad de recortar ámbitos materiales que de otro modo serían imputables a la competencia regional–, con la Sentencia núm. 37/2021 parece ser que la materia que tenga un marco preciso, «ben distinto»<sup>30</sup>, no se considera transversal; se trata, en todo caso, de una presunción, ya que la Corte no lo ha explicitado. Eso sí, la Corte niega de manera explícita la transversalidad de la materia de prevención de enfermedades internacionales. Y lo hace mediante un razonamiento asertivo: «tale competenza non ha tratti di trasversalità»<sup>31</sup>. Sin embargo, la materia, por cómo se configura, sería de hecho una materia transversal, en la medida en que se avanza una interpretación finalista, pudiendo «assorbire ogni profilo della disciplina»<sup>32</sup> y afectar a cualquier otra competencia, incluso regional. En todo caso, la negación de la transversalidad hace que ya no existan las consecuencias sobre todas las formas colaborativas que se deben practicar cuando hay una fuerte incidencia y entrelazamiento inextricable de materiales<sup>33</sup>; también es cierto que la jurisprudencia constitucional podría haber recordado sus precedentes a partir de los cuales hubiera sido posible reconocer la influencia de la normativa

29 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons. dir.*

30 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons. dir.*

31 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons. dir.*

32 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 7 *cons. dir.* Es una competencia teleológica: A. MANGIA, «La legge regionale nel sistema delle norme di ordinanza», *Le Reg.*, núm. 3, 2021, p. 502.

33 Aunque una conexión («su proposta») con la Regiones paradójicamente ya estaba previsto «debido» al art. 2.1 d.-l. 19/2020.

estatal sobre la disciplina administrativa, superando (en fase de emergencia) la remisión al allanamiento de la colaboración leal, exigida, por ejemplo, en la «chiamata in sussidiarietà» o en la potestad sustitutiva: de hecho, la jurisprudencia constitucional no requiere (siempre y) necesariamente la consecución de un acuerdo en la determinación de los niveles esenciales<sup>34</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES... ABIERTAS

El modelo resultante es el de un regionalismo ejecutivo/atributivo. En efecto, la única facultad constitucionalmente reconocida a las Regiones es la de auto-organizarse, como la propia Corte indica: «lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche»<sup>35</sup>. Leyendo dichas motivaciones viene a la mente la institución del uso de las funciones (del anterior art. 118 Const.), aunque dicha institución nada tiene a que ver con el concepto de autonomía reconocido por la Constitución. Las Regiones se convierten en entes al servicio de un fin y se reducen a una ramificación de la administración estatal.

Si bien sea aceptable la posibilidad de una intervención del Estado frente a necesidades unitarias improrrogables<sup>36</sup>, es inaceptable que la Corte no nos haya explicado el porqué de una interpretación en discontinuidad<sup>37</sup> con la jurisprudencia anterior y, más en general, el porqué de la única referencia a la atribución del Estado en materia de prevención de enfermedades internacionales<sup>38</sup>.

34 *Contra* Corte cost., sent. núm. 192/2017.

35 Corte cost., sent. núm. 37/2021, p.to 12 *cons. dir.*

36 Sin dejar de lado el hecho por el que la pandemia «entra» en un marco de decadencia y hasta disolución de un sistema sanitario incapaz de enfrentarse a una situación de estrés semejante, imputando todo ello a elecciones políticas inadecuadas, que no han tenido en cuenta nunca posibles escenarios como los que han interesado a nuestro ordenamiento a partir de febrero de 2020. Entonces, «il più grave difetto del sistema è stato rappresentato dalla questione della organizzazione del servizio sanitario in sé, non dalla distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Regioni»: F. BILANCIA, «Ragionando “a freddo”: gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti istituzionali Stato-Regioni», *Ist. del Fed.*, núm. spec./2020, p. 34.

37 De un inédito habló C. PINELLI, «Era il richiamo alla “profilassi internazionale” il modo più congruo per affermare la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza sanitaria?», *Giur. Cost.*, núm. 2, 2021, p. 452.

38 Es esto el apartado de motivaciones más criticable y criticado por la doctrina: entre todos cfr. D. MORANA, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

En todo caso, y frente a las perspectivas de reforma, una posible centralización estatal en materia de salud o la inclusión de una *supremacy clause* sólo puede seguir el camino de la reforma constitucional; por tanto (en calidad de intérprete y no de profeta) la jurisprudencia en análisis no es un *passerpartout* capaz de producir un proceso de re-centralización de las competencias hacia el Estado<sup>39</sup>.

Con esto ciertamente no queremos argumentar que el camino de la reforma es el camino preferible u obligatorio<sup>40</sup>. Si al Estado le corresponde la identificación imprescindible y precisa de los niveles esenciales, así como la posibilidad de intervenir en vía exclusiva mediante el poder de sustitución o la llamada en subsidiariedad, ya que ninguna de dichas hipótesis<sup>41</sup> se ha producido, entonces parece que las tensiones<sup>42</sup> entre Gobierno y Regiones hay que atribuirles más a razones políticas<sup>43</sup> que

39 G.M. SALERNO, «Emergenza sanitaria e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: prime considerazioni», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 2, 2021, p. 458.

40 En tal sentido véase autorizada doctrina: A. D'Atena, «L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni», *Italian Papers On Federalism*, núm. 1, 2021, pp. 1 y ss.

41 A. Mangia, *op. cit.*, p. 507.

42 Agudizadas no solo por una clara «estructura normativa», sino también por un sistema sanitario colapsado por culpa de decisiones (tomadas y no tomadas) tanto por el Estado como por las Regiones: ingentes inversiones de los recursos disponibles en la atención hospitalaria y no también en ámbito de asistencia regional; papel significativo reconocido a los operadores sanitarios privados acreditados en detrimento de las estructuras públicas. Todo ello, si cabe, agravado por la renuncia a dictar reglas uniformes y comunes sobre la organización del servicio sanitario y por el empobrecimiento cada vez más constante del sistema sanitario para objetivos de eficiencia económica «aceptados» debido a un empobrecimiento «culturale» que durante un largo periodo de tiempo ha privado el tema de la salud como derecho social desde un proyecto teleológico de sociedad. Sobre este tema, cfr. A. Poggi, «Le regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo», *Dir. Reg.*, núm. 2, 2020, 21; P. Masala, «Nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?», *Costituzionalismo.it*, núm. 1, 2021, p. 187.

43 Mientras que durante los Gobiernos Conte I y II, muchas regiones eran administradas por coaliciones de color político distinto al de la inconstante mayoría parlamentaria y, por tanto, gubernativa, durante el Gobierno Draghi se registra un cambio en las relaciones políticas entre Centro y Periferias, porque más allá de un primer acto de gobierno (dPCm) en los siguientes siempre se han asumido y concertado *directamente* con d.-l. todas las medidas limitativas de los derechos. Si esto es indudable, también lo es el hecho de que debido a la inmutabilidad sustancial de las políticas el conflicto disminuye –salvo en la selección de las categorías a vacunar prioritariamente– y ello (mucho más que probable) por el hecho de que el Gobierno estaba (y está) en manos de una mayoría tan amplia que las coaliciones regionales estaban (están) totalmente «representadas» por la mayoría parlamentaria.

a posibles disfunciones del Título V. Disfunciones que, en todo caso, existentes y debidas a la falta de conclusión de aquel proceso de valorización de las autonomías que arrancó a finales de los años 90 y que nunca se llevó a cabo del todo, ya que las Regiones nunca han podido enlazarse en una sede institucional (porque nunca se constituyó) como puede ser una Cámara (real) de las Regiones<sup>44</sup>. En espera de una decisión en tal sentido o que en todo caso garantice las adecuadas conexiones institucionales, se debería avanzar al menos hacia la implementación del art. 11 de la Ley constitucional núm. 3/2001, y, por tanto, hacia la modificación de los reglamentos de Cámara y Senado para prever la participación de los representantes de Regiones, de Provincias autónomas y de Entes Locales en la Comisión parlamentaria para asuntos regionales. Para resolver *ex ante* los conflictos habría que facilitar su arreglo a nivel político, pero siguen faltando los lugares institucionales para favorecer dicha moción conciliadora<sup>45</sup>, dicho encuentro de voluntades, que puede tener un consenso positivo si –y en la medida en que– se rehúyen dos fuerzas, dos cultos, que se rechazan con un movimiento igual y opuesto: el «teleologismo de la uniformidad» y la «libertà dallo Stato»<sup>46</sup>.

Si las posiciones son irreconciliables, entonces se debilita la capacidad de negociación política entre el centro y la periferia<sup>47</sup> y un discurso de mera ingeniería constitucional no es suficiente, sobre todo porque cualquier reforma también puede implementarse por vía legislativa (LEP, LEA y principios fundamentales en ma-

44 A día de hoy, a falta de una Cámara de Regiones, las propuestas presentadas por las autonomías territoriales en la Conferencia Estado/Regiones para cambios en la ley de conversión del d.-l. han sido su única forma de contribuir a la definición de la legislación estatal: G. Di Cosimo, «Le forme di collaborazione al tempo della pandemia», *Le Reg.*, núm. 3, 2021, pp. 545 y ss.

45 La constitucionalización del sistema de Conferencias seguiría siendo insuficiente, en la medida en que establecería de manera definitiva la marginalización de los Consejos regionales. Marginalización que, sin embargo, ya parece evidente durante la emergencia (y quizás así se mantenga incluso en la postpandemia) con el fortalecimiento institucional (también en las Conferencias) de las cumbres de los gobiernos regionales: M. COSULICH, *op. cit.*, pp. 572 y ss.

46 C. Pinelli, «Cinquant'anni di regionalismo fra "libertà dallo Stato" e culto per l'uniformità», *Dir. Pubbl.*, núm. 5, 2020, p. 749.

47 F. Bilancia, *op. cit.*, p. 29.

terias de competencia concurrente) y en todo caso el Estado ya puede asumir las competencias para todas aquellas intervenciones que sean necesarias y que ya están previstas en la Constitución. En todo caso, las solicitudes de uniformidad/autonomía deben (deberían) tener como base común la de compartir un único fin, el de la igualdad sustancial conforme al art. 3, c. 2, Const.

### **Resumen**

*Con la Sentencia núm. 37/2021, la Corte Constitucional italiana declaró de forma tajante que, frente a enfermedades altamente contagiosas y susceptibles de propagarse a nivel global, la competencia del Estado es la única «idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività». El eje de la sentencia gira en torno a la afirmación de la competencia legislativa estatal en la prevención de enfermedades internacionales, y una interpretación extensiva de esta materia. Toda una serie de consecuencias se desarrollan sobre este eje: la ley estatal determina todas las tareas y funciones necesarias y dispone su asignación a los niveles territoriales competentes; la ley estatal determina (también) todos los instrumentos, formas y métodos de su ejecución a través de reservas administrativas que pueden impedir la intervención de la ley regional y reservar, precisamente, para la administración la ejecución de decisiones tomadas por el legislador estatal en tema de pandemia; la ley estatal (nuevamente) determina las formas de conexión —de forma sustancialmente libre— con los demás niveles de gobierno. Todo el sistema motivacional se rige por el axioma mal fundado de que existen «ragioni logiche, prima che giuridiche». Tras reconstruir las relaciones entre el Estado y las autoridades descentralizadas durante la pandemia, determinadas por los distintos decretos ley que se sucedieron, con este ensayo hace una crítica a la argumentación de la sentencia de la Corte Constitucional italiana según la cual la lucha contra la pandemia se atribuyó plenamente a la prevención de enfermedades internacionales.*

### **Palabras clave**

*Pandemia, Corte Constitucional, Regiones.*

### **Abstract**

*With judgment no. 37/2021 the Italian Constitutional Court has stated very clearly that, in the face of highly contagious diseases capable of spreading globally, the central competence of the State is the only one «idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività».*

*The pivot of the sentence revolves around the affirmation of state legislative competence in international prophylaxis, such as to absorb every profile of the discipline. On that pivot a whole series of consequences develops: state law determines all tasks and duties necessary functions and orders their attribution to the competent territorial levels of government; there state law determines all the tools, forms and methods of its implementation, through*

*administrative reserves suitable to prevent the intervention of the law and to reserve the implementation of the choices on the subject to the central administration pandemic; state law determines the forms of liaison with other levels of government, so that it remains free. The entire motivational system it is supported by the unfounded axiom that there are «ragioni logiche prima ancora che giuridiche». After having reconstructed the relations between the State and the decentralized bodies during the pandemic, determined by the various decree-laws that have followed one another, the essay criticizes the motivation of the sentence of the Italian Constitutional Court which led to the contrast of the pandemic to international prophylaxis.*

**Keywords**

*Pandemic, Constitutional Court, Regions.*

Recibido: 14 de mayo de 2022

Aceptado: 2 de junio de 2022

# Artículos

---



# TOMANDO EN SERIO LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN EL ESPACIO CONVENCIONAL EUROPEO<sup>1</sup>

## Taking constitutional identity seriously in the european supranational space

MARÍA J. ROCA  
*Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad  
Complutense (Madrid)*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Semejanzas y diferencias entre la identidad constitucional (TUE) y el margen de apreciación nacional (Jurisprudencia del TEDH).
- III. Identidad constitucional y margen de apreciación: ¿principios informadores o supletorios?
- IV. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el art. 4.2 del TUE garantiza que la Unión respetará la identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros<sup>2</sup>. Este precepto ha dado lugar a una jurisprudencia relevante por

1 Este trabajo, en homenaje al Prof. Giuseppe Ferrari, se ha realizado dentro del proyecto de investigación *Los derechos culturales como elemento de integración de la Unión Europea y de las identidades constitucionales de sus Estados miembros*. REFERENCIA: PR44/21-29918 SANTANDER-UCM PR44/21.

2 A. MANGAS MARTÍN. «Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional», en: S. TORRES BERNÁRDEZ, (coord.) *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Ed. Iprolex, Madrid, 2013, pp. 445-466. Haltern, U. R., «Europäischer Kulturkampf. Zur Wahrung nationaler Identität „im Unions-Vertrag“», *Der Staat*, vol. 37, n. 4, 1998, pp. 591-623. S.-P. HWANG, «Vorrang der Verfassungsidentität als Herausforderung für die Rechtsordnung der Europäischen Union?», *Der Staat*, vol. 56, n. 1, 2017, pp. 107-132. Por lo que se refiere a España: R. BUSTOS GISBERT, «National Constitutional Identity in european constitutionalism: revisiting the

parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados y del Tribunal de Justicia de la Unión<sup>3</sup>. En este trabajo, se trata de examinar si se aplica ese principio de respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros no solo en la Unión Europea, sino también en el Consejo de Europa en el contexto de la aplicación del CEDH<sup>4</sup>.

El concepto «identidad constitucional» será empleado en estas páginas de modo genérico<sup>5</sup>, y, por tanto, como sinónimo de «identidad nacional»<sup>6</sup>. Sobre si estos dos conceptos pueden utilizarse o no como sinónimos<sup>7</sup> se ha pronunciado la

tale of the emperor's new clothes in Spain?», *National constitutional identity and European integration* / coord. por Alejandro Sáiz Arnaiz, Carina Alcoberro Llivina, Intersentia, 2013, pp. 75-91.

3 B. GUASTAFERRO, «Beyond the 'Exceptionalism' of Constitutional Conflicts: The 'Ordinary' Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, vol. 31, n. 1, 2012, pp. 263-318. A. J. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013 (Ejemplar dedicado a: Identidad, derecho y política (coord. por Antonio López Castillo, César Aguado Renedo), pp. 561-580. Roca, M. J., «La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea», en: *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 115-176.

4 P. CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, «Identidad nacional y sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos una dudosa analogía», *Anales de derecho*, n. extra 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Número especial AdD: el TEDH en su sesenta aniversario) <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/452791/294091> [Consulta del 29-9-2022].

5 M. ROSSENFELD, «Constitutional Identity», en M. ROSSENFELD Y A. SAJÓ, (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 756 y ss., ha descrito la identidad constitucional como comprensiva de tres significados distintos: hecho, contenido y contexto. La identidad, tipificada como hecho, no necesita ser expresamente mencionada en el texto constitucional para que exista (como lo prueba la identidad constitucional del Reino Unido); tipificada como contenido, sirve para distinguir los ordenamientos constitucionales según la elección que hayan hecho de sus estructuras constitucionales y equilibrio de poderes; por último, la identidad como contexto coloca estas opciones dentro de un marco más amplio que toma en cuenta factores como la religión y la ideología. G. VAN DER SCHYFF, «EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 76, 2016, pp. 168-169.

6 Estas dos expresiones son empleadas como sinónimas desde el inicio de su tratamiento científico en las Revistas españolas, cfr.: P. BON, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, enero-abril, 2014, pp. 167-188. El propio Tribunal Justicia de la Unión Europea los emplea como sinónimos.

7 G. MARTINICO, «Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura 'con-

doctrina en sentidos diversos<sup>8</sup>. Aquí seguimos el criterio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los emplea indistintamente. Como se recordará, en la versión alemana del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se recoge que la identidad nacional *encuentra su expresión* en sus estructuras políticas y constitucionales<sup>9</sup>. En principio, la «identidad constitucional» en sentido amplio designa «todos los contenidos de la identidad social que están acuñados (o impregnados) por el Derecho constitucional. La identidad colectiva describe la igualdad de las identidades sociales de los miembros de un grupo»<sup>10</sup>.

La identidad constitucional es un concepto jurídico relacional y sirve para integrar dos ordenamientos jurídicos, actuando de «bisagra» de integración: el del Estado

testualizzata' dell'art. 4.2 TUE», *DPCE*, 3, 2020, p. 19, sostiene que no son sinónimas. En el mismo sentido E. CLOOTS, «National Identity, Constitutional Identity and Sovereignty in the EU», *Netherlands Journal of the Legal Philosophy*, 45, 2016, p. 82 [https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP\\_2016\\_045\\_002\\_006.pdf](https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2016/2/NJLP_2016_045_002_006.pdf) [2-II-2022] M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *Revista de Derecho Político*, n. 105, mayo-agosto 2019, p. 323, considera que la identidad constitucional es una categoría derivada de la identidad nacional, siguiendo a P. CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, p. 501.

8 Se posicionan en contra del uso de este concepto G. MARTINICO y O. POLLICINO, «Use and Abuse of a Promising Concept: What Has Happened to National Constitutional Identity?», *Yearbook of European Law*, Vol. 39, 2020, pp. 228-249.

9 P. CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los estados miembros...», cit., p. 504.

10 A. VON BOGDANDY, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?» en *Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002, en: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 62 De Gruyter | 2003, pp. 156 y ss. <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110922806.117/html> [2-II-2022] aquí la p. 157, nota 3: «Verfassungsidentität umfasst hingegen jene Gehalte der sozialen Identität, die durch Verfassungsrecht geprägt sind. Kollektive Identität beschreibt die Gleichgerichtetheit der sozialen Identitäten der Mitglieder einer Gruppe». «La identidad constitucional, por otro lado, engloba aquellos contenidos de identidad social que son moldeados por el derecho constitucional. La identidad colectiva describe la misma dirección de las identidades sociales de los miembros de un grupo». (Versión en castellano del texto citado).

miembro y el de la Unión<sup>11</sup>. En este sentido, se asemeja a otros principios (principio de subsidiariedad<sup>12</sup>, principio de respeto al margen de apreciación nacional<sup>13</sup>, etc.) (...) y tiene como función establecer límites al ejercicio del poder, ofreciendo resistencia a las mutaciones constitucionales<sup>14</sup> que puedan ocasionarse como consecuencia de la primacía del Derecho de la UE. Este fue su origen en las Sentencias Solange I y Solange II<sup>15</sup>. A la vez, cumple también la función de integrar las concepciones constitucionales de los Estados miembros<sup>16</sup>, en el Derecho de la UE<sup>17</sup>.

11 M. J. ROCA, «La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales», en J. GARCÍA ROCA y R. BUSTOS GISBERT, (dirs.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 63-90. La Unión Europea sobre todo a través de la jurisprudencia del TJUE, está elaborando el concepto de «identidad europea», *vid.*: A. GARCÍA ORTIZ, «“De civis europaeus sum”. Una propuesta teórica para la construcción de una identidad constitucional europea», *REDE. Revista española de derecho europeo*, n. 80, pp. 85-124.

12 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos», en J. GARCÍA ROCA y R. BUSTOS GISBERT, (dirs.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 29-62.

13 Sobre este concepto, en el contexto del Consejo de Europa, véase: GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010. M. DÍAZ CREGO, «El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, (ed.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, 2009, pp. 55-77.

14 G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Forster, prólogo y revisión de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. P. BADURA, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII, Heidelberg, 1992, § 160, pp. 63-65. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n. 95, 2018, pp. 525-545.

15 C. ALCOBERRO LLIVINA, *Identity and Diversity in EU Law: Contextualising Article 4(2) TEU*, Tesis doctoral dirigida por Alejandro Sáinz Arnáiz, en la Universidad Pompeu Fabra, 2014, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186481> [2-II-2022], pp. 330-334.

16 Se emplea aquí el concepto de Estado miembro, en el sentido expuesto por P. CRUZ VILLALÓN, «La Constitución del Estado Miembro», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 12, 2016, pp. 26-30.

17 Artículo 2 del TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos

Pues bien, una vez recordado el contenido de la identidad constitucional y su naturaleza (principio relacional, que sirve para la integración de los ordenamientos nacionales en el supranacional y viceversa), nos planteamos ahora si la identidad nacional se ha empleado o puede ser empleada en el futuro ante el TEDH por los mismos Estados que la invocan ante el TJUE. Como es sabido, en el espacio convencional se reconoce a los Estados un margen de apreciación en la aplicación del CEDH, y también se asegura que la jurisdicción del TEDH debe aplicarse atendiendo al principio de subsidiariedad (Protocolo núm. 15 del CEDH o Protocolo de Brighton, en vigor desde el 1 de agosto de 2021), respecto de la jurisdicción de los Estados parte.

Pues bien, si ya el CEDH cuenta con sus propios principios flexibilizadores que sirven de bisagra para la integración, ¿sigue siendo necesario el respeto a la identidad constitucional también en el marco del Consejo de Europa? ¿La identidad nacional se especifica en el margen de apreciación nacional y en el control de constitucionalidad de las decisiones del TEDH (lo que se ha llamado control de convencionalidad inverso, con cierta dosis de humor) o además en otros extremos?

Para intentar responder a estas cuestiones, expondremos las semejanzas y diferencias entre la identidad constitucional (TUE) y el margen de apreciación nacional (Jurisprudencia del TEDH) (ap. 2.), partiendo de las diferencias y las similitudes en el texto así como en el contexto (ap. 2.1.), con particular atención a las fuentes (ap. 2.1.1.), se verá como el declive de la soberanía corre en paralelo con el auge de la identidad constitucional (ap. 2.1.2.). Para terminar exponiendo tanto las diferencias de efectos entre la identidad constitucional y el margen de apreciación (ap. 2.2.) como la medida en la que la identidad constitucional y el margen de apreciación son principios informadores o principios supletorios de interpretación (ap. 3.). Por último, se expondrán unas consideraciones finales (ap. 4.).

## **II. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL (TUE) Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL (JURISPRUDENCIA DEL TEDH)**

### **1. Diferencias y similitudes en el texto y en el contexto**

El contexto en el que se enmarca el respeto de los órganos de la Unión Europea a la identidad constitucional de los Estados miembros, es el del ejercicio de las

los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

competencias<sup>18</sup> (art. 4 del TUE) que le han sido transferidas previamente por los Estados, dirigidas a la integración europea; se trata de moderar, de algún modo, la absoluta primacía del Derecho de la Unión<sup>19</sup>. De ahí se deduce también que el concepto de identidad nacional deba interpretarse de modo unitario; obviamente, no supone que todos los Estados miembros tengan la misma identidad, pero sí que la identidad nacional deberá hacer referencia en todos ellos a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales y a los valores básicos de cada Estado miembro, o como ha expresado Arzo, «el núcleo constitucional resistente a la integración»<sup>20</sup>.

En cambio, la finalidad del Consejo de Europa no es la progresiva integración de los Estados miembros, sino la de ser guardián de los valores democráticos:

«El Consejo de Europa nace tras la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de erigirse como guardián de los valores democráticos en el continente europeo. Hoy continúa desarrollando esa labor y se ha convertido en la máxima autoridad de Europa en esta materia»<sup>21</sup>.

La distinta finalidad de estas dos organizaciones supranacionales europeas debería reflejarse en el ejercicio de las competencias de sus órganos, más concretamente de sus tribunales. Si ya ha sido criticada una actuación demasiado proactiva del TJUE, arrojándose competencias implícitas que los Estados no le han cedido, con mayor dificultad podrá entenderse una actuación proactiva del TEDH, que sirve para garantizar el respeto al CEDH, dentro de una organización que solo ejerce de «guardián de la democracia» en el Consejo de Europa. Sin duda, los derechos reconocidos en el CEDH son elementos esenciales de los valores democráticos, de ahí que sea del todo lógica la búsqueda de estándares mínimos de cada derecho que deban ser garantizados en todos los Estados partes. Pero no tenemos en el Consejo de Europa una obligación de aplicar con primacía el Derecho del Consejo sobre el nacional. Sí hay obligación de acatar las decisiones del TEDH. En la correcta

18 H. SAUER, «Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil: Ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht?», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 8. Oktober 2009, 42. Jahrg, H. 7 (8. Oktober 2009), pp. 195-198.

19 X, ARZO SANTISTEBAN, «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (Comentario a la sentencia del Tribunal constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 58, abril-julio 2016, p. 131.

20 X, ARZO SANTISTEBAN, «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni...», p. 131.

21 <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/HistoriaActividadConsejoEuropa.aspx> [Consulta del 29-IX-2022].

aplicación de su jurisprudencia, varios Estados se han visto obligados a modificar su Constitución por incompatibilidad manifiesta entre la Constitución del Estado y el Convenio. Estos casos no suelen ser (la sentencia del caso del Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía resuelto el 30 de enero de 1998 sí decide acerca de la incompatibilidad directa entre la Constitución y el Convenio) el resultado de un juicio abstracto sobre las normas, sino de la resolución de casos concretos, entre los que cabe citar: la Sentencia *Open Door and Dublin Well Woman* c. Irlanda, de 29 de octubre de 1992, la Sentencia de *Wille* c. Liechtenstein, de 29 de octubre de 1999, en el caso *Victor-Emmanuel* de Saboya c. Italia, no se llegó a declarar la violación del CEDH, la Corte declaró mediante el auto de 24 de abril de 2003, la desaparición del objeto procesal, debido a que la República de Italia había procedido a modificar la Constitución, eliminando las restricciones a los derechos del recurrente<sup>22</sup>. Entre la lista de ejemplos que cabe citar, destacamos el de *Sejdic & Finci* c. Bosnia Herzegovina, resuelto mediante sentencia de la Gran Sala de 22 de diciembre de 2009<sup>23</sup>. La Constitución de Bosnia-Herzegovina, impide presentarse a las elecciones presidenciales y a la segunda cámara parlamentaria, a los ciudadanos que no pertenecen a los llamados «pueblos constituyentes» (bosnios, croatas o serbios). El TEDH declaró la violación del art. 14 del CEDH en conexión con el art. 3 del protocolo 1 y con el artículo 1 del protocolo 12. Por las peculiaridades de este supuesto –se trataba de una cláusula esencial dentro de los acuerdos de paz (o acuerdos de Dayton)– cabría esperar que el Estado demandado por los recurrentes hubiera invocado su identidad constitucional, entendiendo que esa cláusula formaba parte del núcleo de la Constitución de Bosnia-Herzegovina. Sin embargo, no lo hizo. El caso fue resuelto sin mención alguna a esta cláusula.

Hasta donde conocemos, la primera sentencia en la que se toma en consideración expresamente la identidad nacional del Estado demandado, y este concepto es decisivo para decidir el fallo, es la sentencia del TEDH, de 9 de junio de 2022, que resuelve el asunto *Savickis* y otros c. Letonia<sup>24</sup>. El Tribunal admite que la medida persigue

22 J. I. UGARTEMENDÍA, y R. BUSTOS, «El control supraestatal de las normas constitucionales. Apuntes sobre los confines europeos de la identidad constitucional», en J. GARCÍA ROCA y R. BUSTOS GISBERT, (dirs.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, cit., pp. 124-125.

23 S. BARDUTZKY, «The Strasbourg Court on the Dayton Constitution: judgment in the case of *Sejdić and Finci* v. Bosnia and Herzegovina, 22 December 2009», *European Constitutional Law Review*, núm. 6, vol. 2, 2010, pp. 309-333.

24 Los demandantes son personas que, durante la época de la Unión Soviética, fijaron su residencia en Letonia. Una vez que Letonia adquirió la independencia de la URSS, estas personas obtuvieron el estatuto de residentes permanentes, pero no la ciudadanía. El objeto de la controversia es que a

una finalidad legítima: rechazar las consecuencias de la política migratoria practicada durante el «período de ocupación ilegal» del país. La Sentencia aprecia *la relevancia de este fin desde la perspectiva de la salvaguarda de la identidad constitucional de Letonia*. Teniendo en cuenta las particularidades del contexto histórico y que la medida se refiere a la política social y económica, la Sentencia reconoce un amplio margen de apreciación al legislador nacional respecto a la proporcionalidad de la diferencia de trato. En consecuencia, resuelve que la medida no resulta desproporcionada.

Hasta esta decisión, no había una invocación de la identidad constitucional (o de los contra-límites, en terminología italiana<sup>25</sup>) directa y clara por parte de los Estados ante el Tribunal de Estrasburgo. Si se toma la identidad constitucional de un Estado en serio, parece que esta debería ser la misma en el seno de una organización supranacional (Unión Europea) que en la otra (Consejo de Europa). Esta clara diferencia entre cada una de las organizaciones supranacionales europeas, y la ausencia o presencia de la mención expresa de la «identidad constitucional» en las fuentes respectivas de su Derecho, no obsta para que se deban apreciar también ineludibles puntos de encuentro y de recíproca influencia.

En el plano teórico, las ideas expresadas acerca de la identidad constitucional / nacional, resultan de aplicación tanto respecto a las instituciones de la UE como a las del Consejo de Europa. En la medida en que la identidad es constitutiva del sujeto, es indisponible por el propio sujeto (el Estado)<sup>26</sup>, esa indisponibilidad de la pro-

los residentes permanentes no se les tiene en cuenta el tiempo trabajado en otros territorios de la Unión Soviética, a diferencia de lo que sucede con los nacionales letones, al efectuar el cálculo de la pensión de jubilación. Con ello, a juicio de los demandantes, se produce una discriminación. La Gran Sala considera, por 10 votos a 7, que no hay vulneración del Convenio. La Sentencia de 9 de junio de 2022, establece una diferencia con la Sentencia previa en el caso Andrejeva contra Letonia, de 18 de febrero de 2009. Mientras en Andrejeva se enjuiciaba la diferencia de trato entre nacionales y residentes respecto de la vida laboral en Letonia antes de la independencia, en Savickis se pone en cuestión el cómputo del tiempo trabajado en otros territorios de la Unión Soviética, antes de establecerse en Letonia.

25 P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Ed. Franco Angeli, Milano, 2015, especialmente, pp. 72 y ss. F. VECCHIO, *Primacía del Derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2017. I. GARCÍA VITORIA, «La participación de los tribunales constitucionales en el sistema europeo de derechos fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el asunto Taricco)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 67, 2018, pp. 139-164.

26 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n. 96, 2019, p. 428.

pia identidad, se aplica tanto respecto a la UE como al Consejo de Europa. Así «la identidad (...) es la versión concreta de la intersubjetividad, condición trascendental de toda subjetividad»<sup>27</sup>. «La identidad, toda identidad, supone una diferencia frente a los otros, pero, además, la identidad se da en relación con los otros»<sup>28</sup>. Por tanto, la identidad no es siempre y necesariamente un obstáculo a la integración: donde hay comunidad de prácticas y sentimientos (Puchta), hay factores de integración<sup>29</sup>.

«La identidad constitucional puede concebirse de dos maneras que cabe vincular a dos categorías reiteradamente popularizadas por Habermas (...) y que expresan dos diferentes y opuestas concepciones de la fundamentación de la cosa pública: el *demos* y el *ethnos*»<sup>30</sup>.

«De acuerdo con el *ethnos*, la identidad se refiere a la realidad prepolítica de un cuerpo social determinado, de su historia, de su composición y estructura, sus sentimientos y sus símbolos. Es decir, (...) esta realidad no depende de una decisión constituyente ideal, sino que hace posible tal decisión, es lo que la Constitución, como orden verdaderamente concreto, tiene que reflejar y da sentido a sus declaraciones dogmáticas y estabilidad a las instituciones reguladas en su parte orgánica»<sup>31</sup>.

De acuerdo con

«el *demos*, la identidad constitucional consiste en una serie de valores éticos y de las instituciones de democracia procedimental que se corresponden con ellos» (...) «son las prácticas constitucionales comunes a los Estados europeos, a que se refieren los textos del Derecho de la Unión que precisamente por ser comunes pierden su capacidad identificadora»<sup>32</sup>. «Se trata de un orden puramente normativo, un “deber ser” determinado

27 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 427.

28 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 427.

29 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 427.

30 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 432.

31 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 433.

32 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 432.

por valores universales o, al menos con pretensiones de universalización que, por ello mismo, no es un orden concreto singular e identificador»<sup>33</sup>.

Toda esta concepción teórica de la identidad constitucional que acaba cristalizando en que ésta «es (...) una garantía no frente a la destrucción de la Constitución, sino frente a la mutación radical del Estado por vaciamiento competencial»<sup>34</sup>, es común en nuestra opinión tanto al ámbito de la UE como del Consejo de Europa.

Sin embargo, los ámbitos a los que puede dirigirse la cláusula de identidad constitucional son distintos: en un caso (Unión Europea), sería «límite» a la integración europea, para evitar que se produzca un vaciamiento competencial del Estado, y a la vez «bisagra», en la medida en que la última interpretación de la identidad constitucional, en la aplicación del Derecho de la UE, la tiene el TJUE; en otro caso (Consejo de Europa), la invocación de la identidad constitucional tendría por objeto «limitar» que el estándar de garantías del principio democrático en Europa, lesione elementos (instituciones o valores) que se consideran identificadores de un Estado<sup>35</sup>, y a la vez también servir de «bisagra», puesto que la identidad constitucional no puede ir en contra del principio democrático. En el ámbito de la Unión Europea, entre los elementos institucionales de la identidad constitucional de un Estado, se han invocado el carácter de República; entre los valores<sup>36</sup>, Francia<sup>37</sup> ha invocado su

33 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 432.

34 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad»..., p. 431.

35 P. HÄBERLE, «Aspectos constitucionales de la identidad cultural», *Derechos y Libertades*, n. 14, enero 2006, pp. 99-102.

36 Han estudiado las consecuencias que la integración europea tendría progresivamente en las instituciones con más tradición histórica en la regulación del fenómeno religioso en Alemania, y en qué medida se podría ver afectada su identidad constitucional, C. WALTER, «Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung: Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel des Staatskirchenrechts», en W. KLUTH. (Hrsg.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007, pp. 65-84 y S. VON ZANTHIER, «Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität als gemeinschaftsrechtliche Pflicht – exemplarisch beleuchtet am Beispiel des Staatskirchenrechts Kommentar aus der Sicht der Praxis», en W. KLUTH, (ed.), *op. cit.*, pp. 85-96.

37 M. J. ROCA, «La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea»..., p. 140, y la bibliografía citada en la nota 95.

carácter de Estado laico, mientras que Hungría ha modificado su Constitución<sup>38</sup>, para que el cristianismo figure como parte de su identidad constitucional.

Que las estructuras fundamentales constitucionales de «cada» Estado sean «el núcleo de garantía de la identidad constitucional, singularmente considerada»<sup>39</sup>, no equivale a identidades «exclusivas» e «irrepetibles». Así, en la sentencia del caso Sayn-Wittgenstein<sup>40</sup>, Austria tuvo ocasión de poner de manifiesto que el carácter de República forma parte de la identidad constitucional de este Estado<sup>41</sup>. Parece innecesario afirmar que lo mismo consideran Italia, Francia, Alemania y otros muchos Estados miembros, se incluya o no la República como contenido de una cláusula de eternidad.

Una vez hecha esta distinción, que nos parece necesaria en orden a determinar el posible alcance de la identidad constitucional en la aplicación del CEDH, resulta necesario tener presente que la Unión Europea y el Consejo de Europa (y sus respectivos tribunales) no pueden vivir de espaldas, ignorándose mutuamente. Aunque la UE no haya firmado el CEDH<sup>42</sup>, sin embargo, en sus fuentes consta que los derechos de la Carta, serán interpretados conforme al CEDH<sup>43</sup>, luego hay vías de «fertilización cruzada».

38 M. J. ROCA, «La identidad constitucional de los Estados miembros y la integración europea»..., pp. 136-137; p. 140-141, en 2018 se aprobó una reforma del texto constitucional que introduce en el art. R. 4, una cláusula que obliga a todos los órganos del Estado a proteger la identidad constitucional y la cultura cristiana de Hungría. G. F. FERRARI, «The controversial definition of Hungarian identity: from the Preamble to the role of the new Constitutional Court» en Z. SZENTE; F. MANDAK y Z. FEJES, *Challenges and pitfalls in the recent Hungarian Constitutional development, discussing the New Fundamental Law of Hungary*, L'Harmattan, Paris, 2015, pp. 45-49.

39 P. CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los estados miembros...», p. 506.

40 Sentencia Sayn-Wittgenstein (C-208/09), de 22 de diciembre de 2010.

41 G. LIENBACHER y M. LUKAN, «Constitutional Identity in Austria: Basic principles and Identity beyond the abolition of the Nobility», en C. CALLIES y G. VON DER SCHYFF, (eds.) *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, pp. 41-58.

42 Para un estudio que reflexiona sobre las consecuencias de la no adhesión por parte de la UE al CEDH, y toma en consideración la posibilidad de retomar la adhesión, véase, M. HERNÁNDEZ RAMOS, M., «El fortalecimiento de la Europa de los Derechos mediante la adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio», en J. GARCÍA ROCA J y R. BUSTOS GISBERT, (dirs.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, (en prensa).

43 Art. 52, 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y

### 1.1. Referencias en las fuentes jurisprudenciales

El Tribunal Constitucional Federal alemán, que quizá es el órgano que con más frecuencia y exigencia ha invocado su identidad constitucional frente a las decisiones del TJUE –aunque también hay otros como el italiano, el austríaco, o los de Dinamarca, Letonia, Hungría, Eslovaquia y Bulgaria– no ha invocado expresamente esta cláusula con respecto a las sentencias del TEDH. Esto no significa que la doctrina del margen de apreciación nacional, en la jurisprudencia del TEDH y, posteriormente, en el Protocolo XVI y en la Declaración de Copenhague, unido al principio de subsidiariedad, les haya parecido suficiente a estos Estados (al menos, a Alemania).

Por el contrario, el Tribunal Constitucional Alemán ha manifestado desacuerdos con el TEDH, al menos en los ámbitos que siguen:

1.º En la extensión del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal cedió primero e incorporó a su doctrina que la relevancia de lo publicado para el debate público es un criterio que restringe la libertad de expresión. Posteriormente, la doctrina del TEDH acabó incorporando el criterio del TC alemán, que restringía drásticamente el derecho a la intimidad y a la propia imagen de las «personas públicas en sentido absoluto de la historia contemporánea»<sup>44</sup>.

alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

Art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros. Sobre el tema, *vid.*: A. M. CARMONA CONTRERAS, «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales», *Revista española de derecho constitucional*, n. 107, 2016, pp. 13-40. A. M. CARMONA CONTRERAS, «La aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional: Orgullo y prejuicio», *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXVI Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2021, pp. 73-114. En la bibliografía alemana, H. KRÄMER, «Art. 53», en K. STERN y M. SACHS (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta Kommentar*, C.H. BECK, München, 2016, pp. 830-838. D. JARASS HANS, «Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar Art. 53», 4. Aufl., C. H. BECK, München, 2021, pp. 539-549.

<sup>44</sup> Nos hemos ocupado de este tema en M. J. ROCA, «Régimen jurídico del derecho a la libertad de expresión en la República Federal de Alemania», en P. TENORIO, (coord.), *La libertad de*

2.º En ámbito del Derecho penal. Hay dos supuestos objeto de diálogo entre ambos Tribunales: el régimen jurídico de la detención preventiva<sup>45</sup> y la provocación de un crimen por un agente encubierto<sup>46</sup>.

En estos ámbitos se han unificado los criterios: la jurisprudencia del TC federal alemán y la del Tribunal de Estrasburgo siguen ahora la misma doctrina en cuanto a la extensión y límites de la libertad de expresión, y el ordenamiento jurídico alemán ha modificado el régimen jurídico de la detención preventiva y de la punibilidad de crímenes cometidos por la provocación de un agente encubierto.

3.º Sin embargo, hay un supuesto paradigmático (el caso *Görgülü*, relativo a la vida privada y familiar<sup>47</sup>), en el que el Tribunal de Karlsruhe declaró inicialmente con firmeza que la decisión de Estrasburgo era contraria a la Ley Fundamental, y consideró que no puede aplicarse en Alemania. Pero este caso provocó que el Tribunal Constitucional Federal Alemán abriera una nueva vía para recoger la jurisprudencia del TEDH. Como es sabido, el CEDH tiene en Alemania rango de ley ordinaria, por eso no se podía revisar un fallo del TC federal invocando ante esta jurisdicción la «violación del Convenio Europeo». Pero entonces, el TC federal abrió esa posibilidad, si se presenta un recurso en el que se invoque la «violación del Estado de Derecho», que sí tiene rango constitucional en Alemania. En su última sentencia sobre el caso *Görgülü*<sup>48</sup>, el TC consideró que la inobservancia de la ley ordinaria (el CEDH) por la jurisdicción ordinaria suponía una infracción del principio constitucional del Estado de Derecho.

Sólo hay vulneración de la Ley Fundamental alemana cuando la jurisdicción ordinaria ignora por completo la aplicabilidad del CEDH o una sentencia del TEDH

*expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 215-244.

45 D. BURCHARDT, «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zugleich Besprechung des Beschlusses 2 BvR 2735/14 des BVerfG vom 15.12.2015 (“Solange III”/“Europäischer Haftbefehl II”», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 76, 2016, pp. 527-551.

46 M.-C., FUCHS, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión», 2020, pp. 189-217 en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/9.pdf> [Consulta del 29-IX-2022].

47 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió, mediante la Sentencia de 26 de febrero de 2004 en favor de *Görgülü*, declarando que la sentencia del tribunal superior de Naumburg, de 20 de junio de 2001, lesionaba el Art. 8 del CEDH.

48 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004, - 2 BvR 1481/04 -, Rn. 1-73, [http://www.bverfg.de/e/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104.html).

en un caso concreto, al realizar el juicio de proporcionalidad; en esos casos hay lesión del principio del Estado de Derecho. En cambio, el juez ordinario no tiene la obligación absoluta de seguir los criterios de la jurisprudencia del Estrasburgo, cuando ésta contradice la Ley Fundamental y la jurisprudencia constitucional<sup>49</sup>.

Obsérvese, que Alemania no invocó la lesión de su «identidad constitucional», sino la violación de la Constitución. Como se ha visto, el TC federal encontró la vía (creando un recurso nuevo) para ejecutar la STEDH contraria a su Constitución. Esto parece probar que es más fácil hacer permeable la jurisprudencia de Estrasburgo dentro del Derecho nacional a través de la «Constitución» directamente, antes que si se invoca la «identidad constitucional».

4.º Por último, hay otro supuesto (el derecho de huelga de los funcionarios) en que la jurisprudencia alemana y la de Estrasburgo difieren<sup>50</sup>, y que podría tener que ver con la identidad constitucional. En Alemania, los funcionarios no tienen derecho de huelga, porque atendiendo a sus tradiciones constitucionales, se les exige una especial lealtad al Estado. Siempre se ha interpretado esta restricción del derecho de huelga (o si se prefiere esta concepción de la obligación de lealtad al Estado por parte de los funcionarios) como una exigencia constitucional derivada del art. 33.5 de la Ley Fundamental.

La última sentencia del TC federal al respecto (de 12 de junio de 2018)<sup>51</sup> contradice la jurisprudencia del TEDH (numerosas sentencias contra Turquía). El TC federal, en esta sentencia, manteniendo el criterio de que los funcionarios públicos no tienen derecho de huelga, se opone al criterio sostenido en el fallo del Tribunal Administrativo federal (Sentencia de 7 de marzo de 2014), que les había reconocido ese derecho a unas profesoras funcionarias, al observar la contradicción de la jurisprudencia alemana con la de Estrasburgo.

Nos encontramos, por tanto, con un supuesto en que el Tribunal Administrativo federal siguió los criterios de la jurisprudencia del TEDH. Si no lo hubiera hecho, podría haber sido demandado por no ajustarse al principio del Estado de Derecho.

49 M.-C. FUCHS, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión», 2020, pp. 199-200 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/9.pdf> [Consulta del 29-IX-2022].

50 A. NUSSBERGER, «Zu viel Europa? Europäische Gerichte in der Kritik», *Aus Politik und Zeitgeschichte*, <https://www.bpb.de/apuz/255611/zu-viel-europa-europaeische-gerichte-in-der-kritik>.

51 L. HERING, «Beamtenstreik zwischen Karlsruhe und Straßburg: Art. 11 EMRK und die konventionskonforme Auslegung durch das BVerfG. Anmerkungen und Überlegungen zu BVerfG, Urt. V. 12.6.2018, Az. 2BvR 1738/12», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 79, 2019, pp. 241-271.

Ya que la jurisdicción ordinaria, —a tenor de lo declarado en la sentencia del TC federal alemán en el caso *Görgülü*—, tiene el deber de aplicar el CEDH como una ley ordinaria, según la interpretación que haga del Convenio el TEDH. Pero actuando así, ha contravenido la interpretación del TC sobre el art. 33 de la Ley Fundamental. En este caso, ha prevalecido la interpretación del art. 33 que hace el TEDH. Hasta ahora, Alemania no ha sido demandada por violación del art. 11 CEDH en estos supuestos, como sí lo ha sido Turquía. Alemania, de momento, no ha considerado que la vinculación del Estado a la jurisprudencia en la que no ha sido parte le obligue a cambiar su interpretación de la Ley Fundamental.

Dentro de este trabajo, lo que merece destacarse es que no se ha invocado la identidad constitucional ni en el caso *Görgülü*, ni en el caso de las profesoras escolares funcionarias que se declararon en huelga. En ambos casos, se invoca directamente la Constitución.

A mi parecer, la decisión del TC federal de no invocar la identidad constitucional en estos casos, sino apelar directamente al texto de la Constitución es acertada. Como se ha resumido brevemente *supra*, otros supuestos de tensión (libertad de expresión, prisión preventiva, crimen provocado por agente encubierto) se han resuelto finalmente, unificando criterios con Estrasburgo. Una apelación a la identidad constitucional, habría dificultado enormemente el cambio en la legislación ordinaria y/o el cambio de criterio de interpretación de la Constitución por parte del TC. Mientras el TC considere que la interpretación correcta del art. 33.5 de la LF debe hacerse de acuerdo con la tradición constitucional que exige un alto nivel de lealtad a los funcionarios, siempre podrá considerar en un fallo posterior, que en los momentos actuales no se puede seguir interpretando la institución del funcionariado público en los mismos términos que tenía en su origen histórico. En cambio, si considerase que forma parte de su identidad constitucional ese grado de lealtad de los funcionarios, sería mucho más difícil cambiar el criterio interpretativo. Habrá que esperar a que Alemania sea parte demandada en Estrasburgo, por un supuesto de huelga funcional, para comprobar si esa evolución de la jurisprudencia constitucional se produce efectivamente.

Cuanto se ha dicho en este apartado, no significa que se reste valor a las resistencias manifestadas por el TC federal alemán. En la sentencia *Görgülü*, el TCF alemán afirmó que la soberanía de Alemania prevalece sobre el Derecho internacional público, y particularmente sobre el TEDH y su jurisprudencia<sup>52</sup> ya que su criterio ha ejercido una influencia no desdeñable en otras Cortes constitucionales europeas.

52 H. KELLER y R. WALTHER, «The Bell of Görgülü can not be unrung can it?», *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2019, p. 84.

## 1.2. El declive de la soberanía y el auge de la identidad constitucional/nacional

Como ha escrito con agudeza Weiler<sup>53</sup>, movilizarse para proteger la soberanía es algo del pasado, pero reclamar la identidad nacional a través de la identidad constitucional, está de moda. Por su parte, Herrero de Miñón, sostiene que «en función de la identidad es como se entiende la soberanía»<sup>54</sup>. En nuestra opinión, identidad constitucional y soberanía no deberían confundirse ni identificarse, aunque tengan cierta relación entre sí. Que Austria sea una República (y no una Monarquía) es consecuencia del ejercicio de su soberanía. Ahora bien, que el TJUE haya reconocido que la abolición de los títulos de nobleza (y la consiguiente prohibición de inscribirlos en los registros civiles) forma parte de la identidad constitucional de Austria, no significa que si el TJUE hubiera decidido lo contrario, Austria habría dejado de ser un Estado soberano.

Como recuerda García Roca, la Constitución es un sistema de normas, pero también un orden de valores<sup>55</sup>; asimismo, una de las funciones de toda Constitución es la integración<sup>56</sup>, que consiste en formar y mantener la unidad entre el Estado y la sociedad<sup>57</sup>. La identidad de la Constitución, por tanto, no podrá interpretarse como un principio que impida la integración o la unidad entre el Estado y la sociedad, puesto que la identidad constitucional no debería ir en contra de una de las funciones esenciales de toda Constitución: ser un factor de integración.

En mi opinión, debería darse un diálogo entre el TJUE y el TEDH<sup>58</sup> en un doble sentido. En un primer sentido ya se da: es el TJUE, el que sigue las pautas del TEDH,

53 J.H.H. WEILER, «A Constitution for Europe? Some Hard Choices», *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, vol.4, Oxford, 2002, p. 569.

54 M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad...», p. 429.

55 J. GARCÍA ROCA, «La recepción constitucional de la idea de ordenamiento jurídico y su impacto en las fuentes del Derecho», en M. J. ROCA, (coord.). *El centenario del Ordenamiento jurídico*, ed. Dykinson, Madrid, 2021, apartado 5.

56 P. BADURA, «Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre», *Der Staat*, vol. 16, 1977, p. 308.

57 S. KORIOOTH, «Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht, Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts», *Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 62, 2003, p. 126.

58 R. BUSTOS GISBERT, «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, (dirs.), *Integración europea a través de*

al reconocer el creciente margen estatal de apreciación de lo que supone en cada caso la identidad nacional<sup>59</sup>; ahora bien, quizá también convendría que empezase a darse en otro sentido: que el TEDH considere en su jurisprudencia no solo el margen de apreciación nacional sino también la identidad constitucional de los Estados parte del CEDH.

Hasta ahora, la doctrina (por ejemplo, Rafael Bustos Gisbert<sup>60</sup> y Luis López Guerra<sup>61</sup>) ha visto en algunas decisiones (como la Sentencia *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, de 29 de octubre de 1992 o la Sentencia de *Wille c. Liechtenstein*, de 29 de octubre de 1999<sup>62</sup>, e incluso la Sentencia de la Gran Sala en el caso *Lautsi c. Italia*, de 18 de marzo del 2011<sup>63</sup>) una deferencia del TEDH hacia la identidad constitucional de los Estados, pero no hay una invocación directa de su identidad por parte de los Estados, ni un reconocimiento expreso por parte del TEDH; hay solo una invocación de la Constitución del Estado, que es especialmente relevante cuando (como ocurre en el ya mencionado caso *Görgülü*) se invoca en el momento de la ejecución de la sentencia del TEDH. A mi parecer, esa invocación drástica de la Constitución nacional, hasta el punto de que impide la ejecución, nunca debería llegar al extremo de pretender someter a la aplicación de las STEDH a una especie de *exequatur*<sup>64</sup>. Por el contrario, «la subsidiariedad conlleva un principio de lealtad con el Convenio»<sup>65</sup>.

*derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147-168. R. BUSTOS GISBERT, «La noción de diálogo judicial en el espacio jurídico europeo El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales», en D. GONZÁLEZ HERRERA y J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, (dirs.), 2019, pp. 45-68.

59 B. GUASTAFERRO, «Beyond the ‘Exceptionalism’ of Constitutional Conflicts: The ‘Ordinary’ Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law*, vol. 31, n. 1, 2012, pp. 263-318. M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, «El valor constitucional de identidad...», p. 434.

60 R. BUSTOS GISBERT, «El control de convencionalidad de las normas constitucionales: una aproximación empírica», en C. MORTE GÓMEZ, (ed.), *Human Rights in a Global World. Essays in honour of Luis López Guerra*, WLP, Oisterwijk, 2018.

61 L. LÓPEZ GUERRA, «National identity and the European Convention on Human Rights», en A. SAIZ ARNAIZ y C. ALCOBERRO LLIVINA, C, (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Ed. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 305-321.

62 *Vid. supra* ap. 2. 1.

63 A. BARRERO ORTEGA, «El caso Lautsi: la cara y la cruz», *Revista española de derecho constitucional*, XXXII, n. 94, 2012, pp. 379-409. G. PUPPINCK, «El caso Lautsi contra Italia», *Ius Canonicum*, vol. 52, 2012, pp. 685-734.

64 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos», cit., p. 35.

65 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como respon-

Resulta opinión común que la identidad del Estado en el contexto de la UE se concreta en funciones o valores esenciales para un Estado. A ello hay que añadir, que los asuntos triviales no afectan a la dimensión subjetiva del CEDH<sup>66</sup>. Por tanto, con mayor motivo deberá sostenerse que los asuntos triviales no podrán invocarse como contenido de la identidad constitucional, en el contexto de la interpretación del CEDH y de la aplicación de las sentencias del TEDH.

García Roca sostiene que

«la eficacia de “cosa interpretada” de las sentencias del TEDH y la vinculación de los Estados parte a los precedentes, así como la obligación de asegurarse de su leal cumplimiento, no obsta a que su implementación a menudo permita distintos desarrollos o matices que pueden formular las autoridades nacionales tanto en la fase ascendente como en la descendente. También la cosa interpretada puede producirse a instancias y bajo el estímulo de una propuesta interpretativa nacional»<sup>67</sup>.

Pues bien, es ahí en los distintos desarrollos o matices que permite la eficacia de la cosa interpretada, donde el principio de respeto a la identidad constitucional está llamado a jugar un papel importante, en los supuestos especialmente conflictivos o de especial significado para un Estado.

## 2. Diferencias de efectos entre la identidad constitucional y el margen de apreciación

El reconocimiento de un margen de apreciación nacional equivale a atribuir al Estado un ámbito de discrecionalidad dentro del cual éste no tiene que invocar ningún principio, cláusula o justificación de la decisión que adopte; siempre y cuando, obviamente, no lesione los estándares mínimos de los derechos garantizados en el Convenio.

Aun cuando «la llamada al margen de apreciación nacional es frecuentemente un uso retórico, porque no se advierte que efectos directos o expresos produce en el razonamiento»<sup>68</sup> y

sabilidades de los Estados...» cit., p. 34, además se añade: el sistema del CEDH está basado en la confianza en los Estados (no así en el sistema interamericano).

66 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados...» cit., p. 37.

67 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados...» cit., p. 35.

68 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados...», cit., p. 73.

pueda por ello hablarse de un uso estructural del margen y de otro uso sustantivo<sup>69</sup>, el margen de apreciación no es equivalente a la identidad nacional.

La identidad nacional tiene un contenido difuso, pero que se identifica en todo caso con las estructuras fundamentales del Estado y los valores fundamentales que integran la sociedad en la cual está vigente una Constitución. De ahí que, el margen de apreciación nacional pueda invocarse en mayor número de supuestos que la identidad nacional.

La identidad constitucional en el contexto de la aplicación del Convenio, habida cuenta de que el Derecho del Consejo de Europa no goza de la primacía del Derecho de la UE, sólo debería poder invocarse en el momento de la ejecución de la sentencia, al determinar el alcance del efecto de cosa interpretada, y en supuestos en los resulten afectados no cualquier precepto constitucional del Estado miembro, sino sus estructuras fundamentales y los valores básicos que unifican o integran su sociedad.

### **III. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL Y MARGEN DE APRECIACIÓN: ¿PRINCIPIOS INFORMADORES O SUPLETORIOS?**

El alcance concreto que deba darse al respeto a la identidad constitucional y al margen de apreciación nacional depende de la función de estos principios. ¿Son principios informadores del Derecho de la UE y/o del Consejo de Europa o son principios interpretativos de carácter supletorio? La identidad constitucional en el Derecho de la UE es un principio informador, porque los Estados son los «señores de los Tratados», y hay transferencia de competencias inherentes a la soberanía; en cambio, en el Consejo de Europa, la identidad constitucional sería un principio interpretativo supletorio, sobre todo aplicable en el momento de la aplicación de la sentencia del TEDH (ver *supra*). En cambio, el margen de apreciación nacional es un principio informador en el ámbito convencional: con el Protocolo XV se ha querido «blindar» frente a cualquier retroceso vía interpretación jurisprudencial.

### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

La aspiración a la máxima extensión posible de los efectos de las sentencias del TEDH, manifiesta de algún modo la universalidad de los derechos humanos, de ahí que se entienda el intento de limitar al máximo eventuales excepciones a la aplica-

69 J. GARCÍA ROCA, «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados...», cit., p. 74.

ción del Convenio en toda su extensión (incluido el efecto de cosa interpretada). Pero a la vez, el carácter histórico y particular (ligados a la cultura y a la idiosincrasia de cada pueblo) en el desarrollo y la evolución de los derechos fundamentales obliga a admitir principios flexibilizadores como el margen de apreciación o el respeto a la identidad constitucional en la aplicación del CEDH.

En mi opinión, la jurisprudencia, en diálogo con la doctrina, debe ir elaborando los criterios de aplicación de estos dos principios, sobre la base de su contenido y función, de modo que su invocación por parte de los Estados dé lugar a resultados previsibles en las sentencias del TEDH (al menos en lo que se refiere a su ejecución), en aras de la seguridad jurídica. Ciertamente, la seguridad jurídica y la previsibilidad de las sentencias sería aún mayor, si no hubiera criterio atenuador alguno. Pero el intento de suprimir cualquier margen o principio de acomodación, pondría en riesgo la capacidad de integración de organizaciones supranacionales en las que hay diversidad entre sus miembros.

### **Resumen**

*Partiendo del concepto de identidad constitucional que es empleado por las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea y por el Tribunal de Justicia de la Unión, este trabajo estudia si en el contexto del Consejo de Europa se invoca también o si el reconocimiento del margen de apreciación nacional de los Estados por parte del TEDH cumple la función de principio integrador que el principio del respeto a la identidad nacional tiene en la Unión Europea.*

### **Palabras clave**

*Identidad nacional; identidad constitucional; margen de apreciación; soberanía.*

### **Abstract**

*Starting from the concept of constitutional identity that is used by the constitutional jurisdictions of the Member States of the European Union and by the EU Court of Justice, this paper studies whether in the context of the Council of Europe is also invoked or if the recognition of the national discretion of the States by the ECtHR fulfills the function of integrating that the principle of respect for national identity has in the European Union.*

### **Keywords**

*National identity; Constitutional identity; Margin of Appreciation; Sovereignty.*

Recibido: 3 de octubre de 2022  
Aceptado: 18 de octubre de 2022

# REFERÉNDUM Y MEDIOS SOCIALES EN EL CASO DEL BREXIT<sup>1\*</sup>

## Referendum and social media in the case of Brexit

GRETA MASSA GALLERANO

*Università della Calabria*

*«Nadie en este país ha creído nunca que la inclusión en la UE sea necesaria para garantizar la democracia. La soberanía, para un inglés, significa exclusivamente la soberanía de la Cámara de los Comunes. Y, por tanto, para un inglés cualquier capacidad de decisión que emigre a Bruselas se aleja del control democrático».*

(Dahrendorf, R., 1996, 86).

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El referéndum en el sistema de fuentes constitucional británico.
- III. El referéndum del Brexit y la «tensión» entre democracia directa y representativa.
- IV. Populismo, redes sociales y democracia pluralista.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende analizar el uso de la institución del referéndum para la toma de decisiones constitucionales en un sistema de democracia pluralista. En particular, el vínculo establecido en la última década entre este instrumento y el creciente uso de las redes sociales.

En los últimos años, hemos sido testigos del uso del referendo para resolver cuestiones referentes a principios constitucionales sobre los que, dentro de las democracias pluralistas, existe un amplio consenso derivado tanto de la aprobación de las cartas constitucionales como de una cultura democrática históricamente arraigada<sup>2</sup>.

\* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro (Universidad de Granada).

1 Esta publicación forma parte del proyecto de I+D+i PID2019-106118GB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

2 Baste recordar el referéndum de 2017 sobre la independencia de Cataluña o, de nuevo, el

Como señala la doctrina:

«el constitucionalismo de las constituciones normativas se basa en la idea de la democracia pluralista, la apertura permanente del sistema, la reversibilidad de las opciones de gobierno y la diferenciación inequívoca entre el nivel de gobierno, en el que prevalece el principio de la mayoría, y el nivel constitucional a través del cual se controla política y jurídicamente a la mayoría gobernante y se garantizan los derechos de las minorías y la democracia pluralista»<sup>3</sup>.

La arquitectura constitucional, como es sabido, limita la democracia directa a través de las instituciones representativas. Estas instituciones actúan como un filtro en el proceso de deliberación en el que el voto es el resultado final de un debate ponderado de las diferentes posiciones en el terreno político. En sentido contrario, y en relación con los riesgos de un uso distorsionado de este instrumento de democracia directa, como indica Max Weber, «lo que precisamente el referéndum ignora es el compromiso, en el que se basa inevitablemente la mayoría de todas las leyes en cualquier estado de masas con fuertes contrastes regionales, sociales, confesionales y de otro tipo»<sup>4</sup>.

Un caso reciente y emblemático lo encontramos en el referéndum para la salida del Reino Unido de la Unión Europea, el llamado Brexit. Una decisión tomada mediante referéndum que socava los cimientos de la democracia pluralista y que tendrá efectos duraderos de magnitud exorbitante. En particular, el referéndum del Brexit plantea un problema relativo a la coordinación de los mecanismos de democracia directa en los sistemas basados en la democracia pluralista<sup>5</sup>.

Al desarrollo de este escenario ha contribuido la difusión de una imagen negativa de la Unión Europea tras la larga crisis económica y financiera, así como el avance de los partidos nacionalistas que fomentan el fenómeno del populismo al considerar la democracia como una mera regla de la mayoría, y que han hecho del referéndum su mantra (¡referéndum siempre y en todo caso!)<sup>6</sup>.

referéndum griego de 2015 sobre la aprobación del plan propuesto por los acreedores internacionales para solucionar la crisis económica del país.

3 F. BALAGUER CALLEJÓN, «Algunas lecciones del Brexit para el derecho constitucional europeo. Referéndum y redes sociales frente a la democracia pluralista», en G. D'IGNAZIO, G. MOSCHELLA (eds.), *Constitución, Derechos, Europa. Jornadas en honor a Silvio Gambino*, Editoriale Scientifica, 2019.

4 M. WEBER, *Economía y sociedad*, II, Milán, Comunidad, 1968, pp. 751 y ss.

5 Sobre las consecuencias constitucionales del Brexit, véase C. FASONE, C. MARTINELLI (eds.), «Le conseguenze costituzionali della Brexit», *federalismi.it*, Fascicolo n.10/2022.

6 Sobre la relación entre referéndum y populismo, véase G. MARTINICO, *Il Diritto costi-*

A esto hay que añadir necesariamente la acción de la prensa y las redes sociales antieuropeas, así como la propaganda producida por ellas tanto sobre el referéndum del Brexit como sobre determinados procesos electorales europeos y no europeos. La parte central de este análisis se dedicará a estos últimos aspectos.

## II. EL REFERÉNDUM EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL BRITÁNICO

Antes de desarrollar el análisis relativo al referéndum del Brexit (y su conexión con las redes sociales), es obligado definir el instrumento del referéndum dentro del sistema de fuentes constitucional británico.

Este instrumento de democracia directa, como veremos, se encuentra en una posición muy particular, ya que en este sistema no existe un documento único llamado Constitución (formal, escrito y rígido), sino un conjunto de leyes que a lo largo de los años han codificado ciertos *underlying principles*, y dado que la naturaleza de las fuentes constitucionales sólo ha sido parcialmente positivizada<sup>7</sup>.

El constitucionalismo británico, de hecho, ha sido definido por la doctrina autorizada como *Political Constitution*<sup>8</sup>, es decir, como un fenómeno empírico y evolutivo configurado por la sucesión de acontecimientos históricos y que, por tanto, se erige como algo desarticulado en relación a la esfera política, por lo que no puede sustraer ámbitos de competencia a esta última.

En consecuencia, aunque «sería erróneo pensar en una ausencia total de disciplina en relación con el referéndum en el Reino Unido»<sup>9</sup>, no existe una legislación

*tuzionale come speranza. Secesión, democracia y populismo a la luz del Referencial Re Secesión de Quebec*, Giappichelli, Turín, 2019.

7 G. MARTINICO, «Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico», *Diritto Pubblico*, número 2, mayo-agosto de 2017, p. 435. A este respecto, el autor se remite a V. BOGDANOR, *The People and the Party System: The Referendum and Electoral Reform in British Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, pp. 75 y ss. Sobre las fuentes en los sistemas de *common law*, véase A. PIZZORUSSO, «La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo», *Il Foro Italiano*, Vol. 130, N.º 2, 2007, pp. 33-44.

8 J. A. G. GRIFFITH, «The Political Constitution», *The Modern Law Review*, n.º 1/1979. R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007.

9 G. MARTINICO, *cit.*, p. 450. A este respecto, el autor se refiere a la importante contribución realizada por el informe sobre el referéndum elaborado por el *Select Committee on the Constitution della House of Lords*. Cfr., *House of Lords. Select Committee on the Constitution 12th Report of Session 2009-10, Referendums in the United Kingdom. Report with Evidence*, 2010, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf>.

«constitucional» que establezca las normas para la celebración de un referéndum y esto, como veremos, ha hecho que las decisiones sobre la celebración de referendums hayan sido hasta ahora discrecionales. No hay más que pensar en los temas que se han sometido a referéndum a lo largo de los años, en la redacción de la pregunta, en los límites que se pueden poner al propio referéndum, en los criterios de participación o en el enorme poder en manos del gobierno en este ámbito. Este último, de hecho, «propone el referéndum, y es poco probable que decida celebrar un referéndum si no cree que puede ganarlo<sup>10</sup>», a pesar de que existan, como la relativa al gobierno de David Cameron en relación con el Brexit, y pese a la necesidad de una ley *ad hoc* del Parlamento de Westminster para convocar la consulta popular.

Por lo tanto, cómo se decide qué es de importancia fundamental (para requerir un referéndum) en un sistema que no tiene una constitución escrita sigue siendo una de las cuestiones más problemáticas del instrumento del referéndum en el Reino Unido.

El instrumento del referéndum en el sistema jurídico británico ya fue analizado por Dicey a finales del siglo XIX y principios del XX<sup>11</sup>. El autor, en pocas palabras, trazó el referéndum (de carácter consultivo y entendido como no sustitutivo del poder legislativo) dentro del constitucionalismo británico como un instrumento para «contrarrestar la aparición del poder indiscutible de una única cámara parlamentaria»<sup>12</sup>.

En ese mismo momento histórico, de hecho, el referéndum fue visto como un instrumento capaz de limitar el poder de la mayoría parlamentaria y su voluntad política y, por tanto, útil para preservar los equilibrios institucionales<sup>13</sup>. Sin embargo, Dicey identificó sus límites y los posibles riesgos de su uso «extensivo».

A este respecto, como señala la doctrina:

10 G.G. CARBONI, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, en A. TORRE, J. O. FROSINI (eds.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 401.

11 A. V. DICEY, «Ought the Referendum To Be Introduced into England?», *Contemporary Review*, 1890, p. 489 y ss.; Id. «A Symposium on the Referendum», *National Review*, 1894, p. 65 y ss.; Id. «The Referendum and Its Critics», *Quarterly Review*, 1910, p. 538 y ss.

12 A. TORRE, «Albert Venn Dicey: a constitutional lawyer in the twilight of the Victorian age», *Journal of Constitutional History*, n.º 13/2007, p. 7.

13 L. DE GRAZIA, «Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica», *Nuove Autonomie*, n. 3/2019, pp. 457-458. A. Torre, «Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa», en A. TORRE, J. O. FROSINI (eds.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

«El principal argumento de Dicey para la introducción del referéndum se basaba en una profunda frustración con la aplicación práctica del principio de gobierno representativo, que pensaba, y esperaba, que podría remediarse con la introducción de elementos de democracia directa. Pero Dicey no se limitó a defender el referéndum, sino que también señaló los peligros potenciales de un uso extensivo del mismo, además de defender la superioridad del gobierno parlamentario. El referéndum, para Dicey, no era, por tanto, una alternativa a la democracia indirecta, sino un añadido al gobierno representativo (...)»<sup>14</sup>.

El punto de inflexión en el uso de este instrumento de democracia directa en el Reino Unido se produce a partir de la década de los 70, y sobre todo en cuestiones relacionadas con la llamada *devolution*. Desde ese momento, el referéndum adquiere, de hecho, un valor diferente al indicado anteriormente, y se incrementa su uso para «regular las elecciones de estatus constitucional»<sup>15</sup> (a pesar de la ya mencionada complejidad de definición de la «materia constitucional» en este sistema) permaneciendo, sin embargo, su «carácter integrador y de continuidad respecto de la democracia representativa»<sup>16</sup>.

Desde entonces, el referéndum consultivo ha perseguido «el objetivo teórico de mejorar la participación democrática, ante la crisis, común a todas las democracias modernas, de la democracia representativa»<sup>17</sup> y su uso se ha incrementado exponencialmente, sobre todo en momentos de «importantes cambios constitucionales que ha sufrido el ordenamiento jurídico»<sup>18</sup>.

Una primera distinción que se puede hacer es la que existe entre los referendos legislativos y los constitucionales. Como señala la doctrina:

«a diferencia de los referendos legislativos, que afectan al modo en que se ejerce la función legislativa y actúan en el marco de la representación, los referendos consti-

14 N. del T. Traducción propia. M. QVORTRUP, «A. V. Dicey: The referendum as the people's veto», *History of Political Thought*, Vol. 20, No. 3, 1999. p. 531: «Dicey's main argument for the introduction of the referendum was based on a profound frustration with the practical implementation of the principle of representative government, which he thought, and hoped, could be remedied by the introduction of elements of direct democracy. But Dicey did not restrict his argument to a defence of the referendum, he also pointed to the potential dangers of an extensive use of the device, as well as making a case for the superiority of Parliamentary government. The referendum for Dicey, was not, therefore, an alternative to indirect democracy, but an addendum to representative government (...)».

15 L. DE GRAZIA, , *Oltre la democrazia rappresentativa?*, cit., p. 458.

16 *Idem*.

17 S. PAROLARI, «Democrazia diretta nel Regno Unito: il referendum è lo strumento adeguato per uscire dall'impasse della Brexit?», *Forum di quaderni Costituzionali*, 13 de febrero de 2019, p. 2.

18 *Idem*.

tucionales se refieren a la atribución y distribución del poder soberano (*ultimate lawful authority*) dentro de un sistema de gobierno y afectan a la relación entre gobernantes y gobernados. Los referendos constitucionales pueden innovar la relación entre el poder constituyente y la forma constitucional, sustituyendo al pueblo en el papel representativo que tradicionalmente ha desempeñado la constitución democrática<sup>19</sup>.

Uno de los ejemplos más claros es, por supuesto, el referéndum celebrado el 5 de junio de 1975 sobre la pertenencia del Reino Unido a la CEE, en el que el 67,23% de los británicos aceptó la permanencia, o los llamados referendums de descentralización de 1998 sobre las cuatro leyes de devolución de competencias<sup>20</sup> (resultado del manifiesto electoral de *New Labor* «*Britain Deserves Better*»), que decretaron un sólido vínculo en este país entre la democracia directa y la devolución competencial<sup>21</sup>.

Siguiendo con la reconstrucción del uso de este instrumento de democracia directa en el Reino Unido, debe recordarse que

«el pleno reconocimiento del referéndum en el ordenamiento jurídico se produjo a finales de la década de los 90, con la aprobación de la *Political Parties, Elections and Referendums Act* de 2000 (PPERA 2000). La ley regula el procedimiento de consulta, la definición de las preguntas y la financiación de la campaña del referéndum. Destaca la disposición que encomienda a la *Electoral Commission* la tarea de verificar la inteligibilidad de la pregunta (art. 104)»<sup>22</sup>.

Posteriormente, corresponderá al Parlamento convocar (o no convocar) el referéndum.

A la luz de lo anterior, es posible definir este instrumento como una práctica bastante reciente que no pertenece a la tradición del Derecho constitucional británico, que se introdujo a nivel nacional con la entrada del Reino Unido en la CEE y con los primeros intentos de salir de ella a través del referéndum de 1975 mencionado ante-

19 G.G. CARBONI, «A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea», *DPCE online 2016 - 2*, nota a pie de página n. 14, p. 37.

20 La *Scotland Act*, el *Government of Wales Act*, el *Northern Ireland Act* y el *Greater London Authority Act*.

21 En referencia al procedimiento que se siguió para el referéndum de 1975, se recuerda que el 8 de mayo de 1975 se aprobó una ley *ad hoc* conocida como *Referendum Act* que «costituì la base giuridica per i successivi referendum subnazionali del 1979». Cfr. J. O. Frosini, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, Milán 2020, p. 28.

22 G.G. CARBONI, *A proposito della Brexit ... cit.*, p. 35.

riormente<sup>23</sup>. En particular, el Derecho constitucional inglés postula la institución del referéndum como un instrumento «subsidiario» y «complementario» de la democracia a pesar de que, como veremos, a lo largo de los años el referéndum ha sido ciertamente la institución más poderosa (utilizada contra la mayoría progresista) que este país ha conocido desde los días de los poderes absolutos de la Cámara de los Lores<sup>24</sup>.

Además del uso de los referendos para momentos de cambio constitucional, otra clasificación establecida por la doctrina distingue los referendos «previos» de los «posteriores»<sup>25</sup>. Es decir, se diferencian los referendos que necesitan una ley posterior para que los cambios aprobados se pongan en marcha, como en el caso de los referendos de 1998 sobre la *Devolution* o el referéndum del Brexit de 2016 (donde el Parlamento votó a favor de la notificación para activar el procedimiento del art. 50 TUE)<sup>26</sup>, y los referendos «post-legislativos» para los que «las leyes que convocaron las consultas para estos referendos también regularon las disposiciones que entrarían en vigor en caso de un resultado positivo»<sup>27</sup>, como fue el caso de los referendos de 2011 sobre el voto alternativo.

Aunque estamos de acuerdo con parte de la doctrina, sin embargo, podemos afirmar la dificultad de identificar una norma general en el ordenamiento jurídico británico para regular esta institución, dificultad que ha convertido su uso en algo irracional. La consecuencia de ello

«es que se puede dudar, al menos, de la efectiva idoneidad del referéndum así concebido para garantizar ese carácter democrático capaz de legitimar las reformas de carácter constitucional, partiendo de la consideración de que no todas las intervenciones legislativas de este tipo se someten a él»<sup>28</sup>.

Además, es necesario aclarar una cuestión relativa a los efectos del referéndum, y en la que se inserta uno de los principales problemas que ha dado lugar al enfrentamiento constitucional de los últimos años en torno al Brexit. El referéndum en el

23 En su libro *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, J. O. Frosini cita la expresión «planta exótica» utilizada por el diputado conservador Francis Pym para subrayar la extrañeza del instrumento del referéndum para el orden constitucional británico, p. 21.

24 Cf. J. O. FROSINI, *Ibidem*.

25 L. DE GRAZIA, *Oltre la democrazia rappresentativa?... cit.*, p. 459.

26 El artículo 50 del Tratado de la Unión Europea establece el procedimiento para la retirada voluntaria y unilateral de un Estado miembro de la Unión Europea.

27 *Ibid*, p. 461.

28 S. PAROLARI, *Democrazia diretta nel Regno Unito...* cit., p. 3.

Derecho constitucional británico, de hecho, sólo tiene eficacia consultiva (*advisory instruments*). La eficacia vinculante sólo puede estar prevista en una disposición expresa de la ley que establece el procedimiento de referéndum, y la ley que estableció el referéndum en 2016 (*European Union Referendum Act* de 2015) no preveía una eficacia jurídicamente vinculante pero, como señalaremos, sí una eficacia política.

Por tanto, el referéndum puede ser un instrumento muy arriesgado en los sistemas con una constitución no escrita, a diferencia de lo que ocurre en el constitucionalismo continental post-totalitario, donde este instrumento está regulado en la constitución, como en el artículo 75 de la Constitución italiana o el artículo 44 de la Constitución griega<sup>29</sup>. En este sentido, en *Referendums in the United Kingdom. Report with Evidence della House of Lords* del 2010, se expresaron varias preocupaciones sobre un uso excesivo de este instrumento, así como la necesidad de identificar las áreas (*constitutional matters*) que deben necesariamente implicar un voto popular.

### III. EL REFERÉNDUM DEL BREXIT Y LA «TENSIÓN» ENTRE DEMOCRACIA DIRECTA Y REPRESENTATIVA

Como hemos indicado, el uso del instrumento del referéndum en el Reino Unido coincide con la entrada del país en la CEE y los primeros intentos de salida a través del referéndum de 1975. De hecho, este instrumento ha acompañado en cierta medida la relación entre el Reino Unido y la UE, y tras el referéndum de 1975 hubo mucha presión para que se celebraran nuevos referendos para ratificar la aprobación de los distintos tratados europeos.

Fue en 2011, con el Acta de la Unión Europea, cuando se decidió someter a referéndum cualquier modificación de los tratados europeos. Según argumenta la doctrina, el propio referéndum del Brexit, «se ajustaba a una práctica de uso del referéndum establecida en el Reino Unido en los últimos años, según la cual las leyes más importantes, las que podían calificarse de “constitucionales”, se sometían a referéndum popular»<sup>30</sup>.

29 Sobre el referéndum en el derecho comparado, véase L. CUOCOLO, «Referendum e altri strumenti di democrazia diretta», en G.F. FERRARI (coord.), *Atlante di Diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, pp. 1-20. Cfr., M. LUCIANI, «Il referendum: questioni teoriche e dell'esperienza italiana», *Revista catalana de dret públic*, n.37/2008.

30 E. PALICI DI SUNI, «Fake news y referéndum», *federalismi.it*, n.º 11/2020, p. 144. Véase también C. MARTINELLI, «I presupposti del referendum e i cleavages costituzionali aperti dalla Brexit», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n.º 3/2016, pp. 811-812.

La relación entre el Reino Unido y la UE ha sido ciertamente problemática desde el principio. Baste recordar que en la década de 1970, Lord Denning comparó (de forma célebre) el impacto del Derecho de la UE en el constitucionalismo británico con una «marea entrante» (*incoming tide*) que barre el sistema jurídico del Reino Unido y tiene un profundo impacto en la soberanía de Westminster. El Brexit, como argumenta parte de la doctrina, fue un intento de hacer retroceder esta marea (*pull back*) para volver a la configuración original de la soberanía.

En este sentido, parece interesante recordar el eslogan de la campaña del referéndum pro-Brexit: «*Take back the control*» o, dicho de otro modo, recuperemos la soberanía del Parlamento<sup>31</sup>. Aunque paradójicamente, y en lo que se ha llamado una «heterogénesis de fines<sup>32</sup>», tras la victoria del *Leave*, para activar el procedimiento del artículo 50 del TUE, se intentó por todos los medios dejar de lado al propio Parlamento. Un Parlamento, además, en el que la mayoría de los diputados estaban a favor del *Remain*. Esto, sin duda, reavivó el debate sobre uno de los temas clásicos del Derecho constitucional británico, a saber, la relación entre el referéndum y la soberanía parlamentaria, es decir, entre la soberanía del Parlamento y la soberanía popular.

Pero ¿cómo llegamos al referéndum sobre la salida del Reino Unido de la UE que ha hecho que el *Leave* se imponga con (sólo) el 52% de los votos? Responder a esta pregunta y desandar los pasos clave de este largo viaje es una tarea difícil, dado que, como ya se ha indicado, la relación entre el Reino Unido y la UE ha sido históricamente muy tormentosa.

Indicadores de esta *storminess*, incluso antes del Brexit, son ciertamente el referéndum de 1975, pero también las diversas cláusulas de *opting-out* concedidas al Reino Unido para no adherirse, o adherirse posteriormente, a determinadas disposiciones de los Acuerdos alcanzados en el seno de la Unión Europea, especialmente en el ámbito económico y monetario.

La coalición formada en 2010 entre los conservadores y los demócratas liberales puede considerarse uno de los pasos clave. Fue en ese momento cuando se decidió frenar la integración europea y someter a referéndum las decisiones relativas a los asuntos europeos (como se ha mencionado anteriormente). A esto hay que añadir, sin duda, el éxito del UKIP (Partido de la Independencia del Reino Unido) de Nigel Farage en las elecciones locales de 2013 en las ciudades

31 Sobre el fracaso de la campaña del referéndum *Remain*, véase J. O. FROSINI, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo ... cit.*, pp. 79 y ss.

32 J. O. FROSINI, *Ibidem*, p. 11.

mineras del noreste y los suburbios del sur<sup>33</sup>. En 2013, veinte años después de su formación, el UKIP contaba con 32.500 afiliados y se preparaba para una rotunda victoria en las elecciones europeas de 2014, tras la incansante campaña de Farage por todo el país<sup>34</sup>.

Es entonces, con la victoria de los conservadores en las elecciones de 2015, cuando el referéndum sobre la permanencia o no del Reino Unido en la UE aparece como una realidad muy cercana.

El referéndum de 2016 fue el segundo celebrado en el Reino Unido sobre la permanencia o la salida de la UE (*memberships referendum*). Así lo dispuso el *European Union Referendum Act* de 2015, aprobada (como forma de reforzar la política gubernamental) por el Gobierno del primer ministro David Cameron, tal y como figuraba en el programa electoral desde 2010. El *EU Referendum Act* preveía la celebración de un referéndum consultivo para determinar la permanencia o no del Reino Unido en la UE (*Remain o Leave*), así como la regulación de la campaña electoral, el derecho de voto y las tareas que correspondían al ejecutivo<sup>35</sup>. Sin embargo, nada se dijo sobre los pasos que habría que seguir en caso de salida de la UE y, por tanto, cuáles serían las consecuencias jurídico-constitucionales del referéndum. Nos detendremos en el análisis de la campaña electoral en la siguiente parte de este trabajo, la dedicada a la acción de la prensa y las redes sociales antieuropeas y la propaganda producida por ellas sobre el referéndum de 2016.

Lo que ahora queremos destacar es que la Ley del Referéndum de la UE no se detuvo

«en el valor ontológico del referéndum y en las consecuencias jurídico-constitucionales, así como procedimentales, que se invertirían en el caso de que el pueblo británico expresara su voluntad de no seguir formando parte de la UE, limitándose a subrayar el alcance consultivo de la consulta popular. Además, no se especificó nada sobre el papel que el Parlamento británico habría desempeñado o podría haber desempeñado en el

33 Desde 2010, el Ukip, liderado por Nigel Farage, ha llegado al centro de la escena política «en nombre de un populismo antieuropeo que permite el crecimiento continuo del consenso (...) gracias también a la ingenuidad o debilidad de las otras fuerzas políticas que han respondido regularmente a las provocaciones de Farage, convirtiéndolo en un interlocutor creíble a los ojos de la opinión pública». Véase R. BERTINETTI, «Brexit, storia e protagonisti dell'euroscetticismo britannico», *Scritture migranti*, n.º 9-10 (2015-2016), p. 57.

34 J. O. FROSINI, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo... cit.*, p. 59.

35 La cuestión de la «ampliación» del derecho de voto ha sido muy debatida. Tras la victoria del «Leave», se discutió mucho sobre si los jóvenes de 16 y 17 años, así como los ciudadanos de la UE residentes en el Reino Unido, debían ser incluidos en el electorado.

caso –que entonces se produjo– de que triunfara el voto “*leave*”, que habría revelado la voluntad del pueblo británico de no seguir formando parte del orden europeo<sup>36</sup>».

Los resultados del referéndum de junio de 2016 son bien conocidos: el *Leave* ganó con el 52% de los votos, a pesar del Acuerdo de febrero alcanzado entre el Primer Ministro Cameron y el Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, sobre la renegociación de los Tratados a favor del Reino Unido (a través de la concesión de un *estatus* especial para el Reino Unido) y a pesar de la campaña del referéndum (en realidad bastante débil) realizada a favor del *Remain*<sup>37</sup>.

Tras el referéndum, y observando la distribución del voto, con Escocia e Irlanda del Norte a favor del *Remain* (62% en Escocia y 55,8% en Irlanda del Norte), como señala la doctrina: «el país está descaradamente dividido y, por tanto, (...) existe para algunos la creencia de que el 23 de junio de 2016 hubo una “doble secesión” en la que Inglaterra no sólo abandonó la Unión Europea, sino también la Unión Británica<sup>38</sup>». Por cierto, la cuestión territorial es sin duda una de las consecuencias más importantes del Brexit, y «dadas las demandas de independencia y el deseo expreso de los pueblos escocés y norirlandés de permanecer en Europa, el Reino Unido corre el riesgo de ver implosionar la Unión de sus naciones constituyentes»<sup>39</sup>.

Lo que ha sucedido desde la votación del Brexit es historia reciente, y tiene que ver con el enfrentamiento entre el Gobierno y el Parlamento sobre la forma de activar el procedimiento del artículo 50 del TUE (es decir, el poder de notificación), así como con la intervención de la High Court y del Tribunal Supremo del Reino Unido para resolver este choque institucional<sup>40</sup>.

36 F. SGRÒ, «Il caso “Brexit”: qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell’ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom», *federalismi.it*, no.5/2017, p. 4.

37 Como se recordará, en noviembre de 2015, el primer ministro Cameron había enviado a Donald Tusk, presidente del Consejo Europeo, unas exigencias muy precisas en materia de gobernanza económica, competitividad empresarial, soberanía nacional, inmigración (también entre los Estados miembros de la UE). Las exigencias se habían aceptado entonces casi en su totalidad (mediante el mencionado Acuerdo) a cambio de la permanencia del Reino Unido en la UE.

38 J. O. FROSINI, *cit.*, p. 84.

39 G. G. CARBONI, *Sull Brexit... cit.*, pp. 33-34.

40 Cabe recordar que la falta de claridad sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la *Ley de Referéndum de la UE* provocó un enfrentamiento entre el Gobierno, que, a través de la llamada *Prerrogativa Real* ejercida por la Primera Ministra Theresa May, afirmó la posibilidad de una activación directa del procedimiento *ex art.* 50 TUE sin la participación del Parlamento, y el Tribunal Supremo británico, que en cambio afirmó el principio de soberanía parlamentaria y el carácter consultivo (y

En la práctica,

«dada la indebida superposición entre la importancia política y el valor jurídico del resultado del referéndum, se ha materializado un conflicto entre el Parlamento y el Gobierno sobre el papel a desempeñar en el proceso de toma de decisiones relativo a la salida de la UE, pero también el riesgo (aunque teórico y posible) de una discrepancia entre la voluntad popular manifestada a través del referéndum y la soberanía parlamentaria, que en el ordenamiento jurídico británico es un dogma absoluto y que garantiza a las Cámaras una libertad absoluta para tomar sus propias decisiones sin ningún condicionamiento externo»<sup>41</sup>.

En conclusión, el voto del Brexit adquirió tal importancia política que superó el carácter consultivo y no obligatorio del referéndum. En otras palabras, el referéndum era políticamente vinculante y estaba ligado a la formalización de su resultado.

En consecuencia, se plantea la cuestión de si el referéndum es o no un instrumento adecuado para resolver cuestiones relativas a los principios constitucionales sobre los que, dentro de las democracias pluralistas, existe un amplio consenso derivado tanto de la aprobación de cartas constitucionales (cuando éstas existen) como de una cultura democrática históricamente arraigada como la del Reino Unido, donde la *Political Constitution* (el proceso político) vive (y sobrevive) gracias a los aspectos de la cultura institucional que siempre han caracterizado a este sistema.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, no cabe duda de que el referéndum en el Reino Unido operó a través de los partidos políticos, y en el caso concreto del Brexit, es posible identificar una clara «tensión entre la democracia directa y la representativa, y cómo en una democracia constitucional la manifestación directa de la soberanía popular se reconoce como un espacio sujeto a límites precisos»<sup>42</sup>. En efecto, utilizando las herramientas de la comparación jurídica para argumentar lo que se acaba de afirmar, la acción preventiva de la democracia pluralista se expresa, por ejemplo, en el procedimiento agravado de la reforma constitucional española e

complementario) del referéndum. En consecuencia, el Tribunal Supremo confirmó la necesidad de una ley del Parlamento para dar fuerza legal al resultado del referéndum e iniciar así la modificación del sistema constitucional. Como es sabido, el Parlamento se pronunció entonces sobre la cuestión coincidiendo con el Gobierno y procediendo a la notificación en virtud del art. 50 del TUE que activó el proceso de salida del Reino Unido de la UE. Este proceso terminó con el acuerdo de retirada ratificado por la UE y el Reino Unido el 29 de enero de 2020 y que entró en vigor el 1 de febrero de 2020.

41 F. SGRÒ, *Il caso «Brexit»: qualche considerazione sulla sovranità parlamentare... cit.*, p. 5.

42 L. DE GRAZIA, *Oltre la democrazia rappresentativa?... cit.*, p. 462.

italiana, donde se espera un amplio consenso parlamentario antes de la (eventual) ratificación definitiva.

Como señala la doctrina:

«esta acción preventiva de la democracia pluralista ayuda a reducir la tensión que se produce constantemente durante un proceso de referéndum, en el que generalmente se decide a través de una opción simple y dicotómica, un “sí” o un “no”, sin matices en la propuesta. El carácter necesariamente simplificado del procedimiento es difícil de encajar en la complejidad de la democracia pluralista y puede obstaculizar la integración basada en el fomento del consenso, que es un elemento fundamental dentro de este modelo de democracia [...]. Por otro lado, la decisión mediante referéndum de “independencia” de un territorio, como ocurrió con la salida del Reino Unido de la Unión Europea, se produce sobre un “vacío democrático”: se trata de una decisión de alcance claramente constitucional que no ha sido objeto de un consenso previo sino que, por el contrario, expresa una división social fundamental dentro de la cual el resultado del referéndum determina los derechos y el modo de vida de las generaciones futuras sin que opere, en modo alguno, y por adelantado, la democracia pluralista con sus técnicas y mecanismos de articulación del consenso entre los distintos interlocutores sociales»<sup>43</sup>.

#### IV. POPULISMO, REDES SOCIALES Y DEMOCRACIA PLURALISTA

La última parte de este análisis está dedicada a lo que hemos denominado el *backstage*, es decir, el trasfondo de lo expuesto hasta ahora, que está conformado por la ascendencia social, económica y política (nacional y europea) que condicionó innegablemente el voto de los ciudadanos en el referéndum del Brexit de 2016<sup>44</sup>.

Nos referimos tanto a los efectos de la larga crisis económica y financiera que ha golpeado sobre todo a la *working class*, como al auge de los partidos populistas en toda Europa, y al gran cambio que se ha producido en el mundo de la información actual impulsado sobre todo por las redes sociales y las *fake news*, que, como veremos, marcaron la campaña electoral del referéndum británico de 2016 y debilitaron enormemente el debate público democrático<sup>45</sup>.

43 F. BALAGUER CALLEJÓN, «L'Unione europea di fronte alla Brexit e ad altri processi disgregativi nel contesto globale», *federalismi.it*, n.º 13/2020, pp. 9-10.

44 Para una visión general del futuro de la Unión Europea, véase J. HABERMAS, «¿Hacia dónde va Europa», *El País*, 18 de noviembre de 2018.

45 Sobre la relación entre referéndum y *fake news*, véase E. PALICI DI SUNI, *Fake news... cit.*

La crisis económica y financiera, que estalló en 2007, llevó a algunos Estados miembros, a instancias de la UE, a tomar medidas económicas drásticas destinadas a frenar el gasto público y, en consecuencia, a replantear el Estado del bienestar. Estas medidas incluían un recorte general de la contratación pública de bienes y servicios –la llamada *spending review*– así como una fuerte disminución de los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales<sup>46</sup>.

Las políticas de austeridad han provocado, sobre todo en los Estados miembros más afectados por la crisis, «la pérdida de los medios de vida de amplios sectores de la población, la reducción de los derechos laborales, la precariedad del empleo, el debilitamiento de la concertación social y otras consecuencias negativas para los derechos de la ciudadanía»<sup>47</sup>.

Por mencionar sólo algunos de los efectos que estas políticas han producido en los años más difíciles de la crisis económica, dentro del nivel territorial de garantía y protección de los derechos, es decir, el más cercano a los ciudadanos, podríamos recordar la interrupción de ese proceso de reducción de las disparidades regionales dentro de la UE (disparidades entre los Estados miembros) que, hasta la llegada de la crisis, estaba disminuyendo<sup>48</sup>. Como puede leerse en el Sexto Informe sobre la Cohesión Económica, Social y Territorial de 2014 de la Comisión Europea, la interrupción de esta «convergencia» se confirma con una serie de indicadores económicos como las tasas de desempleo y el crecimiento del PIB per cápita<sup>49</sup>.

46 Para una reconstrucción de las etapas de la reciente crisis económica y financiera europea, A. POGGI, «Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea», *Revista AIC*, n.º 1/2017.

47 F. BALAGUER CALLEJÓN, «La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo», *federalismi.it*, número especial 4/2018, p. 71. Sobre la ideología de las crisis económicas y sus efectos en las constituciones nacionales europeas, Id., «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 98, 2013, pp. 91-107.

48 G. MASSA GALLERANO, «L'impatto della crisi economica sulla distribuzione territoriale del potere. Alcune tendenze comuni nei Paesi membri dell'Unione europea», en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (eds.), *El impacto de la crisis económica en las instituciones de la UE y los estados miembros*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2015.

49 Para un examen más completo nos remitimos a nuestro, «Spesa pubblica, Pil e crisi economica. Un'analisi comparata», en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. SÁNCHEZ BARILLAO, *La dimensión de la Administración Pública en el contexto de la Globalización*, Aranzadi, Pamplona, 2015. Id., *Political elections in Greece. First reform measures of the new Government at a crossroad between international debt and humanitarian crisis*, Civitas Europa, Irene, París, n.º 34, 2015.

Entre 2008 y 2011, «dos de cada tres regiones sufrieron un descenso del PIB per cápita, hasta un 3% anual y más en Grecia y en algunas regiones de Rumanía, Reino Unido e Irlanda». Además, en los últimos años,

«las disparidades regionales se han acentuado, ya que la crisis económica ha afectado a las regiones de forma diferente. Algunas regiones se han visto muy afectadas, otras poco o nada. Esto es particularmente evidente en el nivel de las tasas de desempleo. En 2008, cinco regiones tenían una tasa de desempleo superior al 20%. En 2013, esta cifra ascendió a 27»<sup>50</sup>.

El Reino Unido sufrió los efectos de esta profunda crisis económica que, al igual que en otros países, provocó una profundización del malestar social de amplios sectores de la población, especialmente en las zonas donde el Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP), liderado por Nigel Farage, estaba obteniendo un amplio éxito electoral. La causa de la difícil situación de la clase trabajadora, por supuesto, señalada por el UKIP era el aumento de la inmigración y a las políticas de austeridad impuestas por la UE frente a las que era necesario «recuperar el control».

De nuevo, el miedo a la globalización, la hostilidad hacia los extranjeros y la nostalgia por la grandeza del pasado «fueron las armas de distracción masiva utilizadas para convencer a millones de personas durante la campaña del referéndum de 2016 de que Europa era una especie de mal absoluto del que había que deshacerse cuanto antes»<sup>51</sup>.

Esto está estrechamente relacionado con el problema de la desinformación y las noticias falsas que utilizó (también) el partido de Farage. En apoyo de esto, basta recordar la promesa hecha a los votantes de destinar, en caso de victoria del *Leave*, 350 millones de libras a la educación pública y al sistema nacional de salud, sacándolos así de las «arcas comunitarias». Sobre este punto clave de la propaganda del referéndum, el propio Farage dio posteriormente un paso atrás al admitir en televisión en directo que esa promesa no debería haberse hecho. Esto último es un claro ejemplo de la desinformación apoyada por los políticos en la campaña del *Leave* y luego retransmitida tanto por la prensa antieuropea como por las redes sociales<sup>52</sup>.

50 Comisión Europea, *Investment for jobs and growth. Fomento del desarrollo y la buena gobernanza en las ciudades y regiones de la UE. Sexto informe sobre la cohesión económica, social y territorial*, Bruselas, 2014, p. 41. [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_it.pdf).

51 R. BERTINETTI, *Brexit, storia e protagonisti dell'euroscetticismo...cit.*, p. 60.

52 A este respecto, tenga en cuenta que la Comisión Europea ha dedicado una sección de su sitio web a desmentir las *noticias falsas*. La sección, titulada «UE: noticias falsas, mitos y realidad», puede consultarse en la siguiente dirección: <https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/ue-fake-news>

Por otra parte, en lo que respecta a la prensa nacional, hay que señalar que la cobertura mediática del Brexit ha provocado una profunda fisura en la prensa anglosajona, dividida en dos entre los periódicos *pro-Leave* y los *pro-Remain*. Como recuerda ilSole24 ore en un artículo de 2018,

«un informe publicado en el período previo al referéndum, realizado en conjunto por el instituto Reuters para el estudio del periodismo y la empresa de análisis Prime Research, trató de poner en orden las opciones del campo propugnadas antes de la votación. De una muestra de casi 2.400 artículos dedicados sólo al referéndum, el 41% ofrecía contenidos a favor del Brexit, frente al 27% a favor de la permanencia dentro de las fronteras de la UE. Entre los 10 periódicos más leídos del país, seis estaban a favor de la ruptura (incluidos los tabloides de gran tirada como el Daily Express, el Sun y el Daily Mail), tres a favor de la permanencia (Daily Mirror, Guardian y Financial Times) y uno, el Times, estaba dividido por la mitad: teóricamente imparcial pero tendente al abandono de la Unión.

La divergencia de opiniones también se manifiesta, según la encuesta, a través de las claves y matices emocionales con los que se pintaba el momento histórico. Los tabloides que hicieron campaña a favor del Brexit insistieron en conceptos más genéricos como la soberanía y la antiinmigración, además de desvanecer la narrativa en el idilio de una “liberación” de Londres de la casa de apuestas europea. Los periódicos pro-permanencia se centraron en los factores económicos y eligieron tonos más pesimistas»<sup>53</sup>.

En este escenario, otra pieza importante del rompecabezas es el escándalo sobre el uso de datos por parte de la consultora Cambridge Analytica para influir en las campañas electorales. En definitiva, Cambridge Analytica era una empresa especializada en la recopilación de datos de usuarios (a través de *likes*, las consultas, los comentarios, etc.) en las redes sociales. Al procesar estos datos, mediante algoritmos, creó perfiles de usuarios (los llamados «perfiles psicométricos») para utilizarlos en campañas de marketing y, según el resultado de las investigaciones realizadas hasta ahora, para influir en campañas electorales como la de Estados Unidos (a favor de Donald Trump), así como la del referéndum del Brexit<sup>54</sup>. Según el periódico *The*

*miti-e-realta.it*. Sobre la relación entre las redes sociales y la democracia, véase A. DEB, S. DONOHUE, T. GLAISYER, *Is Social Media a Threat to Democracy?*, 1 de octubre de 2017, <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>.

<sup>53</sup> A. MAGNANI, *Fake News e militanza anti-UE, così la Brexit ha mandato in tilt la stampa britannica* ilSole24Ore, 19 de noviembre de 2018.

<sup>54</sup> V. M. DONOFRIO, «L'ombra di un “Cambridge Analytica bis” sulle presidenziali USA 2020: la moderna essenza di democrazia nella morsa di vecchi fantasmi e futuri inquietanti scenari», *federalismi.it*, n.29/2020.

*Guardian*, la empresa colaboró en la recopilación de datos e información sobre los usuarios, que luego se utilizó para condicionarlos y hacer propaganda a favor de la salida del Reino Unido de la Unión Europea<sup>55</sup>.

Ciertamente, la acción de las redes sociales sobre el referéndum del Brexit, así como sobre los procesos electorales que tuvieron lugar en varios países europeos y no europeos (en primer lugar, en las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos), contribuyó a fomentar de forma extraordinaria los procesos disruptivos que estamos viviendo hoy<sup>56</sup>.

En el contexto de nuestro análisis, en particular, un instrumento de participación democrática como el referéndum –capaz de garantizar una amplia participación de los gobernados y de ejercer una forma de control sobre la mayoría gubernamental, como sostiene Dicey– sólo puede funcionar «en un sistema en el que se garantice la más amplia libertad de información y, con ella, el derecho a la corrección de la información». Las noticias falsas, la información incompleta o la desinformación, por el contrario, ponen en peligro la propia democracia<sup>57</sup>.

Coincidimos, en conclusión, con la doctrina que ha puesto de manifiesto

«la actitud esencialmente pasiva con la que la Unión Europea y sus Estados miembros han afrontado la ruptura de las condiciones en las que, hasta hace poco, se basaba el debate público democrático, debido a la injerencia de potencias extranjeras y de grupos de presión que operan anónimamente a través de las redes sociales, defendiendo intereses ocultos. El ejemplo del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas demuestran que las democracias estatales están indefensas ante esos poderes ocultos, al igual que ante los especuladores financieros que han condicionado las políticas europeas y estatales desde la crisis económica de los últimos años»<sup>58</sup>.

55 C. CADWALLADR, *The great British Brexit Robbery: how our democracy was hijacked*, *The Guardian*, Sun 7 May 2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-hijacked-democracy>. En un artículo de IIPost.it, E. MENIETTI sostiene que algunas valoraciones de la investigación de *The Guardian* parecen un poco exageradas. Añade, sin embargo, que la investigación de *The Guardian* tiene «el mérito de aportar nuevos elementos al gran debate sobre las noticias falsas, la propaganda y la facilidad con la que estos contenidos pueden difundirse mediante un uso distorsionado de las redes sociales». E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, *Il Post*, 19 de marzo de 2018. Para profundizar en la relación entre comunicación política y redes sociales, véase F. PIRA, *La Net Comunicazione politica. Partiti, movimenti e cittadini-elettori nell'era dei social network*, Milán, 2012.

56 F. BALAGUER CALLEJÓN, *L'Unione Europea di fronte alla Brexit ... cit.*, p. 11.

57 E. PALICI DI SUNI, *Fake news e referendum... cit.*, p. 143.

58 F. BALAGUER CALLEJÓN, *L'Unione europea di fronte alla Brexit... cit.*, p.2. Sobre la rela-

Todo esto puede llevar a una profunda alteración de los mecanismos de funcionamiento de las democracias pluralistas basadas en el consenso constitucional, donde las constituciones «actúan como herramientas de gestión de riesgos»<sup>59</sup>. El referéndum, en particular, parece ser un instrumento polivalente «que debe ser lanzado con cautela en el contexto de la democracia representativa, ya que el peligro de “rechazo o alteración del equilibrio del sistema constitucional de referencia” está siempre presente»<sup>60</sup> al igual que ocurrió en el Reino Unido tras la victoria del *Leave*.

El futuro, por tanto, parece incierto a la vista de la rapidez con la que evolucionan estas tecnologías, así como de su creciente omnipresencia en la influencia del cuerpo electoral<sup>61</sup>. Estas técnicas, de hecho, como señala la doctrina: «representan un desafío mortal para las democracias liberales actuales, ya que corren el riesgo de atrofiar un elemento esencial para la vitalidad de la dinámica democrática: el debate público»<sup>62</sup>.

El temor, por tanto, es el del aumento constante de un uso «patológico» y «populista» de las herramientas de democracia directa, en un escenario en el que la opinión pública está influenciada decisivamente por la acción de las redes sociales<sup>63</sup>. Sobre esto último es ciertamente necesario seguir reflexionando y trabajando (a nivel estatal y europeo) para llegar a una mayor regulación de los mismos que salvaguarde los procesos democráticos y garantice los derechos.

### **Resumen**

*En el presente trabajo se pretende analizar el uso de la institución del referéndum para la toma de decisiones constitucionales en un sistema de democracia pluralista. En particular, el vínculo establecido en la última década entre este instrumento y el creciente uso de las redes sociales.*

ción entre las redes sociales y la democracia, véase también A. DEB, S. DONOHUE, T. GLAISYER, *Is Social Media a Threat to Democracy?*, 1 de octubre de 2017, <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>.

59 G. MARTINICO, *Considerazioni comparatistiche...cit.*, p. 462 donde el autor recoge las palabras de A. Vermule («risk management tolos») en *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, 2013.

60 *Ibidem*.

61 A. D'ATENA, «Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale», *Revista AIC*, n.º 2/2019.

62 *Ibid*, p. 13.

63 Para una interpretación del Brexit como fenómeno populista, véase G. MARTINICO, «*Equilibrio precario*. La fragile architettura costituzionale britannica fra populismo e Brexit», en C. FASONE, C. MARTINELLI (eds.), *Le conseguenze costituzionali della Brexit*, *federalismi.it*, Fascicolo n.10/2022, pp. 133-148.

*Se toma como caso de estudio el referéndum para la salida del Reino Unido de la Unión Europea, el llamado Brexit. Una decisión tomada mediante referéndum que socava los cimientos de la democracia pluralista y que tendrá efectos duraderos de magnitud exorbitante. En particular, el referéndum del Brexit plantea un problema relativo a la coordinación de los mecanismos de democracia directa en los sistemas basados en la democracia pluralista.*

**Palabras clave**

*Democracia, referéndum, Brexit, redes sociales.*

**Abstract**

*This paper tries to analyze the use of the institution of the referendum for important decisions in a system of pluralist democracy. In particular, the link established in the last decade between the referendum social networks.*

*The referendum for the departure of the United Kingdom from the European Union, the so-called Brexit, is taken as a case study. A decision taken by referendum that undermines the foundations of pluralist democracy and that will have lasting effects of exorbitant magnitude. In particular, the Brexit referendum posed a problem relating to the coordination of the mechanisms of direct democracy in the systems based on pluralist democracy.*

**Keywords**

*Democracy, referendum, Brexit, social networks.*

Recibido: 6 de junio de 2022

Aceptado: 28 de junio de 2022



# THE MAIN DIMENSIONS OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE IN HUNGARY

## Las principales dimensiones de la interpretación constitucional de la independencia judicial en Hungría

LÁSZLÓ DETRE

*Academic Advisor, re:constitution  
Forum Transregionale Studien*

ENDRE ORBÁN

*Assistant Professor  
University of Public Service*

### SUMARIO:

- I. Introduction.
- II. The legal framework.
- III. The European scope.
- IV. The dimensions of the independence of the judiciary in the case-law of the CCoH.
- V. Conclusions.

## I. INTRODUCTION

Within the European Legal Space, the independence of the judiciary bears outmost importance<sup>1</sup> and that is the case within the Hungarian legal system as well. Accordingly, Article XXVIII (1) of the Fundamental Law<sup>2</sup> stipulates that everyone

1 See: VENICE COMMISSION, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007rev, pp. 20-23., For excessive evaluation, see: J. GROGAN, L. PECH, 'Unity and Diversity in National Understandings of the Rule of Law in the EU', RECONNECT Work Package 7 – Deliverable 1 April 2020, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/D7.1-1.pdf>; J. GROGAN, L. PECH, 'Meaning and Scope of the EU Rule of Law', RECONNECT Work Package 7 – Deliverable 2 April 2020, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/D7.2-1.pdf>.

2 For official translation, see: <https://hunconcourt.hu/fundamental-law>.

shall have the right to have any indictment brought against him or her, or his or her rights and obligations in any court action, adjudicated within a reasonable time in a fair and public trial by an independent and impartial court established by the law. As such, the Fundamental Law – just as the Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 47 of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union – guarantees the right to an independent and impartial judge under the right to a fair trial.

The Constitutional Court of Hungary (CCoH) started to formulate its ground-laying decisions after the political changes in 1989-1990. These rulings had defined – and still define – the constitutional role and requirements of the independence of the judiciary<sup>3</sup>, the state of which has been a matter of concern of European institutions i.e. the European Union (EU) and the Council of Europe (CoE) since 2012. Therefore, the goal of this paper is to present the legal framework that governs the functioning of the judiciary in Hungary, which should guarantee its independence. Secondly, the most relevant measures and evaluations provided by the European institutions in the concerned field are to be recalled. Finally, yet importantly, the paper, under the previously sketched framework, will discuss the main dimensions of the CCoH's interpretation on the independence of the judiciary and provide a critical evaluation of the recent case-law.

## II. THE LEGAL FRAMEWORK

To begin with, it is necessary to present the current legal structure that shall guarantee the independence of the judiciary. This is important since parallel to the adoption of the Fundamental Law in 2011, the legal regime governing the organisation of the judiciary was also altered. Mainly three legal sources shall be recalled here. Firstly, as for the overarching principles, the constitution of Hungary, the Fundamental Law is to be mentioned. In addition, the detailed regulation regarding the legal status of the judges and the organisation of the judiciary are to be found in Act

<sup>3</sup> This is still true even if the Fourth Amendment to the Fundamental Law repealed the decisions of the CCoH that had been adopted before the Fundamental Law entered into force on the 1st of January 2012. The CCoH, in relation to a constitutional review of the Act on the organisation and the administration of the judiciary declared that it would cite its decisions having been adopted before the Fundamental Law entered into force under certain circumstances {Decision 13/2013. (VI. 17.) AB, paras [32]-[33]}. The former case-law have also been recalled in the decisions that are presented by this paper.

CLXI of 2011 on the Organization and Administration of the Courts (Administration Act) and in Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges (Status Act) that execute the provisions of the Fundamental Law. It is important to note that a great part of the provisions is considered to be cardinal, which means that, according to Article T) (4) of the Fundamental Law, two-third of the National Assembly present may adopt or amend them<sup>4</sup>.

### 1. The Fundamental Law

Articles 25-28 of the Fundamental Law contain the most important – structural – constitutional rules regarding the judiciary. On the one hand, the Hungarian judicial system is built up by district courts, regional courts, regional courts of appeal and the Kúria<sup>5</sup>. In this sense, the Kúria is the supreme judicial organ which is responsible for the uniform application of the law [Article 25 (1) and (3)]. On the other hand, the administration of courts shall be performed by a separate organ<sup>6</sup>: the President of the National Office for the Judiciary (NOJ) who is supervised by the National Judicial Council (NJC) [Article 25 (5)]. Both the President of the Kúria and of the NOJ, on the proposal of the President of the Republic, are elected from among the judges for nine years by two-third of the National Assembly [Article 25 (6) and 26 (3)].

Furthermore, the Fundamental Law requires that judges shall be independent, only subordinated to the law. They shall not be instructed in relation to their judicial activities and may not be members of political parties or engage in political activities [Article 26 (1)]. Judges are to be appointed by the President of the Republic and except for the President of the Kúria and the NOJ, they shall remain in office until reaching the general retirement age [Article 26 (2)], only be removed from office for the reasons and in a procedure specified in a cardinal act.

4 Having said that, the legislator – initially – considered more regulations to be cardinal but the CCoH annulled some of them in its Decision 13/2013. (VI. 17.) AB, paras [101]-[105] since Article 28 (5) of the Fundamental Law requires the two-third majority of votes of the National Assembly present for adopting the detailed rules for the organisation and administration of courts and for the legal status of judges, as well as the remuneration of judges.

5 For an overview, see: A. PATYI, ‘The Courts and the Judiciary’, in L. CSINK, B. SCHANDA, Zs. A. VARGA (eds.), *The Basic Law of Hungary. A first Commentary*, Clarus, Dublin, 2011. p. 311.

6 S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View From The Venice Commission*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 98.

Finally, Article 28 of the Fundamental Law is also worth to be mentioned, amended by the Seventh Amendment of the Fundamental Law<sup>7</sup>. The original Article 28 stated that ‘the courts shall in principle interpret the laws in light of their purpose and in accordance with the Fundamental Law. When interpreting the Fundamental Law or any other law, it shall be presumed that they are reasonable and of benefit to the public, serving virtuous and economical ends’. The 7<sup>th</sup> amendment inserted an extra sentence between the above quoted ones stating that ‘[a]t the search for the purpose of the laws, their preamble and the justification of the drafts shall be primarily taken into consideration’. In addition, the official reasoning of the 7<sup>th</sup> amendment declares that the preambles and the reasoning of the drafts shall be considered as an authentic source of the objectives of the legislator. Thus, the Fundamental Law makes it obligatory to use these sources during the interpretation process even if it cannot be considered as an exclusive method of interpretation. This means that the constitution-maker decided to change the main rule of interpretation of the laws: while before the adoption of the 7<sup>th</sup> amendment the so-called objective teleological interpretation was the preferred method<sup>8</sup>, after the 7<sup>th</sup> amendment ordinary judges should use the subjective teleological interpretation and they shall enforce the intent of the law-maker<sup>9</sup> aiming at centralizing the interpretation of the laws<sup>10</sup>.

## 2. The Administration Act

### 2.1. Constitutional principles

The Administration Act recalls the basic principles of the functioning of the judiciary. To begin with, courts, *inter alia*, shall deliver a final decision about the disputed or violated rights and through their adjudication, guarantee the enforcement of the laws [Section 2 (1)-(2)]. The governing principles (Sections 1-15) prescribe the independence of the judges; the financial autonomy of the courts; the binding effect of the judicial decisions; the equality before the courts; the right to a lawful

<sup>7</sup> Entered into force on the 1st of January 2019.

<sup>8</sup> A. JAKAB, ‘A bírói jogértelmezés az Alaptörvény tükrében’, *Jogesetek Magyarázata*, n. 4, 2011, p. 86.

<sup>9</sup> On the intention of the legislature see: R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, 1985; J. WALDRON, ‘Legislating with Integrity’, *Fordham Law Review*, n. 72, 2003, pp. 386-387.

<sup>10</sup> A. JAKAB, ‘What is Wrong with the Hungarian Legal System and How to Fix it’, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Research Paper*, n. 13, 2018. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3213378](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3213378) accessed 15 December 2018.

judge (who is assigned by the procedural acts<sup>11</sup> and according to the case allocation rules at the competent court); the requirement of the *a priori* accessible case allocation rules<sup>12</sup> (vested with the president of the court after acquiring the opinion of the judicial council and judicial college); the requirement of the – in general – publicly open hearings and the public promulgation of the judicial decisions; the obligation to reason the decisions and the right to appeal.

## 2.2. The uniform application of the law

Sections 25-45 detail the role of the Kúria in ensuring the uniform application of the law<sup>13</sup>. As such, the Kúria may adopt uniformity decisions that are binding on the courts<sup>14</sup>.

As a novelty, an extraordinary appeal procedure has been introduced in 2021 whereby parties may file a complaint to the uniformity complaint chamber (Sections 41/A-41/D) presided by the President or the Vice-President of the Kúria and composed of eight judges appointed by the President, from the judicial colleges of the Kúria<sup>15</sup>. This is important because judges shall deliver their decisions in line with – all of – the decisions of the Kúria that have been published in the register<sup>16</sup>. As a result, this new type of appeal means the introduction of a so-called ‘semi-precedent system’<sup>17</sup> in Hungary.

11 Act CXXX of 2016 on the Civil Procedural Code; Act XC of 2017 on the Criminal Procedural Code and Act I of 2017 on the Administrative Procedural Code.

12 The case allocation rules shall concern the secondment judges in advance as well. It is worth to note here that according to Section 10 (2) of the Administration Act, in certain cases, the President of the Kúria – after acquiring the opinion of the competent college – may decide that certain cases shall be heard of five member chambers.

13 A. PATYI, *op. cit.*, p. 4.

14 D. KARSAL, ‘A jogegységi határozatok alkotmányossági vizsgálata’, *Fundamentum*, n. 1, 2006, pp. 103–110.

15 V. VADÁSZ, A. GYÖRGY KOVÁCS, ‘A game hacked by the dealer’, *VerfBlog*, 2020/11/10, <https://verfassungsblog.de/a-game-hacked-by-the-dealer/>, DOI: 10.17176/20201110-200050-0.

16 Despite the complexity of the text, it is still possible for lower courts to detract from the interpretation of the Kúria but only when firm reasons are provided. The official justification of Act CXXVII of 2019 – that amended of the Administration Act – suggests this but it actually does not appear in the text. Regarding this, see: A. OSZTOVICS, ‘Törvénymódosítás a bírósági joggyakorlat egységesítése érdekében – jó irányba tett rossz lépés?’, *Magyar Jog*, n. 2, 2020, pp. 72-80.

17 On the role of precedents, see: G. LAMONT, ‘Precedent and Analogy in Legal Reasoning’, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2016. D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, A.L. GOODHART (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Routledge, 2016.

### 2.3. The President of the NOJ

Sections 65-88 detail the functions and powers of the President of the NOJ being responsible for the central administrative tasks of the judiciary. The president has, *inter alia*, the following competences and powers: overseeing the administrative activities of the presidents of the regional courts and of the regional courts of appeal; adopting normative guidelines, recommendations and decisions binding on the courts; representing the judiciary; drafting the chapter of the judiciary in the central budget (after acquiring the opinion of the President of the Kúria and of the NJC); deciding on the volume of the annual ‘cafeteria’ bonuses of the judges; determining the necessary number of judicial positions at the courts; determining whether the employment of a judge – due to the decrease of the competences or the jurisdiction of the court – is not possible anymore; publishing the application procedure of the judicial position vacancies; recommending the appointment and dismissal (on the motion of the president of the court or of the service court, see: Section 96) of judges to the President of the Republic; on the recommendation of the concerned courts’ presidents, with the consent of the judges, assigning judges hearing administrative cases to the regional court and to the regional court of appeal; deciding on the transfer of judges; deciding – in principle – on the secondment of judges; appointing and dismissing the judicial executives in certain cases defined by the Act; approving the organisational and operational rules of the regional courts and the regional courts of appeal; the overseeing the administrative activities of the court executives. The President of the Kúria shall, with some exceptions<sup>18</sup> practice these powers in relation to the Kúria (Section 77).

The President of the NOJ is required to brief the NJC in every six months, and annually the President of the Kúria, the presidents of the regional courts and the regional courts of appeal. Against the regulations adopted by the President of the NOJ, judges may file a constitutional complaint to the CCoH, while regarding personal decisions or decisions that affect the judicial service, the concerned judge may turn to the labour court and in certain cases to the service court<sup>19</sup>.

18 For example, according to Section 19, he or she needs to liaise with the President of the NOJ to recommend the appointment of a judge to the President of the Republic or to transfer him or her to the new position.

19 According to Sections 101-104/B of the Status Act, the president and the members of the service courts (maximum of 75+15) are appointed by the NJC on the recommendation of the plenary session of the Kúria, of the full session of regional courts and of the regional courts of appeal for 9 years (the first instance operates next to the Budapest Regional Court of Appeal while the second instance of service court, next to the Kúria).

## 2.4. The NJC

Sections 88-113 regulate the role and the competences of the NJC as the self-governing organ of the judiciary to supervise the administration of the courts. The NJC is composed of 1+14 members which include the President of the Kúria and the ones who are elected by a collegium of peer judges for one term of 6 years from all instances of the judiciary but judges from the Kúria – except for the President – cannot be members of the NJC. The presidency of the NJC is held by its members for 6 months, according to a rotation system. The NJC seats at least four times in every year convened by its president or on the motion of one third of its members.

The most Important tasks of the NJC are: overseeing the organizational activities of the President of the NOJ; providing opinions on the rules and recommendations adopted by the President of the NOJ; providing opinion on the draft budget of the judiciary and on the remuneration of judges; hearing the applicants of the President of the Kúria and of the NOJ; having the right to consent in case the President of the Kúria or the NOJ wishes to recommend the second or the third applicant to the President of the Republic to be appointed as a judge; determining the guidelines that the President of the Kúria and the NOJ shall follow while recommending the second or the third best applicant; having the right to consent if the proposed court executive did not gain support from the assessing body; appointing the president and the member of the service court to supervising the financial disclosure declarations of judges. It is important to emphasize that the NJC – by two third majority – may propose the disqualification of the President of the NOJ to the National Assembly. Still, the NJC liaises about its budget with the President of the NOJ who is also responsible for providing the means for the functioning of the NJC.

## 2.5. The court executives

Sections 114-141 summarize the detailed rules on the court executives (presidents and vice-presidents of regional courts of appeal, regional courts and district courts; heads and the deputy heads of the judicial colleges; heads and deputy heads of the judicial groups and the chamber presidents), the secretary-general and the deputy secretary-general of the Kúria who are responsible for the management of the courts or of the departments.

The court presidents, among others, exercise the employer's rights; direct the financial and economic activities of the courts; draft the organizational and opera-

tional rules of the courts; determine the work order and the schedule of the courts; approve the schedule of the colleges; convene the plenary session of judges; execute the decisions of the President of the NOJ. The court executives are to be appointed for 6 years (except for the chamber presidents), two times (the NJC may grant exception) by – depending on the exact position – the President of the Republic, the President of the Kúria, the President of the NOJ, the president of the regional court of appeal or of the regional court.

The executive positions are to be filled via an application procedure published by the appointer unless the Act renders otherwise. Depending on the position, the plenary sessions of the judges (including the judges at the Kúria), the judicial colleges or the judicial groups – by way of secret ballots – assess the applications and rank them. The appointer takes into consideration the assessment, but it has no binding effect. Should the appointer wish to nominate another applicant, a written reasoning is to be provided. If the appointer is the President of the Kúria or the President of the NOJ, the NJC is to be briefed. In case the applicant did not receive the majority of votes during the assessment, the consent of the NJC is required.

The appointer either appoints an applicant or considers the application procedure unsuccessful<sup>20</sup>. In the latter case, when the appointer does not appoint any of the applicants, a new application procedure is to be published. It is important to note, that in case the new application procedure is unsuccessful again, the appointer may fill the vacancy of the executive position via temporary nomination – without an application procedure – for maximum a year<sup>21</sup>.

The appointer shall examine the activities of the court executives at least one time during their period of service. It is to be rendered on the motion of the President of the NOJ – when his or her decisions are not executed – or of the assessment body when it proposes the removal from the position of the person concerned. If the examination finds that the executive is unfit for the position, he or she shall be revealed from duties with immediate effect. In such a case, according to Section 140, the court executive may appeal to the service court. If the examination finds reasonable suspicions for disciplinary offences, the appointer initiates a disciplinary proceeding.

20 The official website of the judiciary uses the term invalid, see: <https://birosag.hu/en/appointment-judges>.

21 V. VADÁSZ, 'A Hungarian Judge Seeks Protection from the CJEU – Part II', *VerfBlog*, 2019/8/07, <https://verfassungsblog.de/a-hungarian-judge-seeks-protection-from-the-cjeu-part-ii/>.

## 2.6. The judicial bodies

Lastly, the provisions of the Administration Act (Sections 142-155) on the judicial bodies are to be summarized shortly. These are the plenary (at the Kúria) or full sessions of judges, the judicial colleges and the judicial councils. The plenary or full session of judges' – convened by the president of the courts – main tasks are: electing delegates to the collegium which elects the members of the NJC; providing opinion on the applicants for certain court executives; initiating their examination and removal from office; electing and dismissing the members of the judicial council.

The college of judges is to be mentioned which is a body that is composed of the judges of the court assigned to certain type of cases. Depending on the hierarchy of the court, members of the lower courts' colleges are to be delegated to the higher courts' colleges. The college shall provide an opinion regarding the submitted applications for a judicial position and also for an executive position (in the defined cases); initiate the examination of the activities of the court executives or their removal from office and provide an opinion on the case allocation rules as well.

Lastly, the judicial councils are of 5-15 members elected for 6 years while the presidents and vice-presidents are elected from among themselves. The main competences of the judicial councils are providing opinion on the appointment (ranking the applicants), transfer and secondment of a judge; also on the annual budget, on the case allocation rules and on the organisational and operational rules of the courts.

## 3. The Status Act

### 3.1. General principles

According to its preamble, the Status Act aims at guaranteeing the constitutional principles of independence and impartiality of the judiciary. This is emphasized in Section 1 stating that judges shall be – in their adjudication activities – independent, having the same immunity as the members of the National Assembly (Section 2).

Provided otherwise in the Act, judges are appointed via an application procedure by the President of the Republic (Section 3). The Status Act details the requirement that applicants for a judicial position must meet (Sections 4-6). The President of the NOJ has the competence to publish the application procedure of the vacant judicial positions [Section 9 (1)].

A recently introduced special regime relates to justices of the CCoH: if they wish so, the President of the Republic shall appoint them as a judge of the Kúria. This novelty may have a strong impact on the composition of the Kúria where all the judges have previously served as so-called career judges, while the new regime allows for the justices elected by the National Assembly to become judges without going through the classical procedure.

### 3.2. The application procedure

Sections 7-22 contain the requirements, the process and the remedies regarding the judicial application procedure. According to this, applications must be submitted to the president of the court where the vacancy is open. The applicants shall receive objective and subjective points. The objective points are given after the experience and education of the applicants. As for the subjective points, the opinion of the judicial college, the result of the hearing of the judicial council and the opinion of the president of the district court where the vacancy is to be found shall be taken into consideration. Adding up these points, the judicial council ranks the applicants. If the subjective points given to an applicant change the order of the first three applicants that was calculated based on the objective points, the judicial council is obliged to provide a written explanation. Then, the judicial council transmits the ranking to the president of the relevant court. If the president of the regional court or of the regional court of appeal agrees with the ranking, he or she notifies the President of the NOJ. If he or she does not agree with the ranking, he or she has the right to suggest the second or the third applicant but needs to provide a written explanation.

As a last step, the applications are evaluated by the President of the NOJ. If the President of the NOJ agrees that the top ranked applicant is to be appointed, he or she proposes him or her to the President of the Republic (or transfers the applicant to the new position if he or she is a judge already). If he or she does not agree with the top applicant, it is possible to suggest the second or the third best applicant for the President of the Republic, whereby a written explanation is required. Importantly, in these cases, the consent of the NJC is required. Should it be given by the NJC, the President of the NOJ propose the second or the third applicant for appointment to the President of the Republic. Should it be not, the President of the NOJ may suggest the firstly ranked applicant. If the applicant is a judge, the same rules apply except that, in the end, the President of the NOJ transfers him or her to the new position.

However, the President of the NOJ has the power to disagree with the NJC. In these cases, he or she may suggest another applicant to the NJC or conclude the application procedure as unsuccessful. According to Section 20, the process can be considered unsuccessful, if, for example, procedural rules have been breached or the judicial council did not provide sufficient reasoning.

In case of a vacancy at the Kúria, the President of the Kúria conducts the powers of the President of the NOJ. Having said that, the President of the Kúria shall liaise with the President of the NOJ who, in the end, proposes the selected applicant to the President of the Republic or transfers him or her (if the applicant is a judge already).

Finally, the president of the concerned court shall inform the applicants about the results of the application procedure including the ranking and their scores. The President of the NOJ is obliged to publish the results on the website of the NOJ as well and applicants may challenge the results at the service court.

### 3.3. The judicial appointment, secondment and transfer

In Sections 23-35, the Status Act governs the details of the appointment, transfer and secondment of judges. Accordingly, the first appointment of a judge – with a very few exceptions – is for 3 years after which, depending on an assessment process, the judge may be appointed for an indefinite period by the President of the Republic.

Secondment to another court can be ordered to achieve a fair distribution of the caseload between the courts or for the professional advancement of the judges. Judges can be seconded for maximum a year in three years without his or her consent. In cases when regional court judges or regional court of appeal judges are concerned, the President of the NOJ has to acquire the opinion of the president of the court.

Section 34 allows to the President of the NOJ to transfer a judge to another position based on an application procedure.

### 3.4. Rights and obligations, assessments

According to Sections 35-88, *inter alia*, judges are entitled to a salary which corresponds to their positions and which guarantees their independence. The judge's salary is composed of a basic element and bonuses. The basic salary of a judge is calculated according to certain indicators (such as experience) and cannot be lower than of the previous year. Judges shall be ranked to a higher salary category in every

three years. Based on his or her assessment, on the recommendation of the competent college, the judge might be ranked to a higher salary category.

Judges are obliged to conduct their activities impartially without any external influences, fairly and unbiasedly towards the parties. Judges must refrain from any behaviour that would undermine the trust in the institution or in the processes or would endanger its dignity. Judges must also deliver the assigned cases in reasonable time.

The activities of the judges are to be evaluated. Such a procedure shall investigate the practice of the judge, including the application of substantial and procedural laws as well as his or her presiding practice, primarily based on the closed cases rendered by him or her. Evaluations are to be carried out regularly or in extraordinary cases. Regular appraisal shall be conducted after the third year of the first appointment and in every 8 years. Extraordinary evaluation is to be ordered when there is an indication that the judge is not able to fulfil his or her duties. It is also possible when the judge requests it or when a case has been pending for over 2 years. The process starts with a pre-evaluation ordered by the president of the regional court, the regional court of appeal or by the President of the Kúria. Ordinary and extraordinary examination are rendered by these actors (*ex officio*). However, in the latter case the head of the judicial college (at his place of service or at the court of appeal) or the president of the district court (concerning a district court judge) may initiate it as well.

The pre-evaluation is handled by the head of the college or an appointed judge. The president of the court, based on the pre-evaluation, drafts the report on the assessment that is to be handed over to the concerned judge. The person who conducted the evaluation, head of the competent college and the president of the court of the place of service are to be presented as well and the concerned judge is entitled to make oral or written remarks on the draft. The final assessment and its reasons in writing shall be provided by the court president after such a meeting. The result of the assessment may range from excellent (available for promotion) to unfit. The assessment can be challenged by the concerned judge and by the head of the competent college (at his place of service or at the court of appeal) at the service court. Should the result consider the judge unfit, the president of the court shall initiate an incompetency proceeding at the service court. If the service court finds the judge being unfit as well, it declares the reason of removal. In this case, the President of the NOJ is to be notified who shall take appropriate measures.

### 3.5. Termination of service, disciplinary measures, service disputes

The judge's service terminates by his or her death, by his or her dismissal by the President of the Republic or in case, after the first appointment, he or she does not meet the requirements of the indefinite appointment. In certain cases, enlisted in Section 90, the judge shall be dismissed. These situations cover, *inter alia*, resignations; medical conditions; reaching the statutory retirement age (at least 65 years); as a result of a disciplinary procedure; as a result of his or her assessment (incompetency procedure); failing to meet the financial disclosure declaration obligations or if a decision found a conflict of interest. Dismissals are initiated by the presidents of the courts or by the service court, and parallel with that, judges may resign anytime from their positions in writing.

The judge commits a disciplinary offense when he or she violates his or her obligations stemming from the service and also, when his or her behaviour or lifestyle endangers or violates the dignity of the court. Disciplinary proceedings against court executives are initiated by the appointer. In other cases, such procedures may be initiated by the President of the Kúria (regarding the judges at the Kúria); by the president of the regional court of appeal (regarding the judges at the court); the president of the regional court (regarding the regional and the district courts) at the president of the first instance service court. In case of the disciplinary proceedings, the service court sitting in a three members chamber firstly decides on the process itself. Decisions of the service court may range from rebuking, ranking the judge to a lower salary category or from his or her release from the executive position to initiating his or removal. The concerned judge may challenge the decisions to the second instance of the service court (see: Sections 101-130).

Judges may bring action concerning their service and their rights stemming from their service, in principle, to the service court (Sections 145-146). When the Acts does not refer to the service court, the regional court as labour court is competent to hear such cases.

## III. THE EUROPEAN SCOPE

As it has been indicated, parallel to the adoption of the Fundamental Law, the legal framework that governs the judiciary was also altered. The above detailed Administration and Status Act were adopted in 2011, entered into force on the 1<sup>st</sup> of January, 2012 and have been amended several times, introducing fundamental changes in the Hungarian legal system concerning the organisation of the judiciary<sup>22</sup>. In this regard,

22 Having said that, an important exception shall be made here, namely the saga of the separa-

many aspects have triggered the attention of European actors that are going to be presented shortly below.

### 1. The Venice Commission

To begin with, The European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) has adopted – so far – six opinions in which fully or partly have dealt with the independence of the judiciary in Hungary since 2011<sup>23</sup>. As the opinions reflected the legislation in force and due to the changes in the Acts – partly to implement some recommendations of the Venice Commission – only overarching remarks are to be recalled.

The Venice Commission interprets the independence of the judiciary in the light of Article 6 of the ECHR, equally applicable to the court and to the individual judge, including three major factors: guaranteed term of office, irremovability and the freedom to decide<sup>24</sup>. Independence refers to external and internal factors, too<sup>25</sup>.

With regard to the Fundamental Law, the Venice Commission underlined that the judiciary as a separate power was not textually indicated in the Constitution and also that concrete guarantees for the autonomous administration were recommen-

ted administrative courts that had been a matter of concern for a longer time and which has never been realized due to political debates. Bearing in mind the aim of this paper and volume of the problems around this question, the issues related to the administrative adjudication shall not be evaluated here. For a summary, see: V.Z. KAZAI, ‘One Step Back, Two Steps Forward: The Hungarian judiciary’s independence is still in danger’, *VerfBlog*, 2019/11/26, <https://verfassungsblog.de/one-step-back-two-steps-forward/>, DOI: 10.17176/20191127-002355-0; See also: VENICE COMMISSION, Opinion on the on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules, CDL-AD(2019)004-e.

23 VENICE COMMISSION, Opinion on the new Constitution of Hungary, CDL-AD(2011)016-e; Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary, CDL-AD(2012)001-e; Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of Opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary, CDL-AD(2012)020-e; Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, CDL-AD(2013)012-e; Opinion on the on the law on administrative courts and the law on the entry into force of the law on administrative courts and certain transitional rules, CDL-AD(2019)004-e; Opinion on the amendments to the Act on the organisation and administration of the Courts and the Act on the legal status and remuneration of judges adopted by the Hungarian parliament in December 2020, CDL-AD(2021)036-e.

24 CDL-AD(2012)001, para 14.

25 CDL-AD(2012)001, para 69.

ded (enshrined in the relevant cardinal law)<sup>26</sup>. In addition, the speedy manner in which the laws on the judiciary were adopted or amended, the lack of consultation with the opposition parties and the society<sup>27</sup> and the excessive use of cardinal provisions were highlighted<sup>28</sup>. Furthermore, the Venice Commission, among others, raised its concerns regarding the vast powers of the President of the NOJ, vested with a single person<sup>29</sup> for a long term in office with weak accountability and supervision; the right of the President to consider application procedure unsuccessful<sup>30</sup>; the dependent relationship between the President of the NOJ and its supposed to be supervisory body<sup>31</sup>; the weak powers of the NJC and the prevailing ones of the President of the NOJ<sup>32</sup>.

As for the most recent concerns, the last opinion – regarding the Hungarian judicial system – is to be recalled<sup>33</sup>. Here the Venice Commission reflected the omnibus legislation<sup>34</sup> that introduced comprehensive changes once again. It also mentions the amendment that had been adopted in 2019<sup>35</sup> changing the eligibility criteria of the President of the Kúria and allowing the justices of the CCoH to be appointed as judges to the Kúria without an application procedure<sup>36</sup>. The most important points of concerns are: the process of the adoption of the omnibus Act (swift procedure, without consultation)<sup>37</sup>; the power of the President of the Kúria to determine that

26 CDL-AD(2011)016, para 102.

27 CDL-AD(2011)016, paras 103-104.; CDL-AD(2012)001, para 9.; CDL-AD(2021)036, paras 19-22.

28 In general: CDL-AD(2011)016, paras 22-27, 144-145; CDL-AD(2013)012 paras 129-134.; Regarding the judiciary: CDL-AD(2012)001, paras 17-20.

29 According to the Venice Commission, despite the fact that States enjoy a wide margin on the organisation of judicial administration system, there is no State within the CoE in which such powers are vested with one single person without proper accountability, see: CDL-AD(2012)001, para 26. and 118 for '[t]he President is indeed the crucial decision-maker of practically every aspect of the organisation of the judicial system'.

30 See: CDL-AD(2012)020, para 44.

31 See: CDL-AD(2012)020, para 40.

32 See: CDL-AD(2012)020, para 32.

33 CDL-AD(2021)036.

34 Act CLXV of 2020 on amending certain laws in the field of justice.

35 For details regarding the introduced changes see: V.Z. KAZAI, A. KOVÁCS, 'The Last Days of the Independent Supreme Court of Hungary?', *VerfBlog*, 2020/10/13, <https://verfassungsblog.de/the-last-days-of-the-independent-supreme-court-of-hungary/>, DOI: 10.17176/20201013-233456-0.

36 CDL-AD(2021)036, paras 16-17.

37 CDL-AD(2021)036, paras 19-22.

certain cases are to be heard by five member panels (as the requirement of tribunal established by the law is applicable not only to courts but also to individual judges and judicial panels)<sup>38</sup>; the composition of the uniformity complaints chamber (appointed by the President of the Kúria including heads of the colleges temporarily mandated by him or her) via which the President of the Kúria may have decisive role on the overall jurisprudence, risking its politicization<sup>39</sup>; the power of the President of the NOJ to assign judges who have previously been assigned to the NOJ to a higher position that allows practically bypassing the promotion procedure<sup>40</sup>.

## 2. The European Commission

Similar remarks to the ones found in the Venice Commission's opinions appear also in the European Commission's Rule of Law Reports from 2020 and 2021. The 2020 report<sup>41</sup> emphasized – in line with the observations of the Venice Commission – the shortcomings concerning the NJC to supervise the activities of the President of the NOJ. In this regard, the report listed the lack of its consultative competence about legislative proposals concerning the judiciary; its limited role in the application process of judges and court executives; and that the NJC is functionally dependent on the President of the NOJ. The report recalled that the NJC had criticised the practice of the former President of the NOJ declaring the application processes of court executives unsuccessful<sup>42</sup> and mandating interim ones leading the NJC to request the National Assembly to remove the President of the NOJ (later rejected by the National Assembly)<sup>43</sup>.

38 CDL-AD(2021)036, paras 23-34.

39 CDL-AD(2021)036, paras 44-49.

40 CDL-AD(2021)036, paras 55-60. The Opinion does not point it out but according to Section 64 (2) of the Status Act, the same rules are applicable regarding judges who are appointed to the Kúria.

41 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0316&from=EN>.

42 Here, it is necessary to mention that in 2018, the European Parliament had triggered the procedure defined in Article 7 (1) of the Treaty on European Union (TEU) touching upon the state of the independence of the judiciary. The proposal, *inter alia*, highlights – citing the Venice Commission – the excessive powers of the President of the NOJ; the planned administrative court system; citing the case-law of the ECtHR, the lengths of the judicial procedures and the case of the former president of the Supreme Court of Hungary. Report on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/2131(INL)), recitals (12)-(16).

43 The report cites the decision of the NJC: <https://orszagosbiroitanacs.hu/mdocs-file=1150>.

Importantly, the 2020 report presented the public opinion on the independence of the judiciary with an observable negative trend. In addition, the report mentioned a decision of the Kúria, which declared a reference for a preliminary ruling from a district court judge to be unlawful. In the concrete case, the interim president of a regional court even initiated a disciplinary procedure against the concerned judge but withdrew it later. Such phenomena have a negative impact on the perception of judicial independence similarly to the negative atmosphere created by pro-government media outlets<sup>44</sup> undermining the public trust in the judiciary. The report also points out the possibility of appointing justices of the CCoH as judges without an application procedure and the amended eligibility criteria for the President of the Kúria, allowing the time when one served as a justice of the CCoH to be taken into account as judicial experience<sup>45</sup>. Last but not least, the report presents the amendment of Act CLI of 2011 on the Constitutional Court (ACC) which allowed state organs to submit constitutional complaints against final judicial decisions.

The 2021 Rule of Law Report concerning Hungary by and large raised the same concerns. The 2021 report highlighted that the new President of the NOJ was more cooperative with the NJC than his predecessor, but the cooperation was limited to the legally required minimum. It was underlined – just as in the above detailed opinion of the Venice Commission – that the President of the Kúria may determine cases in the case allocation rules that are to be heard by five member panels. The composition of the uniformity chamber and the role of the President of the Kúria in this regard were also highlighted. The report recalled that according to the amended Acts, eight justices of the CCoH have already been appointed as judges to Kúria<sup>46</sup> and one of them has become the new President of the Kúria. The report presented that the NJC opposed his nomination<sup>47</sup>.

44 In this regard, as an example, see: C. GYÖRY, 'Fighting Prison Overcrowding with Penal Populism – First Victim: the Rule of Law: New Hungarian Law "Suspends" the Execution of Final Court Rulings', *VerfBlog*, 2020/3/12, <https://verfassungsblog.de/fighting-prison-overcrowding-with-penal-populism-first-victim-the-rule-of-law/>.

45 See: Commission Staff Working Document 2020 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary Accompanying the document Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions 2020 Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union, SWD/2020/316 final, pp. 2-9.

46 According to the amended Section 88 of the Status Act, their service is suspended until they leave their office at the CCoH.

47 Among others, the Hungarian Helsinki Committee also expressed its concerns, see: <https://>

### 3. The European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU)

Some older issues presented in the previous chapters have reached the European judicial forums as well. The following well-known court cases with regard to judicial independence in Hungary are to be highlighted.

Firstly, a decision of the CJEU should be mentioned which has been a result of an infringement procedure<sup>48</sup>. The subject matter of the case was the forced early retirement of judges resulting from lowering the retirement age of judges by law. The Status Act rendered that judges who reached the statutory retirement age should be dismissed. The general retirement age was defined by Act LXXXI of 1997 on social insurance benefits and the application of this general age limit meant lowering the threshold in the case of judges from 70 to 62 years. The Government of Hungary claimed that the underlying aim was to standardize the retirement age and redressing positive discrimination, but the CJEU came to the conclusion that Hungary, by abruptly and significantly lowering the retirement age of judges resulting their dismissal, failed to comply with its obligations stemming from the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation<sup>49</sup>.

Secondly, *Baka v Hungary* has to be outlined<sup>50</sup>. Mr. Baka was elected as the president of the Supreme Court of Hungary in 2009 for nine years after seventeen years of service at the ECtHR. During the time of the comprehensive constitutional and legislative changes in 2010-2011 the applicant raised his concerns about the proposed changes concerning the judiciary, such as about changing the retirement age of judges and about the proposals of the above detailed Acts. The Fundamental Law renamed and re-created the Supreme Court of Hungary as Kúria<sup>51</sup>, and its Transitional Provisions – having been adopted on the 30st of December 2011 – ordered the termination of service of Mr. Baka. What is more, the eligibility criteria within the Administration Act for the position of the President of the Kúria have also been

[helsinki.hu/wp-content/uploads/The\\_New\\_President\\_of\\_the\\_Kuria\\_20201022.pdf](https://helsinki.hu/wp-content/uploads/The_New_President_of_the_Kuria_20201022.pdf); See also: V.Z. KAZAI, A. KOVÁCS, ‘The Last Days of the Independent Supreme Court of Hungary?’, *cit.*

<sup>48</sup> C-286/12 *European Commission v Hungary* [2012] ECLI:EU:C:2012:687.

<sup>49</sup> Parallely, the CCoH has also found the concerned rules to be unconstitutional: Decision 33/2012. (VII. 17.) AB.

<sup>50</sup> ECHR [GC], (no. 20261/12).

<sup>51</sup> The Venice Commission raised its concern over the position of the president of the supreme court already in June 2011, see: CDL-AD(016), para 107.

altered, so Mr. Baka had no more chance to be reconsidered as a potential candidate. Analysing the case, the EctHR found a violation of Article 6 (1) of the ECHR since there was no judicial review available in the case of Mr. Baka. Secondly, the EctHR found a violation of Article 10 of the ECHR. In this regard, the EctHR noted that the legislative proposal of removing the applicants from office and practically making him ineligible for the new corresponding position were introduced after Mr. Baka had expressed his thoughts about the fundamental changes concerning the judiciary. The EctHR did not accept the Government's arguments and stated that the measures did not serve but violated the independence of the judiciary. Lastly, the EctHR underlined that expressing the opinions of the legislative proposals was not just a right but a duty of Mr Baka. Moreover, his opinions were made from a professional perspective. Therefore, and even though Mr. Baka remained as a judge and president of a civil chamber at the Kúria, the measures were irreconcilable with the independence of the judiciary and the irremovability of judges and the premature termination of office posed a chilling effect on the judiciary<sup>52</sup>.

Thirdly, the already mentioned request for a preliminary ruling has to be emphasized<sup>53</sup>. The case had been referred by a judge from a district court in Hungary hearing a criminal case against a Swedish citizen. The concrete issue was about the lack of objective criteria and system of selecting translators in Hungary and as such and the first question was whether the Hungarian practice was in line with EU law. However, the importance of the case comes from a different angle. The judge also referred questions to the CJEU, asking whether his own independence and the right to fair trial in front of him were granted in the light of the systemic changes regarding the judiciary and since the President of the NOJ appointed an interim president to his court of appeal. As it has been presented, the president of the regional court initiated a disciplinary procedure against the referring judge which later has been withdrawn. In addition, on the motion of the Prosecutor General, the Kúria – following a special opinion giving procedure, the remedy in order to preserve the legality – held that the reference was unlawful since the questions were not relevant for the proceeding. This procedure was fully contrary with the position of the CJEU on the discretionary decision of judges to initiate such proceedings<sup>54</sup>, and

52 It has to be noted that the implementation of the judgement has not yet happened. For further information, see: <https://helsinki.hu/en/new-submissions-to-the-committee-of-ministers-in-the-baka-v-hungary-case/>.

53 C-564/19 IS [2021] ECLI:EU:C:2021:949 is to be mentioned.

54 C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723.

accordingly, the CJEU found that such a review of requests for preliminary rulings by national supreme courts was incompatible with EU law as it deprives the CJEU's from its exclusive competence concerning the admissibility of such references<sup>55</sup>.

#### IV. THE DIMENSIONS OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY IN THE CASE-LAW OF THE CCOH

##### 1. Three dimensions of judicial independence

Judicial independence is an indirect topic of legal philosophy both in connection with public opinion<sup>56</sup> and in relation to the judge's preconceptions or emotions<sup>57</sup>. However, from a constitutional point of view, independence is mainly discussed with regard to other state powers, i.e. external independence from other state organs and internal independence from other judicial actors. Accordingly, the almost self-evident significance of the principle within the European Legal Space is not only a central topic of the Hungarian literature<sup>58</sup> and textbooks<sup>59</sup> but also of many key decisions of the CCoH<sup>60</sup>.

55 See also: C-558/18, C-563/18, *Miasto Łowicz* ECLI:EU:C:2020:234. For more details about this case and the tensions between the President of the NOJ and the NJC, see: B. BAKÓ, 'Judges Sitting on the Warsaw-Budapest Express Train: The Independence of Polish and Hungarian Judges Before the CJEU', *European Public Law*, vol. 26, n. 3, 2020, pp. 605-612.

56 See: L.L. FULLER, 'The Case of the Spelucean Explorers', *Harvard Law Review*, vol. 62, n. 4, 1949, pp. 616-645.

57 J. FRANK, 'Are judges human?', *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, n. 1-2, 1931, pp. 17-53, 233-267.

58 M. BENCZE, Á. KOVÁCS, 'Judicial independence and models of court administration', *MTA Law Working Paper* 2018/11; I. BIBÓ, 'Az államhatalmak elválasztása egykor és most', in I. BIBÓ, *Válogatott tanulmányok, 1945-1949*, Magvető, Budapest, 1986; Z. FLECK, *Jogállam és Igazságszolgáltatás a változó világban*, Gondolat, Budapest, 2008. K. HERBERT, A. PATYI, 50. § [A bíróságok feladatai és függetlenségük], in A. JAKAB (ed.), *Az Alkotmány kommentárja II*, Budapest, Századvég, 2009. p. 1737. L. RAVASZ, 'Bírói függetlenség és a tisztességes eljáráshoz való jog', *Debreceni Jogi Műhely*, n. 3-4, 2015; A. RÁCZ, 'Alkotmányos alapelvek és a bírósági szervezet vitakérdései', *Jogtudományi Közlöny*, n. 9, 2002, pp. 373-377.

59 J. LICHTENSTEIN, 'A bírói függetlenség', in L. TRÓCSÁNYI, B. SCHANDA, L. CSINK (eds.), *Bevezetés az alkotmányjogba*, HVG-ORAC, Budapest, 2016, pp. 364-365; E. BODNÁR, Z. POZSÁR-SZENTMIKLÓSY (eds.), *Alkotmányos tanok I*, HVG-ORAC, Budapest, 2018, pp. 183-191.

60 The paper focuses on the decisions that have been adopted after the Fundamental Law entered into force.

Analysing the jurisprudence, Ágnes Czine distinguishes three dimensions of the constitutional interpretation of judicial independence<sup>61</sup>:

i) firstly, it concerns the organisation of the judiciary<sup>62</sup>. In this sense, judicial independence is linked to the separation of powers as set out in Article C (1) of the Fundamental Law.

ii) secondly, it is intrinsically interlinked with the right to an independent and impartial judge as a fundamental right, protecting the parties as it is purported by Article XXVIII (1) of the Fundamental Law<sup>63</sup>.

iii) and finally, it is a constitutional principle that protects the judge from external pressure in order to being able to decide a case. According to the practice of the CCoH, this is also a ‘right, guaranteed by the Fundamental Law’ derived from Article 26 (1)<sup>64</sup>.

To begin with, the CCoH, concerning the review of a legislation that rendered the general natural security check of (sitting) judges, in the light of the principle of the separation of powers [Article C (1)], proclaimed that:

– ‘[j]udicial power – separated from the legislative and executive powers in the Hungarian parliamentary democracy, too – is a manifestation of state power that decides with binding force, through an organisation dedicated for this purpose, about the law debated or breached, in the course of a procedure regulated in an Act {Decision 3242/2012. (IX. 28.) AB, Reasoning [11]}. In the interpretation of the Constitutional Court, the independence of the judiciary enjoys a prominent role in the constitutional system of the separation of powers. Stability, neutrality and continuity are the most significant features of judicial power in contrast with the two other branches of power that have a “political” character. Thus the courts are not placed in a mutual interdetermination and interdependence with the other branches of power, as those are with each other. Guaranteeing the independence of judges cannot be identified with separating the judicial power from the two other branches of power – it is a broader issue that has to be addressed within the organisation of the courts as well. While ensuring the limitation of executive power is justified and constitutionally necessary both through the establishment of the institutions of parliamentary control and by way of the general

61 Á. CZINE, ‘Tükörkép a bírói függetlenségről és pártatlanságról az Alkotmánybíróság gyakorlatában’, *Alkotmánybírói Szemle*, n. 2, 2018, p. 3.

62 E. ASBÓTH, P. SOLT, K. GYÖRGYI, *Az igazságügyi szervek működése*, HVG-ORAC, Budapest, 1997, pp. 31, 39, cited by Á. CZINE, *op. cit.*, p. 3.

63 Á. FARKAS, E. RÓTH, *A büntetőeljárás*, CompLex, Budapest, 2007, p. 60., cited by Á. CZINE, *op. cit.*, p. 3.

64 Decicion 33/2012. (VII. 17.) AB.

application of judicial control over public administration, any external interference with the judicial power should face more severe constitutional limitations based on fundamental principles of guarantee. Judicial power should be independent from the political determination of the two other branches of power and from their changes; this requirement shall exclude any influence from the two other branches of power over the adjudicating activity of the courts'<sup>65</sup>

– [a]s laid down in an earlier decision of the Constitutional Court, “the enforcement of the division of powers and the independence of judges shall not be guaranteed by the lack of connections between the judicial system and the two other branches of power”, the “non-governmental” organisations and other actors of the political and social system. From this point of view, it is important to note that the constitutional principle of the independence of judges applicable to the activity of adjudication is not identical with the independence of the court structure that provides a framework for the function-specific activity of courts. The public authority activity of the independent judicial power materialises in performing judicial tasks {Decision 13/2013. (VI. 17.) AB, Reasoning [61]}. In this decision, the Constitutional Court also explained that the existence of a constitutional problem could indeed be considered, if there was a unilateral shift of power to the detriment of the judges and to the benefit of other branches of power'<sup>66</sup>.

This position reaffirmed the earlier Decision 34/2013. (XI. 22.) AB, whereby the CCoH concluded that the independence of the judicial power is based on the principle of the separation of powers, enshrined in Article C) (1) of the Fundamental Law. This means that courts are clothed with judicial powers to deliver final decisions with binding force on infringed or disputed rights. Their independence is a constitutional value that is to be granted by institutional/structural, financial and decision-making autonomy rules on the one hand, and rules that governed the independence of the individual judge on the other hand. This is why Article 26 (1) of the Fundamental Law states that judges may not be instructed in their judicial activity and are subject only to the law suggesting that the organisation of the judiciary and the legal status of the judges are among the most important safeguards of the judicial independence.

The issue of judicial independence was brought before the CCoH in the matter of forced retirement of judges not too long after the entry into force of the Funda-

65 Decision 12/2017. (VI. 19.) AB, para 49. For the official translation, see: [https://hunconcourt.hu/en/wp-content/uploads/sites/3/2018/11/12\\_2017\\_en\\_final.pdf](https://hunconcourt.hu/en/wp-content/uploads/sites/3/2018/11/12_2017_en_final.pdf); For the CODICES summary, see: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2017-2-001>.

66 *Ibid.*, para 51.

mental Law. While the court annulled the challenged regulations, it formulated the following fundamental considerations, partly recalling its former case-law:

– ‘[i]t is a minimum requirement of the consolidated interpretation of the Hungarian historical constitution to accept that the Acts of Parliament constituting the civic transformation completed in the 19th century form part of the historical constitution. These had been the Acts that had created – upon significant precedents – a solid fundament of legal institutions that served as a basis for building a modern state under the rule of law. Therefore when the Fundamental Law “opens a window” on the historical dimensions of our public law, it makes us focus on the precedents of institutional history, without which our public law environment of today and our legal culture in general would be rootless. In this situation the responsibility of the Constitutional Court is exceptional, or indeed historical: in the course of examining concrete cases, it has to include in its critical horizon the relevant resources of the history of legal institutions’<sup>67</sup>;

– ‘[t]he principle of judicial independence, with all of its elements, is an achievement beyond doubt. Therefore the Constitutional Court establishes that judicial independence, and the resulting principle of irremovability, is not only a normative rule of the Fundamental Law, but also an achievement of the historical constitution. Thus it is an interpreting principle obligatory to everybody, based on the provisions of the Fundamental Law, and which is to be applied also in the course of exploring other potential contents of the Fundamental Law’<sup>68</sup>;

– ‘[a]lso in Hungary, the legal relationships of judicial service enjoy increased constitutional protection as compared to other legal relations in public service. In addition to the right to bear a public office, the constitutional protection of the service relationship of judges results from Article 26 para. (1) of the Fundamental Law, too. According to this provision of the Fundamental Law, judges are independent and answer only to the law. The independence of judges is the most important guarantee of the independence of the judiciary’<sup>69</sup>.

– ‘[t]he Constitutional Court attributed great importance to the organisational and status-related guarantees in the guarantee-system of judicial independence. “The institutional protection of judicial independence and autonomy by way of safeguarding laws is an unquestionable value, as an important guarantee of the enforcement of

67 Decision 33/2012 (VII. 17.) AB, para 45. For the official translation, see: [http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/0d0c4a0c9bf49cc4c1257ada00524f96/\\$FILE/EN\\_0033\\_2012.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/0d0c4a0c9bf49cc4c1257ada00524f96/$FILE/EN_0033_2012.pdf); For the CODICES summary, see: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2012-2-003>.

68 *Ibid.*, para 80.

69 *Ibid.*, para 82.

human and civic rights as well as of the rule of law. The overlapping, connected and supplementary provisions of the Constitution, the ASJ and the Act LXVII of 1997 on the legal status and the remuneration of judges together build a triple protective system, excluding the restricting of the sovereignty of judicial power”. [Decision 54/2001. (XI. 29.) AB, ABH 2001, 421, 433–434.; Decision 13/2002. (III. 20.) AB, ABH 2002, 85, 97.] Personal independence is a part of judicial independence. It means that judges may not be ordered, and they may not be discharged or removed against their will – only for reasons – and through a procedure – specified in a cardinal Act. It is an element of personal independence that the office of a professional judge is a “lifetime” tenure. (Acts on the judiciary usually differentiate between the persons exercising a judicial function on the basis of what type of judge is concerned: a distinction is made between professional and lay judges, jurymen or assessors; one of the elements of the differentiation is defining the tenure of professional judges as an assignment “for lifetime”, in contrast with lay judges or jurymen whose mandate is for a fixed term.)<sup>70</sup>

– (the Status Act) ‘plays a paramount role in the individual aspect of judicial independence, as it is designed to guarantee in the regulation of the legal relationship of judicial service the freedom of status necessary for unbiased judicial work. In the context of judicial independence, one may conclude that securing the stability of the legal relationships of judicial service is a requirement based on the Fundamental Law, demanding extra guarantees in comparison with other legal relations. The guarantees include that it takes a cardinal Act to regulate the reasons of terminating the judicial service, the term of exercising the profession, and the upper age limit under which judges are irremovable; judicial service relationships can only be terminated – in the absence of the agreement of the judge – on exceptional basis (in case of a serious disciplinary misdemeanour, committing a crime, becoming incapable to practice the profession). The irremovability of judges guaranteed by the Fundamental Law is a personal guarantee, which secures the autonomy of judges in passing judgements by excluding the possibility of causing any disadvantage to the judges related to their legal relationship of service because of passing a judgement in line with the laws and their conscience. At the same time, the right of the subjects of the procedure to an “independent judge” is a right guaranteed in Article XXVIII para. (1) of the Fundamental Law. The irremovability of judges is, at the same time, a guarantee of the right to an independent and impartial court. Taking it into account, the legislator must determine the upper age limit of practicing the judicial profession in a manner that makes it unambiguous and calculable’<sup>71</sup>.

These considerations have been echoing in the case-law of the CCoH and might be regarded as basics. To sum up, the irremovability of judges, guaranteed by

70 *Ibid.*, para 83.

71 *Ibid.*, para 84.

the Fundamental Law, is a personal guarantee of their autonomy, since it precludes them from being removed by way of legislation<sup>72</sup>.

In addition, it can also be concluded that the independence of the judiciary is one of the main guarantees of the protection of fundamental rights and the rule of law<sup>73</sup>. The CCoH connected the rule of law and the independence of the judiciary stating that '[the] independent judiciary (...) is the foundation of the rule of law. Judicial independence is neither a fundamental right nor a privilege of the judge but serves the interests of those seeking justice'<sup>74</sup>. In the absence of such a tribunal, the enforcement of individual rights is compromised and may ultimately become impossible<sup>75</sup>. Thus, according to the CCoH, status and structural guarantees shall serve the independence of the adjudication<sup>76</sup>.

Furthermore, in Decision 13/2013. (VI. 17.) AB – initiated by the Government of Hungary, after the Venice Commission adopted its Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of Opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary (CDL-AD(2012)020.) – the CCoH formulated that the position of the judiciary was special among the state organs and, practically enjoyed rather absolute protection which served the independent adjudication. The legal safeguards shall provide protection against external but also from internal influences, so to say, judges shall be independent from other judges as well<sup>77</sup>.

As regards the internal independence, Decision 33/2017 (XII. 6.) AB on the so-called Integrity Code, issued by the President of the NOJ, has to be mentioned whereby the CCoH faced the interrelationship between the administration of justice<sup>78</sup> and the independence of the judiciary. The petitioner, a judge, stated that a provision of the Integrity Code issued by the President of the National Office of the

72 In Decision 12/2017 (VI. 19.) AB on national security control of judges the CCoH underlined that the process of ensuring the independence of judges began by introducing the guarantee of irremovability of judges in 1869, see: paras 47-48; Also see earlier in Decision 33/2012. (VII. 17.) AB, paras 77-79.

73 Decision 34/2013. (XI. 22.) AB, para 26.

74 Decision 4/2014. (I. 30.) AB, para 43.

75 Decision 7/2013. (III. 1.) AB, para 24.

76 Decision 13/2013. (VI. 17.) AB, para 118.; Decision 33/2017. (XII. 6.) AB, para 76.; Decision 22/2019. (VII. 5.) AB, para 63.

77 Decision 13/2013. (VI. 17.) AB, paras 117-118. This includes material independence, too: Decision 12/2017. (VI. 19.) AB (I. 30.) AB, para 51.; Decision 12/2017. (VI. 19.) AB, para 56.

78 Á. Kovács, 'Ki védi meg a magyar bíróságok függetlenségét? Személyzeti politika a központi igazgatásban', *MTA Law Working Papers* 2019/10.

Judiciary (NOJ) defined the concept of integrity in such a way which provided an unlimited margin to the President of the NOJ – elected by the Parliament –, when it stated that it meant, *inter alia*, ‘compliance with the objectives, values and principles set out in the instructions and recommendations of the President of the NOJ, also conduct and organisational functioning in accordance with them’<sup>79</sup>. Accordingly, this was not only a mere reference to the code, but rather a risk that the *recommendations* would discretionally replace the law by a quasi-regulatory regime in future, which could jeopardise the functioning of the court as an independent branch of power. The CCoH held that the rules prescribed by the President of the NOJ essentially constituted binding regulations for the judges, solely based on principles and values which were derivable from the Fundamental Law or the laws governing the organization of the judiciary. As a result, ‘[t]he content of the regulations must therefore remain within the scope of the regulation of matters relating to the administration of the courts and must not affect the independence of the judge who is to about to render a judgement’<sup>80</sup>. The CCoH pointed out that the non-binding recommendation could not lay down rules of conduct, possibly affecting judicial independence and as such, partially annulled the contested rules.

Judicial independence does not only protect judges themselves but it serves the citizens through the right to a fair trial [Article XXVIII (1)]. In this sense, the independence of the judiciary is to be considered as a guarantee of the right to fair trial<sup>81</sup> being indispensable for the protection of other fundamental rights<sup>82</sup>.

In this regard, it is necessary to emphasize that the right to fair trial is to be considered as an absolute one<sup>83</sup>. Adding to the previous considerations, the CCoH emphasized the importance of the right to effective judicial remedy as a sub-component of the right to fair trial. It is imperative that guaranteeing formal judicial review on its own is not sufficient but a real or material review is required.

Besides the right to an effective judicial protection, the CCoH excessively interpreted other sub-components of the rights to fair trial. Accordingly, natural

79 Decision 6/2016. (V. 31.) OBH of the President of the NOJ, Section 5 e).

80 Decision 33/2017. (XII. 6.) AB para, 81.

81 L. RAVASZ, ‘Bírói függetlenség és a tisztességes eljáráshoz való jog’, *Debreceni Jogi Műhely*, vol. 12, n. 3-4, pp. 58–85, <https://doi.org/10.24169/DJM/2015/3-4/6>, p. 61; See also: Decision 34/2013. (XI. 22.) AB, paras 26 and 28.

82 Á. CZINE, ‘Tükörkép a bírói függetlenségről és pártatlanságról az Alkotmánybíróság gyakorlatában’, *Alkotmánybírói Szemle*, n. 2, 2018, p. 5; See also: Decision 34/2013. (XI. 22.) AB, paras 26 and 28.

83 Lately: Decision 26/2021. (VIII. 11.) AB, para 34.

and legal persons shall have the right of access to a court, i.e., the right to an independent and impartial tribunal<sup>84</sup>. In this sense, independence is a prerequisite for an impartial procedure<sup>85</sup>. Impartiality connects the dots, namely the structural requirements and the promise of individual justice. Impartiality also imposes certain obligations on the law-maker, as well as on the judges themselves. Firstly, it requires rules that – objectively – imply fairness while judges – subjectively – shall hear cases in a completely neutral manner. This objective-subjective test was imported from the case-law of the ECtHR<sup>86</sup>.

Additionally, judges shall not only be impartial but they have to seem to be as such<sup>87</sup>. These constitutional guarantees – independence and impartiality of the judiciary and their source, the right to fair trial – serve the need for a constitutional and final decision on the disputed law<sup>88</sup>. It is important to note that according to the CCoH, independence and impartiality, stemming from the right to fair trial, are two distinctive requirements but they are to be understood in the light of each other. Impartiality is closely linked to independence since only an independent court could act impartially in individual cases. Impartiality required the judge hearing the case to be free from prejudice, not being biased in favor or against any of the parties<sup>89</sup>. In this sense, the CCoH also emphasizes that the right to an independent and impartial court is an essential element of the fair trial. These requirements are to be considered indispensable for the protection of other fundamental rights. Only these may grant that the rights of the parties would be decided by truly independent forums. Moreover, independence and impartiality of courts are the foundational principles of functioning of the rule of law. In a democratic state, it was vital that courts' decisions may claim to be final and binding. Courts would only meet these requirements if they conducted their proceedings independently and impartially, in line with the right to fair trial. In the absence of independent and impartial adjudication, the enforcement of individual rights would fail. Thus, independence and impartiality, integral elements of the fair trial, shall be considered in a democratic rule of law state as unconditional constitutional claims<sup>90</sup>.

84 For example: Decision 22/2014. (VII. 15.) AB, para 49.

85 32/2013. (XI. 22.) AB határozat, Indokolás [26]; Decision 22/2014. (VII. 15.) AB, para 49.

86 Decision 36/2013. (XI. 22.) AB, para 48.

87 Decision 21/2014. (VII. 15.) AB, para 106.

88 Decision 7/2013. (III. 1.) AB, para 24.; See also the citations from Decision 12/2017. (VI. 19.) AB above.

89 Decision 34/2013. (XI. 22.) AB, para 26.

90 *Ibid.*, para 28.

However, judges need to be able to protect their independence, and therefore the CCoH in the direct constitutional complaint procedure<sup>91</sup> initiated by the forced retired judges acknowledged Article 26 (1) as a clause containing a special right of judges that they can invoke in front of the CCoH. This has been an important and activist interpretation since in constitutional complaint procedure only fundamental rights can be invoked and complainants – in principle – cannot rely other provisions such as provisions in the Chapter on ‘The State’. Nevertheless, this approach has become a living instrument and it has been recently reaffirmed by Decision 3035/2021 (II. 10.) AB which touched the guarantees of the termination of judicial service<sup>92</sup>.

## 2. Recent developments: limiting judicial independence

Finally, it is necessary to draw attention to a specific aspect of interpretation relating to the independence of the judiciary. It seems that in accordance to the latest jurisprudence of the CCoH, judicial independence does not only guarantee the right to fair trial, but on the contrary: it may be in a conflicting relation with it.

To put this problem into a context, the function of the CCoH is to be shortly elaborated. During the constitutional changes in 2011-2012, the powers of the CCoH were also changed and while *actio popularis* disappeared, the right to individual constitutional complaints against judicial decisions – and under certain circumstances against laws – was introduced. As such, judicial decisions and the interpretation given by the courts have been subjected to the review of the CCoH. Analysing the new role, the CCoH, for a long time, insisted that it shall not be considered as a court of appeal, and it would never decide on the merits of the case. According to its case-law, examining the factual aspects of

91 According to Section 26 (2) of the ACC: a constitutional complaint procedure may be initiated due to the application of a legal provision contrary to the Fundamental Law, or when such legal provision becomes effective, rights were violated directly, without a judicial decision, and there is no procedure for legal remedy designed to repair the violation of rights, or the petitioner has already exhausted the possibilities for remedy. For official translation of the ACC, see: <https://hunconcourt.hu/act-on-the-cc>.

92 In this decision, the CCoH stressed that guarantees to the organization of the judiciary and to the status of the judges were vital to safeguard judicial independence, and '[the] institutional guarantee of judicial independence and autonomy, which is enshrined in law, is of an unquestionable value as it serves as an important guarantee for human and civil rights and the rule of law', see: Decision 3035/2021. (II. 10.) AB, para 29.

the case, appraising the proofs and implementing the laws in concrete cases belong to the ordinary courts<sup>93</sup> and ultimately to the Kúria<sup>94</sup>. As such, the CCoH would only set constitutional boundaries on the possible interpretations of the law implemented by the court<sup>95</sup> and it has been emphasized several times that neither the abstract principle of the rule of law, nor the right to fair trial may provide basis for the CCoH to assume the role of the courts to become a 'super court' acting as a court of appeal<sup>96</sup>.

However, it seems, that this approach might have changed by a few cases. This turn originates from is Decision 20/2017 (VII. 18.) AB, in which the CCoH annulled a judgment of a general court since, in the view of the CCoH, the judge relied on the judicial practice but not the law in force. The decision, while prohibiting the so-called 'arbitrary application of the law', stated that '[i]f the court detaches itself from the law, it deprives itself of one of the material bases of its independence. A court which does not comply with the relevant legislation is in essence abusing its independence, which may in some cases result in a violation of the right to a fair trial'<sup>97</sup>.

This rather unfortunate conception ['the court (...) abuses its independence'] can be applied by *ad hoc* manner without any concrete standards provided that the CCoH only stated the 'in some cases' *contra legem* legal application can reach the level of *contra constitutionem* but it failed to give any further guidelines regarding this issue<sup>98</sup>.

The recent case-law shows that this approach has been operationalised<sup>99</sup>. The CCoH has been cited this practice in important decisions, for example in the one which granted a *locus standi* to the National Bank of Hungary to file a constitutional

93 Recently: Ruling 3252/2022. (V. 18.) AB, para 26.

94 Recently: 3249/2022. (V. 18.) AB, para 14.

95 Recently: Ruling 3243/2022. (V. 18.) AB, para 19.

96 Recently: Decision 3197/2022. (IV. 29.) AB, para 22.

97 Decision 20/2017. (VII. 18.) AB, para 23. For more information, see: <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/BF8CA51485F3B88BC125829D00597AB3?OpenDocument&english>.

98 Decision 3280/2017. (XI. 2.) AB, para 38.

99 Decision 3179/2018. (VI. 8.) AB, para 66; Decision 6/2018. (VI. 27.) AB, para 31; Decision 23/2018. (XII. 28.) AB, para 28; Decision 3088/2019. (IV. 26.) AB, para 26; Decision 16/2019. (V. 14.) AB, para 39; Decision 11/2020. (VI. 3.) AB, para 60; Decision 3328/2020. (VIII. 5.) AB, para 24; Decision 3354/2020. (X. 14.) AB, para 24; Decision 3/2021. (I. 7.) AB, para 58; Decision 12/2021. (IV. 14.) AB, para 23; 29/2021. (XI. 10.) AB, para 27; 5/2022. (IV. 14.) AB, para 64; 3178/2022. (IV. 22.) AB, para 33.

complaint against an unfavorable judicial decision<sup>100</sup>. This basically allowed a state organ to argue against a final decision delivered by another state organ (the court) in front of yet another state organ (the CCoH) while the private party was not involved in the procedure due to the nature of the constitutional complaint procedure<sup>101</sup>.

In addition, an EU law related decision also quoted the possibility of abusing judicial independence. The constitutional requirement formulated by Decision 11/2020 (VI. 3.) AB shows a sceptical tone towards the EU integration and refers to the applicability of EU law. In this sense, the CCoH found it problematic that the Kúria has extended the scope of the *SEGRO* case of CJEU<sup>102</sup>. As a reaction, it connected the argument of 'arbitrary disregard of domestic law in force' with the 'unjustified application of EU law'<sup>103</sup> stating that such situations would breach the Fundamental Law. The case would actually imply, that the CCoH, which always emphasises that it is not a 'super court'<sup>104</sup> and does not review the interpretation of the law given by the ordinary courts, would nevertheless claim for itself the power to review this single (and otherwise rather complex) question, i.e., whether the judge acting in the case has correctly set aside domestic law in favour of EU law<sup>105</sup>.

## V. CONCLUSIONS

The CCoH has so far enforced the principle of judicial independence as understood by liberal democracies. As such, it has been considered as a primary guarantee of the right to fair trial, a prerequisite for the protection of other fundamental rights and the guardian of the rule of law. These considerations reflect the European practice. Moreover, it has also created the possibility for judges to seek protection from CCoH through interpreting Article 26 (1) of the Fundamental Law as a special right of judges that can be invoked in constitutional complaint procedures. Having said

100 Decision 23/2018. (XII. 28.) AB, para 27.

101 It has to be noted that dissenting opinions attached to this decision reflect these concerns. Nevertheless, the ACC was amended in the end of 2019, making it explicitly possible for state organs to submit constitutional complaints against judicial decisions in which they were parties. This questions one of the foundations of constitutionalism, namely: protecting individual liberty against the state. This development has also been pointed out by the European Commission in its Rule of Law Reports.

102 C-52/16 *SEGRO* ECLI:EU:C:2018:157.

103 Decision 11/2020. (VI. 3.) AB, para 60.

104 E. ORBÁN, 'A valódi alkotmányjogi panasz tapasztalatai', *Magyar Jog*, n. 9, 2016, pp. 584-588; Also see the previously cited case-law.

105 Finally, this has happened in Decision 16/2021. (V. 13.) AB.

that, and besides the issues having been pointed out by the European actors, there are some other recent developments that are rather concerning. On the one hand, the constitution maker seems to be convinced to centralize legal interpretation stronger than ever before with preferencing subjective teleological interpretation in Article 28 of the Fundamental Law and through the introduction of the so-called semi-precedent system. On the other hand, the CCoH's new stance on the arbitrary interpretation of the law by regular courts and the concept of abusing their independence may lead to *ad hoc* interventions into the adjudication. In other words, as the above elaborated decisions imply, the CCoH may come close to becoming a court of appeal by considering in great detail and with special weight the facts of a case and the application of the law under these facts. This approach, combining with the possibility of the bodies with public power to file a constitutional complaint against final judicial decisions<sup>106</sup> may have a chilling effect on judges, risking their independence as it has been previously elaborated by the CCoH.

#### **Abstract**

*Within the European Legal Space, the independence of the judiciary bears outmost importance and that is the case within the Hungarian legal system as well. The Constitutional Court of Hungary (CCoH) started to formulate its ground-laying decisions after the political changes in 1989-1990. These rulings had defined – and still define – the constitutional role and requirements of the independence of the judiciary, the state of which has been a matter of concern of European institutions since 2012. The goal of this paper is to present the legal framework that governs the functioning of the judiciary in Hungary, which should guarantee its independence. Secondly, the most relevant measures and evaluations provided by the European institutions in the concerned field are to be recalled. Finally, yet importantly, the paper will discuss the main dimensions of the CCoH's interpretation on the independence of the judiciary and provide a critical evaluation of the recent case-law.*

#### **Keywords**

*European Legal Space, Independence of the judiciary, Constitutional Court of Hungary, Hungarian legal system.*

#### **Resumen**

*Dentro del Espacio Jurídico Europeo, la independencia judicial reviste la máxima importancia; éste es también el caso del sistema jurídico húngaro. La Corte Constitucional de Hungría comenzó a formular sus sentencias fundacionales tras los cambios políticos de*

106 Regarding this, see: V.Z. KAZAI, 'Constitutional Complaint as Orbán's Tool: Judicial assistance for the reinforcement of the government's interests', *VerfBlog*, 2022/3/01, <https://verfassungsblog.de/constitutional-complaint-as-orbans-tool/>, DOI: 10.17176/20220302-001101-0.

*1989-1990. Dichas sentencias habían definido -y siguen definiendo- el papel constitucional y los requisitos de la independencia del poder judicial, cuyo estado ha sido motivo de preocupación de las instituciones europeas desde 2012. El objetivo de este trabajo es presentar el marco jurídico que rige el funcionamiento del poder judicial en Hungría, que debería garantizar su independencia. En segundo lugar, se recuerdan las medidas más relevantes de las instituciones europeas en la materia. Por último, el trabajo analiza las principales dimensiones de la interpretación de la Corte Constitucional húngara sobre la independencia del poder judicial, y ofrece una evaluación crítica de la jurisprudencia reciente.*

**Palabras clave**

*Espacio Jurídico Europeo, independencia judicial, Corte Constitucional húngara, ordenamiento jurídico húngaro.*

Recibido: 27 de abril de 2022

Aceptado: 17 de mayo de 2022

# Perfiles/Noticias

---



## EN RECUERDO DE ELISEO AJA

### In memory of Eliseo Aja

LAURA DÍEZ BUESO

*Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad de Barcelona*

Tras su desaparición el pasado mes de agosto, fueron numerosas las glosas sobre la amplia y decisiva obra académica de Eliseo Aja, desde sus primeros trabajos como su introducción al estudio de Ferdinand Lassalle “Qué es una Constitución”, hasta su última monografía “Estado autonómico y reforma federal”, pasando por sus múltiples publicaciones sobre el régimen de la extranjería como “Inmigración y Democracia”. Por supuesto, no faltaron referencias a proyectos que le acompañaron siempre como el “Informe Comunidades Autónomas”, que celebró su treinta aniversario gracias a su inagotable perseverancia. Es por ello por lo que estas líneas van a recordar al Eliseo que habitaba detrás de su obra.

Era un hombre comprometido con la democracia y con la justicia social, que empleó el Derecho como instrumento para solucionar problemas y para mejorar la vida de quienes más lo necesitan. No solo se implicaba con ahínco en el debate público para tratar de resolver los asuntos que consideraba acuciaban a la sociedad, sino que también disponía de una clarividente capacidad para atisbar los retos futuros mucho antes que cualquiera de nosotros. Su mente abierta encontraba a menudo en el Derecho comparado pautas innovadoras y le permitía adelantarse a cuestiones venideras.

Era un académico que creía en la Universidad como comunidad de estudio y de transformación social. Lo demostró cuando, junto con otros profesores de su quinta, conformó el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona; cuando fundó con sus compañeros y amigos el Observatorio universitario de Derecho Público; o cuando promovió la creación de la Asociación de Constitucionalistas de España, que presidió en sus primeros años de andadura. Dedicó toda su inagotable capacidad de trabajo a la Universidad, de la que solo se alejó al culminar su trayectoria profesional como miembro y Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias.

Su mirada era inquieta y profunda, todo él desbordaba energía y pasión. Fue honesto y generoso con discípulos y colegas, incluso con los que no coincidían con él. Su fuerte temperamento y su timidez ocultaban la gran calidez y sensibilidad que albergaba, bien conocida por los amplios y sólidos equipos que incansablemente fundó.

A Eliseo no le gustaba que le llamaran Maestro, pero lo fue. *Et trobarem molt a faltar.*

### **Resumen**

*La profesora Díez Bueso dedica a su maestro, el catedrático Eliseo Aja, unas emotivas palabras tras su reciente pérdida.*

### **Palabras clave**

*Eliseo Aja, Constitución, Justicia social, Universidad.*

### **Abstract**

*Professor Díez Bueso dedicates some moving words to her teacher, Professor Eliseo Aja, after his recent loss.*

### **Keywords**

*Eliseo Aja, Constitution, Social justice, University.*

# Textos clásicos

---



# LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES. UNA CONTRIBUCIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN PLURALISTA Y PROCESAL DE LA CONSTITUCIÓN<sup>1\*</sup>

**The open society of constitutional interpreters. A  
contribution to pluralist and procedural interpretation of  
the constitution**

PETER HÄBERLE

*Profesor emérito de Derecho constitucional. Forschungsstelle für  
Europäisches Verfassungsrecht. Universidad de Bayreuth (Alemania)*

## SUMARIO:

- I. Tesis básica, estado del problema.
  - II. Los participantes en la interpretación constitucional.
  - III. Valoración del inventario.
  - IV. Consecuencias para la interpretación jurídica de la Constitución.
  - V. Nuevos planteamientos para la teoría constitucional.
- Apéndice a «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales».

\* Traducido del alemán por Xabier Arzoz Santisteban.

<sup>1</sup> Título original: «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten». Publicado en la revista *Juristen-Zeitung*, 1975, pp. 297-305, y posteriormente integrado como capítulo quinto, con un apéndice, en el volumen *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1978, pp. 155-181; existe una 3.<sup>a</sup> edición de esta obra (1998). La versión castellana fue publicada dentro del volumen *Retos actuales del Estado constitucional*, por el Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46. La traducción original, así como la revisión para la presente publicación, han sido realizadas por Xabier Arzoz Santisteban, Catedrático de Derecho Administrativo (UNED).

## I. TESIS BÁSICA, ESTADO DEL PROBLEMA

### 1. El planteamiento hasta ahora de la teoría de la interpretación constitucional

La teoría de la interpretación se plantea hasta ahora fundamentalmente dos cuestiones:

- la cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional<sup>2</sup>.
- la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas)<sup>3</sup>.

Se ha descuidado el problema de la relación sistemática con la tercera (nueva) cuestión de los *participantes* de la interpretación constitucional, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso de participantes; este es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. La teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la «sociedad cerrada» de los intérpretes jurídicos de la Constitución<sup>4</sup>, y todavía reducía su perspectiva contemplando principalmente la interpretación de la *jurisprudencia* constitucional y el procedimiento formalizado.

Si una teoría de la interpretación constitucional quiere tomarse en serio el tema «Constitución y realidad constitucional» –piénsese en la demanda de incorporación de las ciencias sociales<sup>5</sup>, en las teorías jurídico-funcionales ya conocidas<sup>6</sup>, así como

2 Se mencionan como funciones: justicia, equidad, equilibrio de intereses, efecto satisfactorio y pacificador, razonabilidad (cfr., p. ej., BVerfGE 34, 269 [287 ss.] [= JZ 1973, 662, 665 con comentario de KÜBLER]), practicabilidad, adecuación objetiva, seguridad jurídica, calculabilidad, transparencia, capacidad de consenso, claridad de método, carácter abierto, establecimiento de unidad, «armonización» (SCHEUNER, *VVDStRL* núm. 20, 1966, p. 125), valor normativo de la Constitución, corrección funcional, libertad básica efectiva, igualdad social, («buen») orden público justo/conforme con el bien común.

3 Al respecto, fundamental K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 7.ª ed., 1974, pp. 20 ss. [La última y definitiva edición es la 20.ª, 1999. N. del T.].

4 Cfr. en cambio la figura de «todos los que piensan razonable y justamente» que apunta a «toda la comunidad» de H. EHMKE, véase *VVDStRL* núm. 20, 1963, p. 53 (71 s., 133]). Se debería completar: «y de los que actúan razonable y justamente».

5 Al respecto la obra colectiva GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften*, vol. 1, 1973. Cfr. sin embargo también SCHELISKY, *JZ* 1974, pp. 410 ss.

6 Al respecto H. EHMKE, *VVDStRL*, núm. 20, 1963, p. 53 (73 ss.); K. HESSE, *op. cit.*, pp. 29, 32 ss. Sobre las repercusiones procesales («procedere») y sustantivas del reparto funcional de trabajo entre el Tribunal Constitucional Federal y «otros órganos constitucionales»: BVerfGE 36, 1 (14 s.); 35, 257 (261 s.); 4, 157 (168 s. [=JZ 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 s.).

en los nuevos métodos de la interpretación referida a la opinión pública y el bien común<sup>7</sup>— entonces tiene que preguntarse más decididamente que hasta ahora, quién conforma la «realidad constitucional».

## 2. Nuevo planteamiento y tesis

En este sentido se plantea ahora la cuestión de los *participantes*, es decir la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional bajo el lema: ¿de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta!

La *tesis* es: en los procesos de la interpretación *constitucional* se insertan potencialmente *todos* los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay numerus clausus de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso *consciente*, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una «sociedad cerrada»: de los intérpretes jurídicos «agremiados» de la Constitución y de los participantes *formales* en el proceso constitucional. En realidad, es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas —en la medida en que son participantes *materiales*—, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.

## 3. Explicación de la tesis, concepto de interpretación

El concepto de interpretación que aquí se toma por base necesita de una explicación, que se puede resumir en la fórmula: quien «vive» la norma, (co-)interpreta también. Cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se designa como «interpretación» solamente una actividad dirigida consciente e intencionalmente a la comprensión y entendimiento de una norma (de un texto)<sup>8</sup>. La utiliza-

7 Al respecto con pruebas P. HÄBERLE, «Zeit und Verfassung», *ZfP*, núm. 21, 1974, p. 111 (121 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3.ª ed., 1998. N. del T.].

8 K. HESSE, *Grundzüge*, p. 21, se basa en este concepto restringido de interpretación. Él designa lo que aquí se entiende como interpretación en sentido amplio, como «realización» (actualización) de la Constitución; similarmente H. HUBER, que habla de «concretización en lugar de interpretación», *GS für Imboden*, 1972, p. 191 (195). Sobre un concepto *más amplio* de interpretación cfr. también H. EHMKE, *VVDStRL*, núm. 20 (1963), p. 53 (68 s.); SCHEUNER, *ibid.*, p. 125.

ción de un concepto de interpretación así delimitado es también sensata: la cuestión del método por ejemplo solo se puede plantear allí donde se interpreta conscientemente. Para una investigación realista de la realización de la interpretación puede ser necesario, sin embargo, un concepto más amplio de interpretación: ciudadanos y grupos, órganos estatales y publicidad<sup>9</sup> son «fuerzas de producción interpretativa»: intérpretes constitucionales en sentido *amplio*. Actúan por lo menos como «preintérpretes»; la responsabilidad corresponde a la justicia constitucional que interpreta «en última instancia» (salvo el valor normativo de los votos minoritarios). Si se quiere, se trata de una democratización de la interpretación constitucional<sup>10</sup>, como en realidad la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación alguna de la Constitución sin los ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas.

Todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, y dado el caso también directamente, intérprete de la norma. El destinatario de las normas participa más intensamente en el proceso interpretativo de lo que se admite generalmente<sup>11</sup>. Dado que no solamente los intérpretes jurídicos

9 El término alemán *Öffentlichkeit*, central en este trabajo jurídico y en otras obras relevantes de las ciencias sociales (véase, p. ej., J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1.ª edición, 1962) ha sido vertido en esta traducción como «publicidad», a pesar de que a menudo se ha venido traduciendo por «vida pública», «esfera pública», «público» y hasta a veces por «opinión pública». Por una parte, la denotación principal de la palabra castellana era hace cien años «vida social pública», sentido que conserva en alemán *Öffentlichkeit*, término formado por germanización del latinismo *Publiziätät*, trasladado a su vez de *publicité*. Por otra parte, utilizar la palabra castellana «publicidad» como un tecnicismo culto permite mantener importantes matices de la noción häberliana de *Öffentlichkeit*, como «publicidad pluralista» (*pluralistische Öffentlichkeit*). Repárese que el presente artículo se incorporó en un tratado más amplio titulado precisamente Constitución como proceso público, y que pone de manifiesto su concepción dinámica de la Constitución. Para el problema de la traducción del término alemán *Öffentlichkeit* puede consultarse la traducción castellana de la cita obra de Habermas (*Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, 6.ª edición), donde el traductor Antonio Doménech justifica expresamente en una Advertencia (p. 40) la utilización sistemática de la palabra «publicidad» con la única excepción del título. N. del T.

10 Al respecto P. HÄBERLE, «Zeit und Verfassung», *ZfP*, núm. 21, 1974, p. 111 (118 ss.).

11 G WINTER y K.F. SCHUMANN, «Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren», *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsstheorie*, vol. 3, 1972, p. 529, reclaman para el ámbito del Derecho penal la participación intensiva de aquéllos a los que se reprocha una infracción legal en el examen crítico y desarrollo del Derecho a través de la justicia.

de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos intérpretes, ni siquiera los primarios.

No se trata aquí solamente de la «práctica estatal»<sup>12</sup> (por ejemplo, de la interpretación de los artículos 54 y sigs. LF por el presidente federal o del artículo 65 LF por el canciller federal). En algunos derechos fundamentales la interpretación (¿ya conscientemente?) se orienta de acuerdo con la forma en que los propios «destinatarios de las normas» llenan el ámbito vital protegido por el derecho fundamental. Así el *Tribunal Constitucional Federal* (en adelante, TCF) determina el ámbito protegido por el artículo 4, apt. 1 y 2 LF con ayuda del autoentendimiento o concepción que de sí mismas tienen las Iglesias, las comunidades religiosas e ideológicas<sup>13</sup>. Parecida importancia podría alcanzar el autoentendimiento del artista en la interpretación de la garantía «abierta» de la libertad artística (art. 5.3 LF)<sup>14</sup>; también en la libertad científica que debe verse pluralista y procedimentalmente orientada, con su concepto «abierto» de ciencia<sup>15</sup> se plantea la cuestión de en qué medida ella misma tiene que ser necesariamente cointerpretada por las disciplinas científicas singulares (y sus metateorías), como en general los derechos fundamentales han de ser interpretados de forma abierta en un sentido específico. En un sentido amplio se pueden mencionar aquí también la interpretación de los artículos 21<sup>16</sup> y 38 LF orientada a

12 De qué forma esta influye en la interpretación, lo mostró ya G. JELLINEK con la fuerza normativa de lo fáctico, *Allgemeine Staatslehre*, 3.<sup>a</sup> ed., 7.<sup>a</sup> reimpresión 1960, pp. 18 s., 332 ss.

13 BVerfGE 24, 236 ss. (247 s.), con referencia característica a la «sociedad pluralista»; al respecto mi comentario en *DÖV*, 1969, p. 385 (388); K. SCHLAICH, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, pp. 202 ss. y mi comentario en *ZevKR*, núm. 18, 1973, pp. 420 ss. Sobre la negación del autoentendimiento de las comunidades religiosas, tras el inicio de la lucha de las Iglesias, en la jurisprudencia del Tribunal de Finanzas del *Reich*, M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, pp. 290 ss.

14 Sobre el concepto constitucional de arte: W. KNIES, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, esp. pp. 128 ss., 164 s., 172 s., 217 ss.; M. HECKEL, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: carácter abierto del concepto de arte de la Constitución.

15 Sobre la libertad de investigación ahora W. SCHMITT GLAESER, *WissR*, núm. 7, 1974, pp. 107 ss., 177 ss.; BVerfGE 35, 79 (113): en el art. 5.3 no se protege una determinada concepción de ciencia o una determinada teoría científica; ningún conocimiento científico se encuentra en principio aislado; compárese también el voto minoritario y su referencia al «pluralismo científico liberal», a la ciencia como «proceso dialógico, por principio no introvertido de la búsqueda de conocimiento» (p. 157) así como a la libertad de configuración legislativa para la «reforma de las reformas» (p. 165). Para un concepto «abierto» de ciencia y libertad: SOLTE, *Theologie an der Universität*, 1971, pp. 30, 33 ss., cuyo concepto de una interpretación «neutral» de los derechos fundamentales es desde luego discutible.

16 Al respecto K. HESSE, *op. cit.*, pp. 69 ss.; P. HÄBERLE, *JuS* 1967, pp. 64 ss. P. ej., ahora

la realidad de la moderna democracia de partidos, la enseñanza de los formadores profesionales<sup>17</sup>, el establecimiento de un concepto amplio de (libertad de) prensa y de su «función pública»<sup>18</sup> o la interpretación de la libertad de coalición (art. 9.3 LF)<sup>19</sup>, en la medida en que debe respetar el autoentendimiento de las coaliciones.

Esta relevancia de los *autoentendimientos* y del respectivo actuar de individuos y grupos, pero también de los órganos del Estado es una forma sobresaliente y fructífera de la unión de interpretación en sentido amplio y estricto. El autoentendimiento se convierte en un «elemento material del derecho fundamental»<sup>20</sup>. También pertenece a él el papel realmente cointerpretativo del experto en el procedimiento legislativo y judicial. Esta *interacción* de intérpretes en sentido amplio y estricto no solamente tiene lugar allí donde está ya institucionalizada como del lado de los trabajadores y de los empresarios por los jueces en los tribunales de trabajo<sup>21</sup>. «Expertos» e «intérpretes» de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal. Este se muestra como pluralista no solo en el momento del nacimiento, sino también en su desarrollo ulterior: ¡la teoría de la interpretación (constitucional), de

se deduce una protección de rango constitucional de los grupos parlamentarios de la regulación del Bundestag (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ 1966, 517, 518] y (!) del art. 21 LF; su «constitucionalización» en el art. 53 a, 1, segunda frase LF (cfr. ya BVerfGE 27, 44 [51 ss.] [= JZ 1969, 631, 632], al respecto mi artículo JZ, 1969, p. 613 ss. con nota núm. 10) fue posterior al Reglamento del Bundestag.

17 Le corresponde en cualquier caso solamente una importancia limitada: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Art. 12, marginales 24 ss.

18 Al respecto BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125 s. [= JZ 1961, 535, 536 con comentario RIDDER]) y mi *Öff. Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 582 ss. [Existe una segunda edición de esta obra häberliana publicada en 2006, completada con un apéndice. N. del T.].

19 Inicios en BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= JZ 1965, 103, 106, al respecto HERSCHEL, p. 81]; 34, 307 (316 s.) así como en P. LERCHE, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts*, 1968, p. 53; R. SCHOLZ, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, pp. 43 ss., 93. Cfr. también el argumento de falta de «acogida aprobatoria» por los grupos implicados en BVerfGE 34, 293 (304 s. [= JZ 1973, 311, 313 con anot. de SCHUMANN]) y de la «convicción general de la abogacía»: BVerfGE 36, 212 (221). Exhaustivos análisis de la jurisprudencia mostrarían dónde las opiniones (jurídicas) de los grupos implicados son, entre otras, utilizadas por los tribunales (compárese también § 346 HGB). Especialmente la formación del Derecho consuetudinario podría revelarse como un «filón». Se plantea la cuestión general de cuándo y qué autoentendimientos practicados por los grupos (marginales) pluralistas pueden, incluso tienen que, ser incorporados en la interpretación constitucional; es también un problema del principio de igualdad.

20 Expresión de F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 1971, pp. 30 ss., 37 s.

21 Al respecto SCHLAICH, *op. cit.*, pp. 66 ss.

la ciencia y de la democracia<sup>22</sup> conducen aquí a una comunicación específica entre Estado y Sociedad!

## II. LOS PARTICIPANTES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. Observación metódica preliminar

La investigación sobre quién participa en este sentido realmente en la interpretación de la Constitución es expresión sociológica (constitucional) y consecuencia del concepto «republicano», interpretación abierta, que ha de verse como finalidad de toda interpretación constitucional. Si se habla de que «el tiempo», «la sociedad pluralista», «la realidad» plantean problemas constitucionales y despliegan material para la interpretación constitucional, sus necesidades y posibilidades<sup>23</sup>, entonces estos conceptos pueden ser entendidos solamente como cifras provisionalmente abstractas. Una teoría constitucional que se concibe (también) como ciencia de la experiencia, tiene que estar preparada y por principio estar en la situación de indicar de *qué concretas personas* (grupos) y factores se compone la opinión pública, qué tipo de realidad es, de qué forma actúa *en* el tiempo, qué posibilidades y necesidades existen. La cuestión de los participantes en la interpretación constitucional debe plantearse en primer lugar en un sentido puramente sociológico, científico-experimental<sup>24</sup>. Es decir, se pregunta realistamente qué interpretación existente previamente ha surgido de qué forma, a través de qué elementos de la opinión pública, a través de qué aportaciones de la ciencia han sido de hecho influidos los jueces constitucionales (o las instancias que en su caso decidan de forma vinculante) en su interpretación<sup>25</sup>. Esta cuestión ya es un enriquecimiento y complemento de la teoría constitucional que

22 Sobre la teoría de la ciencia de K. POPPER como «filosofía de la democracia» *infra* nota 68.

23 Al respecto mi trabajo en *ZfP*, núm. 21 (1974), pp. 111 ss.

24 Precisamente bajo el aspecto de la cuestión aquí planteada de los participantes parece interesante la aproximación desde la sociología de la decisión de R. LAUTMANN, el cual investiga las expectativas de comportamiento en dirección al juez de los participantes en el procedimiento y del entorno más amplio (*Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, 1970, pp. 383 ss.). Cfr. sin embargo también la crítica de SCHELSKY, *JZ* 1974, p. 410 (412) al «predominio en la teoría jurídica de la “teoría de la decisión” del juez» con referencia al «procedimiento dialécticamente dispuesto de racionalización» de la colaboración procesal de acusadores, defensores y jueces.

25 Al respecto con algún material mi *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, especialmente sobre la fuerza normativa de la práctica estatal, de la publicidad y de los intereses públicos, pp. 475 ss., 678 ss. y 418 s., 558 ss., 572, 584 s., 589 ss. y 215 ss., 260 ss.

se pregunta por las finalidades y métodos (y con ello por la «buena» interpretación); posee una función auxiliar, informativa, una especie de «función de enlace».

Las cuestiones de los objetivos y métodos y de los participantes en la interpretación constitucional se pondrán posteriormente en una relación sistemática, de la que resulten consecuencias y nuevos planteamientos para la interpretación «jurídica» de la Constitución y para la teoría constitucional.

## 2. Tabla sistemática

El intento de un planteamiento sistematizador de los *participantes* en la interpretación constitucional arroja la siguiente tabla provisional:

- (1) Las funciones estatales:
  - a) funciones de decisión vinculante en última instancia: el *Tribunal Constitucional Federal* (claro está que «relativizado» mediante el propio voto minoritario y por ello «abierto»).
  - b) funciones a las que remite la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF) para una decisión vinculante pero revisable: la *jurisprudencia*, el *legislativo*, (según el ámbito en diferente medida:) el *ejecutivo*, especialmente en la (pre-) formulación de los intereses públicos<sup>26</sup>.
- (2) Los *participantes* –no necesariamente estatales– en las decisiones de 1 a) y b), es decir:
  - a) solicitantes y opositores a la solicitud, recurrente (p. ej., amparo constitucional), demandante y demandado, que fundamentan sus alegaciones y obligan al juez a una toma de posición (a un «diálogo jurídico»).
  - b) otros participantes en el procedimiento, legitimados a manifestarse y a intervenir según la ley del Tribunal Constitucional Federal (p. ej., §§ 77; 85.2<sup>27</sup>; 94.1-4; 65; 82.2; 83.2; 88; 94.5), «invitados» a asistir por el Tribunal Constitucional Federal (p. ej., § 82.4 LTCF).
  - c) peritos (p. ej., en comisiones de investigación, § 73 a Regl. *Bundestag*).
  - d) peritos y representantes de intereses en *hearings* (§ 73.3 Regl. *Bundestag*, § 40.3 Regl. *Bundesrat*), peritos judiciales<sup>28</sup>, asociaciones (Anexo 1 a Regl. *Bundestag*: registro de asociaciones y sus representantes), partidos políticos (grupos parlamen-

26 Al respecto con más pruebas extraídas de la realidad jurisprudencial de los tribunales administrativos: mi *Öff. Interesse*, pp. 475 ss, 678 ss.

27 De la praxis del Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 36, 342 (352 s., 354 s.).

28 Reveladora es la «reserva de perito» incorporada por el TCF en BVerfGE 35, 202 (219).

tarios) influyen también especialmente a través del «largo brazo» de la elección de magistrados del TCF)<sup>29</sup>.

e) *lobbyistas*, «delegaciones» (§ 10 Regl. Gobierno federal).

f) participantes en el procedimiento administrativo dispuesto de forma participativa<sup>30</sup>.

(3) La *publicidad* democrática –pluralista–, el proceso político como «gran estimulador»: medios (prensa, radio, televisión) que son participantes procedimentales no en sentido estricto, periodismo profesional por un lado, expectativas de los lectores, cartas al director de los lectores por otro lado, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos fuera de su participación organizada (compárese 2 d), Iglesias, teatro, editoriales, centros de formación de adultos, pedagogos, agrupaciones de padres<sup>31</sup>.

(4) (a clasificar entre 1., 2., 3. en la forma que debe aclararse todavía) la *teoría del Derecho constitucional*; posee una posición especial, porque tematiza la participación de las otras fuerzas, y ella misma participa también en diversos niveles.

### 3. Explicación de la tabla sistemática

De este cuadro de conjunto se evidencia: la interpretación constitucional no es ni teórica ni prácticamente un proceso estatal «exclusivo». Todas las fuerzas de la comunidad política tienen potencialmente acceso a él<sup>32</sup>. El ciudadano que interpone un recurso de amparo constitucional<sup>33 34</sup> es tan intérprete constitucional como el partido político que plantea un conflicto de competencias entre

29 Y de forma absolutamente consecuente, al respecto mi comentario en *JZ* 1973, 451 (453). En el sentido de una vinculación política (partidista) ya DRATH, *VVDStRL*, núm. 9, 1952, p. 17 (102, 106 nota 25).

30 Sobre el problema: W. SCHMITT GLAESER, *VVDStRL*, núm. 31, 1973, pp. 179 ss. Cfr. también la tipología en mi *Öff. Interesse*, pp. 88 ss.

31 Ilustrativa es la atribución de legitimación procesal activa reclamada ahora por las agrupaciones de padres, FR de 18 de marzo de 1975, p. 4.

32 Cfr., sin embargo, el rechazo de E. FORSTHOFF a una «democratización» de la interpretación constitucional p. ej. con respecto a los politólogos, en: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 69; al respecto mi crítica en: *ZHR*, núm.. 136, 1972, p. 425 (443).

33 Si se toma en serio la solicitud de diálogo jurídico de A. ARNDT, entonces los «que piensan razonable y justamente» en el sentido de H. EHMKE tienen que ser, por de pronto, los participantes en el procedimiento, cfr. G. ROELLECKE, *FS für Gebh. Müller*, 1970, p. 323 (328 ss.).

34 R. LAUTMANN, *Justiz – Die stille Gewalt*, 1972, p. 118, califica las partes del proceso de «proveedores de alternativas».

órganos constitucionales<sup>35</sup> o contra el que se tramita un procedimiento para su prohibición. Hasta ahora domina una reducción demasiado intensa del proceso de la interpretación constitucional a los órganos *estatales* o los participantes inmediatos en el procedimiento, una fijación al «oficio» de la interpretación constitucional, a la cooperación jurídico-funcional de las funciones estatales, a pesar de lo importante que esta pueda ser. Interpretación constitucional es, sin embargo, un «asunto» que incumbe potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etc. pueden ser designados como intérpretes «mediatos» o que operan a largo plazo. La configuración de la realidad de la Constitución deviene también un fragmento de interpretación de las normas constitucionales «correspondientes».

También en y detrás de las funciones estatales (legislación, gobierno y administración, y jurisprudencia) han de verse las personas concretas, los parlamentarios, los funcionarios de la Administración, los jueces<sup>36</sup> («*personalización*» de la interpretación constitucional). El llamado debate constitucional del *Bundestag* alemán de febrero de 1974<sup>37</sup> es una interpretación constitucional anticipada. Los parlamentarios son aquí intérpretes de la Constitución. Sus declaraciones –aún sin tener un alcance jurídico formal– pueden repercutir en la práctica administrativa, en la interpretación de los órganos del Estado, p. ej., en la discutida cuestión de la contratación de enemigos de la Constitución en la función pública.

El tan traído «*proceso político*», que se cita sobre todo *sub specie* libertad para él frente a la interpretación constitucional<sup>38</sup>, es *de constitutione lata* y *de facto* un fragmento de interpretación constitucional más intensamente de lo que comúnmente

35 En el sentido de BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56 (113 ss.), jurisprudencia constante.

36 Cfr., al respecto, el intento de D.P. KOMMERS, «The Federal Constitutional Court in the West German Political System», *Frontiers of judicial research* (eds. Grossman y Tannenhaus), 1969, pp. 73 ss., de investigar con el enfoque behaviorista de la sociología judicial americana las ideologías de los magistrados constitucionales. Críticamente al respecto P. WITTIG, «Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?», *Der Staat*, núm. 8, 1969, p. 137 (156 s.). Sobre los diferentes enfoques de las ciencias del comportamiento y su crítica, compárese también H. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, 1973, p. 61 ss.

37 Sesión núm.79 del séptimo *Bundestag* de 14 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5002 (B), con la contribución, estimada por todos como excelente, del ministro bávaro de cultura H. MAIER, p. 5089 (C), cfr. también H. EHMKE, sesión núm. 80 del séptimo *Bundestag* de 15 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5139 (C) ss., 5140 (C).

38 También H. LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, investiga principalmente la influencia del TCF en el proceso político.

se acepta («política como interpretación constitucional»)<sup>39</sup>. El «proceso político» no está excluido de la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también «confirmaciones», que constituyen más que mero «material objetivo» para la (posterior) interpretación constitucional; son una parte de la interpretación de la Constitución, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador «como» intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta<sup>40</sup>, esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente.

El «proceso político» no es ningún espacio externo a la Constitución; formula puntos de vista, pone en marcha evoluciones que son constitucionalmente relevantes también cuando *después* el intérprete-juez constitucional declara que es asunto del legislador decidir de esta o de aquella manera, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución<sup>41</sup>. El legislador crea un fragmento de publicidad y realidad sobre la Constitución, pone acentos para el *desarrollo* posterior de los principios constitucionales<sup>42</sup>. Opera como precursor de la interpretación constitucional y de

39 No solamente existe política por medio de la interpretación constitucional, ¡también hay interpretación constitucional por medio de la política!

40 Para el legislador «técnicamente» mediante el control del TCF, «no técnicamente» por medio de elecciones, la solidez de las coaliciones, la formación de la voluntad en el interior del partido; para el juez constitucional no hay ningún control «técnico». Desde luego se encuentra vinculado a «la publicidad», pero esta se estructura con relación a él de distinta forma, a causa de su concepción profesional, su socialización en la ciencia jurídica constitucional, las expectativas profesionales y colegiales de comportamiento a las que se encuentra sometido (al respecto en otro orden de cosas F. KÜBLER, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973).

41 Sobre la figura argumentativa de la «alternativa» en el proceso interpretativo: H. ESSER, *Vorverständnis*, p. 65 s., 132, 151 (con referencia a POPPER); más genéricamente BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ 1969, 557, 561, al respecto RANDELZHOFFER, p. 533]): corresponde a la función de los partidos políticos que estos ofrezcan «alternativas políticas para todos los ámbitos de la vida abiertos a una configuración estatal». Cfr. también el caso especial de «alternativa»: interpretación judicial/proyecto de ley (¿deber de espera?), BVerfGE 34, 269 (291 ss.).

42 Sobre ellos P. HÄBERLE, *AöR*, núm. 99, 1974, pp. 437 ss.

la «transformación constitucional»<sup>43</sup>. Interpreta la Constitución –revisablemente–, por ejemplo, en la concretización de la función social de la propiedad. Sus decisiones meramente *conformes* con la Constitución son por entero constitucionalmente relevantes y jalonan ulteriores desarrollos de la realidad y la publicidad de la Constitución a medio o también largo plazo. Ocasionalmente se convierten en *contenido* de la Constitución.

La propia ciencia del Derecho constitucional es un factor esencial y participante activo. La jurisdicción constitucional es un catalizador esencial, aunque no el único, de la ciencia del Derecho constitucional como interpretación de la Constitución<sup>44</sup>. Su influencia efectiva (en la interpretación constitucional) plantea la cuestión de su legitimación al respecto, una cuestión que desde luego se tiene que plantear también en relación con todas las otras fuerzas participantes en la interpretación constitucional y que genéricamente conduce a la cuestión de la valoración del inventario realizado.

### III. VALORACIÓN DEL INVENTARIO

#### 1. Posibles objeciones, crítica

Una objeción podría decir: la interpretación constitucional «se disuelve» en una diversidad de interpretaciones y de intérpretes *diferentes*, según qué *función* actúe. Precisamente una teoría constitucional que contempla como función el establecimiento de la unidad política y que recalca el principio de la unidad de la Constitución tiene que hacer frente a esta crítica, ciertamente no intentando «solo» un inventario realista. Las objeciones han de ser abordadas en el marco de una valoración diferenciada que tiene que preguntarse en primer lugar por la legitimación de los diferentes intérpretes constitucionales.

43 Al respecto mi tesis doctoral, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1.<sup>a</sup> edición 1962, 2.<sup>a</sup> edición revisada 1972, pp. 178, 213 ss. [Existe 3.<sup>a</sup> edición ampliada en alemán, 1983, y versión castellana a partir de una versión italiana, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, y Comares, Granada, 2003, N. del T.].

44 Ejemplos famosos: la *recepción* de la concepción de los derechos fundamentales de DÜRIG (MAUNZ / DÜRIG / HERZOG, Art. 1, marginales 5 ss.) por el TCF (BVerfGE 7, 198 [204 ss.], 21, 362 [371 s.] [= JZ 1967, 599, 601]), del «principio de la unidad de la Constitución» (BVerfGE 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [31 s.]), de la concepción del Estado de partidos de LEIBHOLZ (BVerfGE 1, 208 [223 ss.]; 2, 1 [11, 73 s.]; 11, 266 [272]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164], con una referencia a *K.-U. v. Hassel*, cuya manifestación opera como interpretación constitucional en sentido amplio), de la «actitud de buena disposición con la Federación» en el sentido de R. SMEND (BVerfGE 12, 205 [254]).

La *cuestión de la legitimación* se plantea para todas las fuerzas no «nombradas» intérpretes constitucionales «formal», «oficial», «competentemente». La competencia formal constitucional solo la poseen los órganos (autoridades) que están «vinculados» a la Constitución y que la deben «ejecutar» conforme a un procedimiento preestablecido –legitimación a través del procedimiento (constitucional)<sup>45</sup>– es decir, los órganos del Estado (art. 20, apt. 2 y 3 LF: vinculación al ordenamiento constitucional, a la ley y al Derecho). Pero también los parlamentarios (art. 38.1 LF) están vinculados a la Constitución, en la medida en que no pretenden reformas constitucionales. Vinculados a la Constitución están también los partidos políticos, grupos, ciudadanos, aunque en distinta medida y no siempre directamente, la mayoría de las veces solo indirectamente a través del poder –sancionador– del Estado. Aquí un menor grado de legitimación parece corresponder también, por de pronto, a un menor grado de vinculación.

## 2. Legitimación desde el punto de vista de la teoría jurídica, normativa e interpretativa

La relación de correspondencia de vinculación (a la Constitución) y legitimación (para la interpretación constitucional) pierde, sin embargo, fuerza como enunciado, cuanto más se toman en consideración recientes conocimientos de la teoría interpretativa. La interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento pasivo, no la recepción de una orden<sup>46</sup>. Conoce posibilidades alternativas. La vinculación se convierte en libertad en la medida en que la reciente concepción sobre la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción.

La ampliación aquí realizada del grupo de intérpretes es solo la consecuencia de la incorporación universalmente secundada de la realidad en el proceso interpretativo<sup>47</sup>. Porque los intérpretes en sentido amplio constituyen un fragmento de esta realidad pluralista. Tan pronto como se reconoce que la norma no es algo preestablecido, simple y acabado, se plantea la cuestión de los que participan personal y funcionalmente en su «desarrollo», las

45 Tanto el concepto de legitimación como el de procedimiento tienen que ser entendidos en un sentido más material que en N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, al respecto *infra* nota 48.

46 Al respecto sobre todo la discusión sobre la interpretación dirigida por K. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, antes ya *Grundsatz und Norm*, 1956; H. EHMKE, *VVDStRL*, núm. 20, 1963, pp. 53 ss.; M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967; F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 1971; T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., 1974.

47 Al respecto K. HESSE, *FS für Scheuner*, 1973, pp. 123 (137 ss.); cfr. también H.H. KLEIN, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, pp. 15, 16 ss., 29 (también con respecto a mi comentario en *DÖV*, 1966, pp. 660 ss.), al respecto mi comentario en *DÖV*, 1969, pp. 150 ss.

fuerzas activas del «*law in public action*» (¡personalización y pluralismo de la interpretación constitucional!).

Cada intérprete es guiado por la teoría y la práctica. Esta práctica, sin embargo, no es desarrollada esencialmente por los intérpretes oficiales, «profesionales».

La vinculación judicial solamente a la ley y la independencia personal y objetiva de los jueces no puede llamar a engaño sobre el hecho de que el juez interpreta en la publicidad y realidad de la Constitución<sup>48</sup>. Sería falso ver las influencias, expectativas, presiones sociales a los que el juez está expuesto solamente bajo el aspecto de la amenaza a su independencia<sup>49</sup>. Estas influencias contienen también un fragmento de legitimación<sup>50</sup> e impiden una arbitrariedad<sup>51</sup> de la interpretación<sup>52</sup>. La garantía de la independencia judicial solamente es

48 Esto pasa por alto el análisis de O. MASSING, «Recht als Korrelat der Macht?», *Der CDU-Staat*, editado por Schäfer y Nedelmann, 1967, p. 123, que contempla en la «autonomía interpretativa» del TCF «el verdadero poder del “soberano oculto”» (p. 129). La afirmación de que la soberanía se ha trasladado del pueblo a otras instancias, «principalmente a la jurisdicción constitucional» (p. 142), parte de un concepto discutible de soberanía popular (al respecto más tarde), que no puede captar la forma en que el proceso democrático incide en la publicidad pluralista.

49 Cfr. O. BACHOF, *FS für Hans Huber*, 1961, p. 26 (43): aunque el juez no puede dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, «está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública, en una comunicación constante, en cierto modo en un “diálogo” duradero». O. BACHOF considera incluso la oportunidad de alcanzar en los tribunales una más pura comunicación que en el parlamento.

50 También la «legitimación por el procedimiento» en el sentido de *Luhmann* es legitimación por la *participación* en el procedimiento. Sin embargo, se trata aquí de algo fundamentalmente distinto: participación en el procedimiento no debe elevar la disposición para la disminución de las decisiones y para la asimilación de los desencantos (así N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, pp. 27 ss., 107 ss.). Legitimación, que no solamente sea entendida formalmente, resulta de la cooperación, es decir de la influencia cualitativo-material de los participantes en la decisión. No se trata del aprendizaje por los participantes, sino del aprendizaje por el tribunal de los participantes. (Para una crítica de *Luhmann* a este respecto H. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, pp. 202 ss. y H. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, pp. 141 ss.).

51 Una teoría jurídica que se limite a ser lógica normativa corre el peligro de no ver la dependencia social de la jurisprudencia. De la refutación de la ideología de la subsunción *no* se desprende que «los órganos encargados de la aplicación del Derecho actúen como generadores de *azar*» (PODLECH, *AöR*, núm. 95 [1970], p. 185 [190 ss.]). Compárese al respecto también D. SCHEFOLD, *JuS*, 1972, p. 1 (6).

52 Esto significa al mismo tiempo que la búsqueda crítica de las influencias *unilaterales* e ilegítimas en la formación de las decisiones judiciales (de la reciente sociología judicial W. KAUPEN y T. RASEHORN, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, 1971) es justificada y necesaria.

soportable, porque otras funciones estatales y la publicidad pluralista proporcionan material «para» la ley.

Esto es la deducción ideológica de la tesis de que *todos* estarían inmersos en el proceso de interpretación constitucional. ¡Incluso los mismos no afectados inmediatamente por una interpretación! El grupo de los que participan en la interpretación constitucional es también tan abierto como abierta es, material y metódicamente, la interpretación constitucional. Pues se trata de la Constitución como proceso público<sup>53</sup>. Frente a la objeción de que se pierde la unidad de la Constitución habría que remitirse a la existencia general –activa en el futuro– de reglas interpretativas, al «concierto» que mediante la colaboración de diversos intérpretes constitucionales resulta de su respectiva función propia, remitirse sobre todo al carácter abierto de la Constitución, cuyo «vestido» muchos «bordan», ¡no solamente el jurista constitucional! La «unidad de la Constitución»<sup>54</sup>, si es que surge, lo hace a partir de la suma de los procedimientos y funciones de muchos intérpretes constitucionales; a este respecto tienen que incorporarse consideraciones de teoría constitucional, especialmente de teoría democrática.

### 3. Legitimación desde consideraciones de la teoría constitucional

La legitimación teórico-constitucional fundamental de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el «asunto» de la interpretación reside en el hecho de que estas fuerzas son un *fragmento* de publicidad y realidad de la Constitución –no como «hecho aceptado»–, como *factum brutum*, sino en el marco de la Constitución: la incorporación por lo menos mediata de la *res publica* en la interpretación constitucional en general es expresión y consecuencia de la concepción aquí defendida, amplia, abierta, colocada en el campo de tensión de lo posible, lo real y lo necesario, de la Constitución<sup>55</sup>. Una Constitución, que no solamente estructura el Estado en sentido estricto, sino también la publicidad y compone la sociedad, que incorpora inmediatamente los ámbitos de lo privado, no puede hacer esto solo de forma pasiva, tratar las

53 Al respecto mi artículo «Öffentlichkeit und Verfassung», *ZfP*, núm. 16, 1969, pp. 273 ss. [Este artículo está incluido, con un apéndice de 1976, en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998. N. del T.].

54 Al respecto K. HESSE, *Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

55 Al respecto P. HÄBERLE, *ZfP*, núm. 21, 1974, p. 111 (121 ss.); *idem*, «Comentario de Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo», 1970, en *AöR*, núm. 100, 1975, pp. 333 ss.

fuerzas sociales y privadas como objetos. Tiene que incorporar estas también *activamente*: como sujetos.

Pensada desde la realidad y publicidad constituida, en la cual el «pueblo» actúa pluralmente, en el punto de partida de manera difusa, pero en el punto final «concertadamente», todas las fuerzas relevantes de hecho tienen relevancia teórica para la interpretación constitucional. La praxis se convierte aquí en legitimación de la teoría, no a la inversa. Ya que estas fuerzas fundamentan una parte de la realidad y publicidad constitucional, participan también en la *interpretación* de la realidad y la publicidad de la Constitución. Incluso si estuvieran excluidas: como los partidos políticos que deben ser prohibidos por el TCF y que están entonces prohibidos. Justamente estos obligan a la reflexión sobre el contenido de la Constitución e influyen a través de su existencia en el desarrollo del autoentendimiento de la comunidad liberal-democrática<sup>56</sup>. Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales «gremiales», acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental<sup>57</sup> de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes «no gremiales» en el proceso de la interpretación constitucional.

La Constitución es, en este sentido, espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es solamente espejo, es también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección<sup>58</sup>.

Una cuestión especial concierne a la legitimación de la ciencia del Derecho constitucional. Tiene función de catalizador y actúa introduciéndose especialmente en todos los ámbitos de la interpretación, porque –públicamente– refleja de forma metódica la interpretación constitucional y al mismo tiempo configura la formación de los intérpretes «oficiales». ¿Cómo se puede fundamentar una eventual legitimación especial? Por la vía del propio artículo 5.3 LF. La Constitución como objeto es (también) una cuestión de la ciencia. El ámbito ciencia tiene que ser contemplado a través del artículo 5.3 LF como una parte integrante autónoma de la comunidad política. La –relativa– autonomía de esta «cosa» se encuentra desde un principio

56 El debate constitucional del Bundestag de 14/15 de febrero de 1974 es también aquí un ejemplo. Solo es una parte de la discusión constitucional que se ha establecido en todos los niveles y en todos los ámbitos de la comunidad política ante la confrontación con alternativas radicales.

57 Sobre este intento del racionalismo crítico de acoger las peticiones de una «sociedad abierta» en la teoría constitucional, mi trabajo en *ZfP*, núm. 21, 1974, pp. 111 (132 ss.).

58 Sobre este concepto de la Constitución K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; P. HÄBERLE, *VVDStRL*, núm. 30, 1972, p. 43 (56 ss.).

pensada por la Ley Fundamental; se legitima menos «desde afuera» que por procedimientos y mecanismos de control internos y específicos de la ciencia<sup>59</sup>. También tiene que ser tarea de la ciencia formular sus contribuciones y hacerlas accesibles de tal manera que sean criticables para la publicidad. El concepto de enseñanza del artículo 5.3 LF juega un papel que no debe subestimarse: contiene un mandato de formación dirigido a la ciencia constitucional que se resalta expresamente a través de la cláusula de lealtad<sup>60</sup>.

#### 4. En especial: consideraciones teórico-constitucionales como legitimación

En el Estado constitucional democrático la cuestión de la legitimación debe plantearse, todavía una vez más, especialmente desde puntos de vista democráticos (de la teoría democrática). La ciencia del Derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que le «proveen», los ciudadanos y grupos no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero la democracia no se desarrolla solamente a través de la relación, formalizada, canalizada, concebida en sentido estricto, de delegación y responsabilidad del pueblo a los órganos estatales (legitimación a través de las elecciones)<sup>61</sup> hasta el intérprete constitucional «competente» en última instancia, el TCF<sup>62</sup>. Se

59 A este respecto F. KÜBLER, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, pp. 38 ss.; compárese también LUHMANN, «Selbststeuerung der Wissenschaft», *Soziologische Aufklärung*, 1970, pp. 232 ss. Sobre la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho público como posible «punto de partida institucional para el conocimiento y conciencia teórico-constitucional de nuestra comunidad democrática»: H. EHMKE, *loc. cit.*, p. 133. Para POPPER la «objetividad científica»... no es «resultado de la imparcialidad del científico individual...», sino resultado del carácter social o público del método científico; y la imparcialidad del científico individual, en la medida en que existe, no es la fuente, sino más bien el resultado de esta objetividad social o institucionalmente organizada de la ciencia» (*Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* [versión castellana: *La sociedad abierta y sus enemigos*], vol. II, *Falsche Propheten*, 1958, p. 270).

60 Sin embargo, la formación previa de los jueces constitucionales no es un presupuesto de cualificación. Cfr. en cambio el requisito de «conocimientos específicos de Derecho público» y el requisito, lleno de referencias, de «personas con experiencia en la vida pública» de algunas leyes sobre los Tribunales Constitucionales de los *Länder* (p. ej., § 3, apt. 1, frase 1.ª de la Ley del Tribunal Constitucional de Hamburgo) y en § 3, apt. 2 de la versión antigua de la LTGF. Cfr. todavía la nota 89 *in fine*.

61 Cfr. ahora sobre esa problemática la sentencia del Tribunal Constitucional de *Bremen* sobre la formación de los juristas, *NJW*, 1974, 2223 (2228 ss.); compárese también BVerfGE 33, 125 (158) (decisión del médico especialista, al respecto mi comentario, *DVBl.*, 1972, p. 909 [911]).

62 La investigación de W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, parte demasiado de esta idea, pp. 93 ss. (sin embargo, diferenciadamente en p. 116).

desarrolla en una comunidad abierta también en las formas mediatizadas «más finas» del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los derechos fundamentales, frecuentemente aludido en la «vertiente democrática» de los derechos fundamentales<sup>63</sup>; a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad y también el «concierto» científico sobre las cuestiones constitucionales, en el que no hay ni puede haber apenas «pausas» y «fermatas» y ningún director<sup>64</sup>.

El «pueblo» no es precisamente solo una majestad unitaria que «emana» (solo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimación democrática<sup>65</sup>. El pueblo como majestad pluralista no está menos presente y no es menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: «como» partido político<sup>66</sup>, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano; cuya competencia material para la interpretación constitucional es un derecho del ciudadano en el sentido del artículo 33.1 LF. Así contemplados los derechos fundamentales son un fragmento de base democrática de legitimación para la interpretación abierta no solamente en sus resultados, sino también en su *grupo de participantes*<sup>67</sup>. ¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete constitucional! En consecuencia, las medidas de garantía de la libertad real devienen tanto más importantes: política de derechos fundamentales del Estado prestador de servicios<sup>68</sup>, libertad de la formación de la

63 Sobre la controversia cfr. por un lado K. HESSE, *Grundzüge*, pp. 122 s.; P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, pp. 17 ss.; por otro H.H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1971 (al respecto mi recensión *DÖV*, 1974, pp. 343 ss.), por último E.-W. BÖCKENFÖRDE, *NJW*, 1974, pp. 1529 ss.

64 Que la interpretación constitucional, como es entendida aquí, se convierta en «*bellum omnium contra omnes*» de las opiniones científicas y políticas» (al respecto SCHEFOLD, *JuS*, 1972, 1 [8]), tiene que (y solamente puede) evitarlo la ahora muy invocada «solidaridad de los demócratas».

65 Por eso, la cuestión de la legitimación democrática de la jurisprudencia no se puede contestar definitivamente por medio de la ampliación de la elección de los jueces (al respecto F.-J. SÄCKER, *ZRP*, 1971, pp. 145 ss.). Sobre la relación entre democracia e independencia judicial cfr. también K. EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 103 ss.

66 En esta medida existe una coincidencia con la teoría del Estado de partidos de G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3.ª ed., 1967, esp. pp. 78 ss.: el pueblo es capaz de articulación y de acción solo en determinadas formas de organización. Pero esto no justifica la identificación de pueblo y partidos (populares); la comunidad pluralista es mucho más diferenciada.

67 Sobre la interpretación constitucional abierta: P. HÄBERLE, *JZ*, 1971, pp. 145 ss.; *ZfP*, núm. 21, 1974, p. 111 (121 ss.); compárese también SCHLAICH, *op. cit.*, p. 120.

68 A este respecto mi ponencia *VVDStRL*, núm. 30, 1972, pp. 43 ss. (69 ss.).

opinión, constitucionalización de la sociedad, p. ej., a través de la estructuración del ámbito público, en especial del económico, conforme a la división de poderes<sup>69</sup>.

Esto no es ningún «destronamiento» del pueblo –en todo caso de un entendimiento *rousseauiano* de la soberanía popular, que concibe al pueblo como un absoluto y semejante a Dios–. El pueblo como majestad constituida actúa «por todas partes», universalmente, a muchos niveles, por muchos motivos y en muchas formas, no en último lugar a través de la cotidiana realización de los derechos fundamentales. No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el «imperio de los ciudadanos», no del pueblo en el sentido rousseauiano. No hay regreso a Rousseau. *La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular.*

La democracia de ciudadanos sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, solo ha ocupado el lugar del monarca. Esta perspectiva es una consecuencia de la relativización del –con mucha facilidad mal entendido– concepto de pueblo<sup>70</sup> *desde el ciudadano!* La libertad fundamental (pluralismo)<sup>71</sup>, no «el pueblo», se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del concepto de pueblo se produce en una época de libertad del ciudadano y de pluralismo.

Existen muchas formas de legitimación democrática entendida ampliamente en este sentido, solamente hay que liberarse de la mentalidad lineal y «volcánica» de las ideas tradicionales sobre la democracia. Se llega a un fragmento de democracia de los ciudadanos a través del desarrollo interpretativo de la norma

69 El pluralismo tiene que estar organizado y escrito. Por ello, tiene que ser superada la confrontación entre «estrategias de democratización», que llevan en sí el peligro de politización totalitaria de todos los ámbitos, y concepciones restrictivas, que quieren limitar la democracia a un Estado contrapuesto a la sociedad (W. HENNIS, *Die mißverstandene Demokratie*, 1973).

70 Demasiado intensamente orientado al concepto tradicional de pueblo está también el intento de fortalecer la legitimación democrática de la jurisprudencia mediante el recurso del juez a los «valores medios» que deben averiguarse con encuestas demoscópicas, cfr. W. BIRKE, *Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen*, 1968, pp. 45 ss. Contra una orientación según la «voluntad mayoritaria del pueblo», también por consideraciones de teoría democrática, F.-J. SÄCKER, *ZRP*, 1971, p. 145 (149 ss.). También crítico frente al «valor medio» H.F. ZACHER, *Vierteljahresschrift f. Sozialrecht*, vol. II (1974), p. 15 (48 s., nota 95). Sobre el «ciudadano medio» como figura judicial normativa que debe verse desde la teoría constitucional, mi *Öff. Interesse*, pp. 328, 347 s., 425 ss., 573, 725.

71 Esta perspectiva vale también para todas las formas de autonomía local, social, etc.

constitucional<sup>72</sup>. Al proceso interpretativo se le proporciona, de diversas formas, posibilidad y realidad de discusión libre de los individuos y grupos «por encima» y «por debajo» de las normas jurídicas constitucionales y de su acción pluralista «en» ellas. (Que este proceso libre realmente también está amenazado desde dentro y que nuestro mismo orden fundamental liberal-democrático muestra en realidad frente al tipo ideal déficits, ya se ha señalado expresamente.) Teoría democrática y teoría interpretativa<sup>73</sup> se convierten en una consecuencia de la teoría de la cien-

72 La concepción democrática de POPPER y su conexión con su teoría científica y del conocimiento no puede ser reproducida aquí en detalle (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, 1957, esp. pp. 25, 156 ss., 170 ss.; vol. II, 1958, pp. 157, 159 ss., 186 s., 197 ss., 293 s.). Ha de bastar la indicación de que el concepto de ciencia de POPPER es fructífero en la teoría democrática, que el concepto liberal, constitucional, pluralista y separador de poderes, defendido en el texto en relación con la democracia, puede invocar también a POPPER, en la medida en que él desarrolla su teoría democrática sin, e incluso contra, los dogmas de la soberanía popular. *Recepciones y adaptaciones de Popper* en la *discusión democrática* bajo la LF han tenido lugar más o menos expresa y mediatamente: especialmente en la sentencia relativa al Partido Comunista de Alemania (KPD) del TCF, BVerfGE 5, 85: «*process of trial and error*» (I. B. TALMON) (p. 135), «control recíproco permanente y crítica como mejor garantía de una línea política correcta (relativamente)» (p. 135), las relaciones y mentalidades son «susceptibles y necesitan mejora», «tarea que no finaliza nunca» (p. 197), rechazo de la idea de que el desarrollo histórico esté «determinado por un objetivo final científicamente conocible» (p. 197), «compromiso social» (p. 198), «carácter abierto» de este orden (p. 200), «relativo contenido de razón de todas las opiniones políticas» (p. 206); cfr. también BVerfGE 12, 113 (125): formación pública pluralista de la opinión; BVerfGE 20, 56 (97): proceso libre y abierto de la formación de la opinión y de la voluntad. En la bibliografía: VON SIMSON, *VVDStRL*, núm. 29, 1971, p. 3 (9 ss.); DÜRIG, *ibid.*, p. 127: «reglas de juego inmanentes de la corregibilidad y de la revocabilidad»; *idem*, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, «Art. 3 Abs.1», marginal 210 (para la determinación del Derecho). No es difícil reconocer aquí: el principio de falsificación de POPPER («*trial and error*»), su tesis del carácter indirecto y de presunción del conocimiento (*conjectures and refutations*), su verificación constante, la «*piece-meal social engineering*» corregible, que se conforma ella misma con su rechazo de la técnica como planificación de la totalidad, su fe relativa en la razón, su concepción experimental de la política, su alegato para las reformas graduales, orientadas a las consecuencias, su exhortación a la paciencia y a la tolerancia y su posición en favor de la sociedad abierta como «racional y crítica», de su competencia pluralista de ideas e intereses diferentes gracias a la libertad de la crítica, del pensamiento y con ello del hombre y sus responsabilidades y decisiones personales, pero también su lucha contra la aspiración de omnisciencia y de omnipotencia de las sociedades «cerradas». La tarea principal consiste, en general, en desarrollar desde la teoría y práctica constitucional la teoría de la ciencia de POPPER, incorporándola a la teoría democrática y al mismo tiempo a la teoría normativa e interpretativa en particular (inicios en mi artículo *AöR*, núm. 99, 1974, p. 434 [448 ss.]).

73 Cfr. la referencia de ESSER al método «*trial and error* de Popper», *Vorverständnis*, p. 151,

cia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que el círculo de los intérpretes constitucionales se abre en el sentido más amplio.

#### IV. CONSECUENCIAS PARA LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

##### 1. Relativización de la interpretación jurídica. Nuevo entendimiento de sus tareas

Las reflexiones anteriores conducen a una *relativización* de la interpretación jurídica de la Constitución. La exigen los motivos siguientes:

1. Incluso en el proceso constitucional el juez constitucional no interpreta «en solitario»: varios participan en el procedimiento, las formas de participación procedimental se amplían.

2. En el «campo previo» de la interpretación jurídica de la Constitución de los jueces muchos interpretan, potencialmente todas las fuerzas pluralistas públicas. El concepto «participante en el proceso constitucional» se relativiza en la medida en que los círculos de los participantes en la interpretación constitucional se amplían. La publicidad pluralista despliega fuerza normativa. El Tribunal Constitucional ha de interpretar posteriormente en correspondencia actualizando la publicidad.

3. Muchos problemas y ámbitos de la Constitución material no llegan hasta el juez constitucional por falta de competencia judicial y por ausencia de recurso al Tribunal Constitucional. La Constitución material «vive» aquí igualmente: sin interpretación constitucional del juez (piénsese en los principios de los reglamentos internos parlamentarios). Los participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan autónomamente Derecho constitucional material. El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional.

En el tiempo la vía de instancias de la interpretación constitucional se prolonga hasta el infinito: el jurista constitucional es solo un chismoso<sup>74</sup>. Su resultado interpretativo está bajo la reserva de la confirmación, que en el caso particular puede

ahora el voto particular de los magistrados *Rupp-v. Brüneck* y *Dr. Simon* a la sentencia sobre el aborto del TCF de 25 de febrero de 1975 (JZ 1975, 205 [215] = NJW 1975, 582 [583]).

<sup>74</sup> La jurisprudencia constitucional realiza p. ej. con los *obiter dicta* el intento de preparar la futura interpretación constitucional –más allá de la resolución puntual– y de hacerse así criticable anticipadamente. Crítico a este respecto desde otro concepto de Constitución E. KULL, *FS für Forsthoff*, 1972, p. 213, nota 2.

concretarse en la permanencia, en la «justificación rica en alternativas»<sup>75</sup> o en la modificación mediante alternativas razonables. El procedimiento de la interpretación constitucional tiene que ser extendido hacia adelante y por encima del propio proceso constitucional concreto<sup>76</sup>; el radio interpretativo de la norma se amplía, gracias a todos «los intérpretes de la sociedad abierta». Son participantes esenciales en los procedimientos de «*trial and error*» en el proceso de determinación del Derecho<sup>77</sup>. La sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la interpretación constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución proporciona (solo) la publicidad y realidad pluralista, las necesidades y posibilidades de la comunidad, que están antes, en y detrás de los textos constitucionales. Las teorías interpretativas sobreestiman siempre la importancia del texto<sup>78</sup>.

Tan disciplinados y disciplinantes como son los procedimientos de la interpretación constitucional a través de la vía de los métodos «jurídicos», tan diversas, incluso difusas resultan las operaciones que preceden a este proceso: los procesos legislativos parecen todavía relativamente racionales, en la medida en que son interpretación constitucional, y así es a menudo; también la Administración como Administración «interpretadora» (del bien común)<sup>79</sup> actúa de forma verdaderamente racional; otras formas de actuación del Estado también han de ser contempladas. Las operaciones de participación de la publicidad pluralista son, en cambio, todo menos disciplinadas, en ello estriba un elemento de garantía de su apertura y espontaneidad. A pesar de ello, los principios y métodos de la interpretación constitucional conservan su importancia, ciertamente en una función nuevamente entendida: son el «filtro», a través del cual, y solamente entonces, la

75 Expresión de J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148.

76 Ello debe tenerse en consideración con los conceptos «*entendimiento previo*» y «*entendimiento posterior*», P. HÄBERLE, *ZfP*, 21 (1974), p. 111 (126 ss.) Las leyes (constitucionales) tienen no solo antecedentes históricos, sino también una historia ulterior.

77 A este respecto J. ESSER, *Vorverständnis*, pp. 23, 151 s.

78 Sobre la problemática del texto como «límite del cambio constitucional» compárese también K. HESSE, *FS für Scheuner*, p. 123 (139 ss.). Sobre la poca fecundidad del tenor literal en la concreción de los derechos fundamentales H. HUBER, *GS für Imboden*, pp. 191 ss.

79 Al respecto con pruebas mi *Öff. Interesse*, pp. 475 ss., 678 ss.; OSSENBÜHL, *AöR*, núm. 92, 1967, pp. 1 ss. Cfr. también la discusión subsiguiente al informe de la «Sala Común de los Tribunales Supremos de la Federación» (*JZ* 1972, 655 ss.) y a la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (*JZ* 1972, 204 ss.): BACHOF, *JZ* 1972, 641 ss. y 208 ss.; OSSENBÜHL, *DÖV*, 1972, pp. 401 ss.; ERICHSEN, *VerwArch*, 1972, 3377 ss.; BULLINGER, *NJW*, 1974, 769 ss.

fuerza normativa de la publicidad<sup>80</sup> actúa y adquiere forma. Disciplinan y canalizan las formas diversas de influencia de los diferentes participantes.

## 2. En especial: dimensión e intensidad del control judicial. Diferenciación con respecto al grado de participación

Una teoría de la interpretación constitucional que pone en relación sistemática la cuestión de los objetivos y métodos y la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional tiene que extraer de ahí conclusiones concretas para el método de la interpretación constitucional. Las consecuencias posibles serán aludidas aquí en forma de tesis.

Un tribunal como el *Tribunal Constitucional Federal*, que verifica la interpretación constitucional de otra instancia, debe utilizar diferentes métodos, según quién haya participado en la interpretación primera (verificable)<sup>81</sup>. Esto ya ha sido visto a grandes rasgos por el pensamiento jurídico-funcional: los tribunales deben contenerse especialmente en el control de las decisiones del legislador democrático<sup>82</sup>; lo mismo puede decirse con respecto al examen del derecho de los *Länder* por el TCF<sup>83</sup>. En la continuación de este planteamiento habría de considerarse lo siguiente: hay leyes (leyes universitarias, reformas del Código Penal como el § 218<sup>84</sup>, leyes de cierre comercial), con relación a las cuales la publicidad

80 Pruebas típicas de la jurisprudencia del TCF en *AöR*, 95, 1970, pp. 260 (287 ss.); últimamente por ejemplo E 34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 ss.); 32, 111 (124 ss.); 31, 229 (242 ss.); 30, 173 (191); más genéricamente en mi *Öff. Interesse*, pp. 304 s., 419 nota 31, 558 ss., 572 s., 583 s., 594, así como en *Th. Würtenerberger* (nota 93), pp. 36 (39 ss.).

81 Una relación similar se muestra en *Geitmann*, Bundesverfassungsgericht und «offene Normen», 1971: las exigencias de concreción (*Bestimmtheit*) que el TCF plantea respecto a las normas «abiertas» son diferentes según quién establezca la norma (al respecto solo brevemente pp. 22 ss.) y quién haya de completarla (pp. 149 ss.).

82 Las leyes preconstitucionales no pueden ser vistas como las postconstitucionales como interpretación constitucional del legislador. Por ello han de ser examinadas no solo procesalmente de forma distinta (cfr. art. 100 LF), sino también materialmente de forma más rigurosa.

83 A este respecto H. EHMKE, *VVDStRL*, núm. 20, 1963, pp. 53 ss. (75); KLUMP, *Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG*, 1969, pp. 179 ss. Para la relación del TCF con la dogmática (ciencia) civilista, así como con el Tribunal Supremo Federal: BVerfGE 34, 269 (281 ss.).

84 Este precepto contiene la prohibición de la interrupción del embarazo. No es antijurídico, ni en consecuencia punible, sin embargo, en caso de necesidad, acreditada por un médico, para evitar peligro para la vida de la madre o peligro de menoscabo grave de su salud física o síquica, en la medida en que este peligro no puede evitarse de otra forma exigible para la madre. Conforme a la sentencia del TCF de 28 de mayo de 1993 (BGBl. I, p. 820) este parágrafo 218, en el sentido de la ley de 27 de julio de 1992 (BGBl. I, p. 1398) no es aplicable, cuando la interrupción tiene lugar dentro de las doce

muestra un interés enorme, que están constantemente en la discusión, las cuales se elaboran con amplia *participación* y bajo el *control* atento de la publicidad pluralista. El TCF debiera, cuando verifica una de tales leyes, tener en consideración que esta ley está especialmente legitimada, porque especialmente muchos participaron en el proceso democrático de la interpretación constitucional. En el caso de leyes *en principio* no discutidas ello significaría que estas no habrían de ser verificadas tan rigurosamente como aquellas que están menos en la discusión pública, porque son aparentemente poco interesantes (p. ej., regulaciones de oportunidad técnica) o se han olvidado ya.

Algo distinto ha de regir, por el contrario, para aquellas leyes, respecto de las cuales existe en la publicidad una gran *disensión*. Piénsese en el § 218 del Código Penal que afecta el «consenso constitucional», en algunas regulaciones de las leyes universitarias, a la participación paritaria en la gestión de las empresas. Aquí tiene que controlar el TCF severamente y hacer generoso uso<sup>85</sup> de la posibilidad de medidas provisionales (§ 32 LTCF) (cfr. *infra* punto 3.). Porque en una situación de división profunda en el seno de la opinión pública corresponde al TCF la tarea de velar por que no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución.

Más aún: El TCF debería vigilar también la *participación justa* de diferentes grupos en las interpretaciones constitucionales de tal manera que en su decisión tenga en consideración interpretativamente los *no participantes* (los intereses no representados y no representables) especialmente<sup>86</sup>. Piénsese en los problemas de protección de los consumidores, de protección del medio ambiente. Aquí manifiestan importancia los «intereses públicos», los «intereses susceptibles de generalización» según la terminología de *Habermas*<sup>87</sup>.

Un *minus* de participación fáctica conduce a un *plus* de control del juez constitucional. La intensidad del control del juez constitucional es *variable*, según qué formas de participación son o fueron posibles.

semanas desde la concepción, es practicada por un médico, se realiza a instancia de la mujer embarazada y esta acredita mediante certificación al médico, que ha sido asesorada al menos con tres días de antelación a la intervención por un centro reconocido. N. del T.

85 ¿Disensiones y peligros profundos para el «consenso constitucional» son *el* motivo del interés público en el sentido del § 32, apt.1 LTCF!

86 Aquí se insinúa una transformación de la función de la tutela jurídica en general. Ante la creciente importancia de la actividad estatal planificadora y conformadora de los derechos de los particulares, la tutela jurídica ha de realizarse menos mediante control *ex post* de los tribunales que por procedimientos *previos* participativos (P. HÄBERLE, *VVDStRL*, núm. 30 [1972], p. 43 (86 ss., 125 ss.); W. SCHMITT GLAESER, *VVDStRL*, núm. 31 [1973], p. 179 [204 ss.]). Pero el cumplimiento del procedimiento «correcto» tiene que poder ser verificado por los tribunales.

87 J. HABERMAS, *op. cit.*, esp. pp. 153 ss.

### 3. Consecuencias para la organización y aplicación del derecho procesal constitucional

Para la organización y aplicación del Derecho procesal constitucional se desprenden dos consecuencias: los instrumentos de información del juez constitucional<sup>88</sup> han de ampliarse y afinarse –no a pesar, sino a causa de la vinculación a la ley–, especialmente las formas y posibilidades<sup>89</sup> de participación graduales en el propio proceso constitucional<sup>90</sup> (ante todo «audiencia» y «participación»); nuevas formas de participación de potencias públicas

88 Ejemplar es el instrumento de información del § 82 apt. 4 LTCF, así como la oportunidad de manifestarse, a menudo en los «grandes» procesos, concedida a las «autoridades y organizaciones» aludidas por el Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 35, 202 (213 s.); 35, 78 (100 ss.); 33, 265 (322 s.); 31, 306 (307 bajo el punto 4); 30, 227 (238 s.). Proporcionan un fragmento de la «representación social» pluralista en el Derecho procesal constitucional. Sintomático es el cuestionario enviado por el TCF (Segunda Sala) al Parlamento federal, parlamentos de los *Länder* y partidos sobre el tema de las dietas de los parlamentarios, FR de 10 de marzo de 1975, p. 1. Cfr. aún la regulación ejemplar en § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional de Hesse y en § 42 de la Ley del Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg.

89 Al respecto P. HÄBERLE, *AöR*, núm. 98, 1973, 119 (128 nota 43). Explosiva es la cuestión de la participación del *Bundestag* (y de su mayoría) en la discusión constitucional, conducida por la minoría de la oposición, sobre el § 218 del Código Penal (al respecto *Woche im Bundestag* de 18 de septiembre de 1974, ed. 15, p. 3). El desarrollo del Parlamento como lugar de enfrentamiento entre mayoría de gobierno y minoría opositora aboga por continuar este reparto de roles también en el Derecho procesal constitucional: sería un argumento para una participación del *Bundestag* mediante su personación en el procedimiento (cfr. también § 77 LTCF, que también concede al *Bundestag* derecho a manifestarse precisamente cuando en el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad un tercio de los miembros del *Bundestag* lo solicitan, cfr. aún §§ 82 apt. 2, 83 apt. 2, 94 LTCF). Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario se solapan aquí (otro ejemplo: BVerfGE 27, 44 [51 s.]). Sería consecuente «constitucionalizar» la *oposición* como tal en el Derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del *Bundestag* legitimado procesalmente. *De lege lata* el *Bundestag* debería insertar en los dictámenes el voto de la minoría opositora.

90 En G. WINTER y K.F. SCHUMANN, «Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren», *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 3, 1972, pp. 529 s., se consideran la oralidad y la inmediatez de la interacción en el juicio como «islas de la acción comunicativa, que resultan casi anacrónicas en una constitución social burocrática-funcional racionalista». Quizá en el proceso constitucional se ofrezca la oportunidad de alcanzar un mayor grado de comunicación no distorsionada en el sentido de Habermas que en otros ámbitos, compárese BACHOF, *op. cit.* (*supra* nota 47).

pluralistas como intérpretes constitucionales en sentido amplio tienen que ser desarrolladas. El Derecho procesal constitucional se convierte en un fragmento del derecho democrático de participación. La interpretación constitucional de los jueces constitucionales puede ser en correspondencia más elástica y expansiva<sup>91</sup> sin que pudiera, ni fuera lícito llegar a una identidad con la del legislador. La concreta utilización del derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional Federal tiene que ser también flexible de conformidad con las cuestiones jurídico-materiales pendientes y los participantes *materiales* (interesados). La relación intensa entre la Constitución material y el Derecho procesal constitucional se muestra también aquí<sup>92</sup>.

Una expansión de la actividad de la justicia constitucional significa desde luego una restricción del margen de discreción interpretativo del legislador<sup>93</sup>. En general, la organización legislativa óptima y la afinación interpretativa del Derecho procesal constitucional son condiciones necesarias para que la legitimación de la jurisprudencia constitucional, intentada aquí desde la teoría democrática, esté suficientemente garantizada en la realidad.

## V. NUEVOS PLANTEAMIENTOS PARA LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. ¿Distintos objetivos y métodos de la interpretación de diferentes participantes?

De la vinculación de las cuestiones relativas a los objetivos, métodos y participantes de la interpretación constitucional resultan nuevos planteamientos no solo para la jurisprudencia constitucional y sus métodos, sino también para la teoría constitucional que se ocupa de estos.

91 Existe una relación entre los instrumentos de averiguación y de prognosis a disposición del Tribunal Constitucional Federal, y la precisión de los criterios jurídico-materiales por él aplicados: mientras que en las recientes leyes económicas (especialmente las de coyuntura) el requisito de la idoneidad se utiliza bastante generosamente (BVerfGE 29, 402 [410 s.]; 36, 66 [71 s.]), el TCF ha fundado sus investigaciones y prognosis empíricamente de forma muy exhaustiva, p. ej., en la sentencia de las farmacias (BVerfGE 7, 377 ss. [= JZ 1958, 472 ss.]) (compárese K.J. PHILIPPI, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, pp. 57 ss.) y podía entonces aplicar también criterios jurídico-materiales estrictos.

92 Sobre este punto mi artículo en JZ, 1973, pp. 451 ss.; también ZUCK, JZ, 1974, p. 361 (364). Importante fue el mantenimiento de la cláusula de los profesores universitarios del § 3 apt. 4 LTCE.

93 La cuestión de los deberes diferenciados de motivación y de provisión de material del legislador debería ser meditada. También aquí se muestra una relación, no analizada todavía totalmente, entre Derecho parlamentario y Derecho procesal constitucional.

Ya se indicó la posible objeción de que la «disolución» de la interpretación constitucional no se deja incorporar sin tensiones a una teoría constitucional que contemple la elaboración de consenso, de unidad política como objetivo del procedimiento jurídico-constitucional y como objetivo del proceso político en general<sup>94</sup>. Una teoría constitucional semejante no puede, sin embargo, ser malinterpretada simplificada como armonizadora. El consenso resulta también del conflicto y del compromiso entre los participantes que defienden egoístamente opiniones e intereses divergentes. Derecho constitucional es, ahora bien, derecho del conflicto y del compromiso a la vez. Es evidente que los autores de una moción y sus adversarios en el proceso constitucional perseguirán distintos objetivos y por tanto escogerán distintos métodos interpretativos y vestirán sus contenidos con tales métodos; lo mismo puede decirse respecto de los representantes de distintos intereses que son oídos por las comisiones parlamentarias, de los partidos mayoritarios y la oposición en el proceso parlamentario<sup>95</sup>. En esta medida se muestran paralelismos entre Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario.

Se desprenden aquí efectos *retroactivos* de los principios interpretativos jurídico-funcionales en la interpretación constitucional material<sup>96</sup>. Han de ser tematizados más intensamente que hasta ahora, en correspondencia con los efectos retroactivos de los principios procedimentales en la interpretación constitucional material<sup>97</sup>. El Derecho constitucional material –vividio– surge de una pluralidad de funciones desempeñadas «correctamente»: las del legislador, del juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también del gobierno y de la oposición. Esta reflexión sobre la interpretación constitucional significa desde el lado funcional, procedimental: la corrección funcional de la interpretación constitucional conduce a la disparidad práctica de la interpretación constitucional. Cómo se interprete –correctamente– depende en cada caso del órgano, su procedimiento, su función, sus cualificaciones.

94 Compárese K. HESSE, *Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

95 Sobre la democracia parlamentaria como «transferencia de la idea de *proceso judicial* al *proceso político legislativo*»: KRIELE, *VVDStRL*, núm. 29, 1971, p. 46 (50).

96 Con razón habla K. EHMKE, *VVDStRL*, núm. 20, 1963, p. 53 (73) de una «relación insoluble» entre principios interpretativos jurídico-materiales y jurídico-funcionales; cfr. también p. 76: «bilateralidad».

97 Al respecto P. HÄBERLE, «Zeit und Verfassung», *ZfP*, núm. 21, 1974, p. 111 (118 ss.); *idem*, *JZ*, 1973, p. 451 (452 ss.); *DVBl.*, 1973, pp. 388 ss.

## 2. Funciones de la teoría constitucional

Otro problema es si a este respecto se puede hablar de la corrección –aunque relativizada– de la interpretación. Para la teoría constitucional se plantea ahora la cuestión básica de si puede ser su función vincular normativamente las diferentes fuerzas políticas y participantes en sentido amplio, *proponerles* los métodos interpretativos «buenos».

¿Hasta qué punto debe ampliar el círculo de sus interlocutores la *teoría* constitucional, que hasta ahora era crítica y asesora, compañero de discusión y de consenso de los Tribunales Constitucionales? Esto podría tener entonces también consecuencias para la configuración del Derecho procesal constitucional.

La fijación en la jurisprudencia ha de ser sin duda superada. Parece abrirse camino la opinión de que la teoría constitucional tiene que ser, por lo menos igualmente, también teoría de la legislación, es decir, interlocutor del legislador<sup>98</sup>.

La relevancia de la cuestión de los distintos objetivos y métodos de los distintos participantes se comprueba aquí con ejemplos: la *preferred freedoms doctrine*<sup>99</sup> y el principio de *self restraint* solo rigen para la jurisprudencia, no precisamente para la legislación. En esta medida el problema ya ha sido aludido por Hesse y Ehmke: si la interpretación constitucional se halla bajo el mandato de «corrección funcional», entonces el órgano intérprete, en virtud de sus competencias específicas, tiene que interpretar de forma *distinta* que otro órgano con otras competencias.

La teoría constitucional como teoría legislativa debería investigar las –hasta ahora descuidadas– peculiaridades propias de la interpretación constitucional por el legislador (y con ello también la gran relevancia del Derecho parlamentario). Esta ha sido contemplada hasta ahora más bien de forma «refleja»: desde la jurisdicción constitucional, es decir, sus límites funcionales, p. ej., con ayuda de la *preferred freedoms doctrine*, la presunción de constitucionalidad de la acción legislativa<sup>100</sup>, de la discrecionalidad del legislador en los límites del «sistema de valores» de la Constitución<sup>101</sup> o en

98 Sobre la cuestión de la teoría de la legislación: P. HÄBERLE, «Rechtsphilosophie und Rechtspraxis», en *Th. WÜRTENBERGER* (ed.), 1971, p. 36 (38 s.); H.-P. SCHNEIDER, *ibid.*, pp. 76 ss.; NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

99 A este respecto H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, pp. 437 ss.; F.H. HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, pp. 40 s., 164 ss.

100 K. HESSE, *Grundzüge*, p. 33.

101 BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97 (107); 14, 288 (301). Para una crítica: GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973; al respecto mi comentario en *JR*, 1974, pp. 487 ss.

la fórmula negativa: ninguna acción arbitraria<sup>102</sup>. Ahora se trata de delimitar desde ella misma, positivamente, la interpretación constitucional «a través» del legislador: desde *sus* procedimientos (en especial del Derecho parlamentario), sus funciones<sup>103</sup>, etc., no solo negativamente a través del rodeo por la cuestión de hasta qué límites jurídico-funcionales puede controlar el intérprete (juez) constitucional. Se trata de un entendimiento positivo de la competencia del legislador *como* intérprete constitucional: sea que en el proceso político «pre»formula constantemente, sea que participa él mismo de forma formalizada en los procedimientos del Tribunal Constitucional (compárese §§ 77, 82 II<sup>104</sup>, 83 II, 88, 94 IV, V LTCF).

La cuestión de si y en qué medida otros participantes, individuos y grupos, deben ser vinculados normativamente, «constitucionalizados» por la teoría constitucional, es más difícil y debe ser respondida diferenciadamente.

Constitucionalizar formas y procedimientos de la participación es función específica de una teoría constitucional (procesal). Esto solo puede valer limitadamente para los contenidos y métodos. El *proceso político* debe ser (permanecer) en principio tan abierto como sea posible, también la interpretación constitucional «absurda» debe tener la oportunidad de ser representada por alguien en algún momento. Aunque el proceso político es un proceso de comunicación de todos con todos, en el cual la teoría constitucional debe precisamente también intentar hacerse oír, hallar su propio emplazamiento y desempeñar su función como instancia crítica<sup>105</sup>. Pero una insuficiente «*academical self restraint*» puede también conducir a una pérdida de

102 BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudencia constante: compárese BVerfGE 18, 38 (46). Al respecto mis pruebas *AöR*, núm. 95, 1970, p. 86 (104 s., 118 ss.), 260 (281 ss.) y para la relación entre jurisprudencia y Administración en el «ámbito» de la discrecionalidad: *Öff. Interesse*, pp. 647 ss.

103 Importante es el intento de P. NOLL, *Gesetzgebungstheorie*, 1973, de desarrollar un «método de la legislación» que no sea solamente «tecnología de poder», sino «cuestión de valores» (p. 63) y propone procedimientos que están orientados al pensamiento del racionalismo crítico (compárese especialmente los apartados sobre el trazado de alternativas y los procedimientos de su crítica, pp. 107 ss., 120 ss.). Pero P. NOLL no considera demasiado la legislación desde el aspecto de la interpretación constitucional (compárese solo pp. 103 s.).

104 Para una extensión del § 82 apt. 2 LTCF al procedimiento de control abstracto de constitucionalidad (mediante modificación legislativa): FRIESENHAHN, *JZ*, 1966, p. 705 (709). Sobre el desarrollo generoso del § 77 LTCF por el Tribunal Constitucional Federal: H. LECHNER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1973, explicación 2 al § 77.

105 P. HÄBERLE, «Verfassungstheorie ohne Naturrecht», *AöR*, núm. 99, 1974, p. 437 (453 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998. N. del T.].

autoridad. La teoría constitucional democrática aquí aludida tiene igualmente una responsabilidad especial para la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

## APÉNDICE A «LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES»

Este trabajo, expresión concreta del entendimiento de la «Constitución como proceso público», ha sido desde su aparición controvertidamente discutido: compárese en primer lugar YERSIN, JA 1975 ÖR, pp. 129 ss. (453 ss.); *por una parte* E.-W. BÖCKENFÖRDE, NJW, 1976, p. 2089 (2093 ss.); OSSENBUHL, en: BVerfG-Festgabe I (1976), p. 458 (510); cfr. sin embargo también *idem*, en DÖV, 1977, p. 801 (809 nota 47); *por otra parte* KIRCHHOF, en: BVerfG-Festgabe I (1976), p. 50 (101, 106); *id.*, *Rechtsänderung durch geplanten Sprachgebrauch?*, Ged.-Schrift für F. Klein (eds. Dieter Wilke y Harald Weber), 1977, p. 227 (239); SCHUPPERT, «Bürgerinitiativen...», AöR 102 (1977), p. 369 (396); SAILER, ZRP, 1977, p. 303 (p. 309 con nota 74); HAVERKATE, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, p. 173 nota 61. Cfr. también STERN, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, vol. I, 1977, pp. 114 s.; GÖLDNER, *Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat*, 1977, p. ej. p. 43 así como HANS F. ZACHER, en: VVDStRL 34 (1976), p. 284 (discusión). Aprobación y crítica a la vez ISENSEE, NJW, 1977, p. 545 (550 ss.) en la discusión sobre los valores básicos. Asentimiento y crítica parecen igualarse (cfr. últimamente LERCHE, en: FS für Ipsen, 1977, p. 437 [437 nota 1] para cuestiones constitucional-procesales).

El trabajo se concibe él mismo como *una* voz en la acción concertada de la –pluralista– ciencia del Derecho constitucional. La mirada a los que participan *personalmente* en los procedimientos, contenidos y resultados de la interpretación constitucional es tan necesaria ahora como antes. El pensamiento en el sentido de la «sociedad abierta» de POPPER representa el fundamento último.

### Resumen

*Este texto fue publicado originalmente en 1975, en la revista JuristenZeitung, bajo el título «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» (pp. 287-305). En él, el autor tematiza explícita y centralmente la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. La tesis es: en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. La interpretación constitucional no es ni teórica ni prácticamente un proceso estatal «exclusivo». Todas las fuerzas de la comunidad política tienen potencialmente acceso a él. El grupo de los que participan en la interpretación*

*constitucional es tan abierto como abierta es, material y metódicamente, la interpretación constitucional, ya que se trata de la Constitución como proceso público.*

**Palabras clave**

*Interpretación constitucional, teoría constitucional, sociedad abierta, pluralismo.*

**Abstract**

*This text was initially published in 1975 in JuristenZeitung ('Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten', 287-305). The author explicitly addresses the question of the participants in constitutional interpretation, especially from a scientific and democratic theoretical perspective. The thesis is: all state organs, all public authorities, and all citizens and groups are potentially involved in the processes of constitutional interpretation. Constitutional interpretation is neither theoretically nor practically an 'exclusive' state process. All forces of the political community potentially have access to it. The group of those who participate in constitutional interpretation is as open as constitutional interpretation is materially and methodically open since it is the constitution as a public process.*

**Keywords**

*Constitutional interpretation, constitutional theory, open society, pluralism.*

Recibido: 11 de diciembre de 2022

Aceptado: 19 de diciembre de 2022



# Jurisprudencia

---



# LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y FORZOSA A LA LUZ DEL CASO VAVŘIČKA Y OTROS C. REPÚBLICA CHECA

## Mandatory and forced vaccination in the light of case Vavříčka and others v. The Czech Republic

LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO

*Contratado Predoctoral-FPU del Departamento de Derecho  
Constitucional de la Universidad de Granada*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La vacunación obligatoria y el caso Vavříčka y otros c. República Checa (STEDH de 8 de abril de 2021).
- III. A modo de conclusión: La vacunación forzada, ¿un recurso excesivo?

## I. INTRODUCCIÓN

En el último año, como consecuencia de la pandemia en la que estamos inmersos desde marzo de 2020, se ha instalado en la sociedad en general, y en la doctrina en particular, un intenso debate en torno a la vacunación obligatoria, más aún desde que la propia Presidenta de la Comisión Europea, Ursula Von der Leyen, la planteara como posible respuesta coordinada al COVID-19<sup>1</sup>. No en vano, a pesar de finalmente no prosperar esta opción a nivel comunitario, sí es cierto que encontramos ejemplos de Estados, como Austria<sup>2</sup>, Ecuador<sup>3</sup> o Finlandia<sup>4</sup>, que han decidido instaurar programas de vacunación en mayor o menor medida obligatoria.

<sup>1</sup> <https://www.lavanguardia.com/vida/20211201/7902073/bruselas-plantea-vacunacion-obligatoria-toda-union-europea.html>.

<sup>2</sup> [https://www.eldiario.es/internacional/austria-planea-obligar-vacunarse-mayores-14-anos-multas-3-600-euros\\_1\\_8563903.html](https://www.eldiario.es/internacional/austria-planea-obligar-vacunarse-mayores-14-anos-multas-3-600-euros_1_8563903.html).

<sup>3</sup> <https://elpais.com/internacional/2021-12-23/ecuador-declara-obligatoria-la-vacunacion-contra-la-covid-19.html>.

<sup>4</sup> <https://isanidad.com/204045/finlandia-aprueba-la-vacunacion-obligatoria-contra-el-covid-19-para-las-enfermeras/>.

Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión controvertida, con una difícil solución que pueda satisfacer puntos de vista claramente enfrentados. Dejando a un lado, en la medida de lo posible, estudios científico-sanitarios al respecto, pretendemos en este trabajo, con motivo de la Sentencia del TEDH de 8 de abril de 2021, caso Vavříčka y otros c. República Checa, no solo analizar los importantes aspectos que en ella se tratan, sino también, y principalmente, plantear algunos interrogantes que de su lectura y estudio se desprenden e invitar a la reflexión y el debate sobre los mismos, incluyendo hipótesis que, en efecto, pueden vislumbrar un panorama más intenso en lo referente a este tipo de medicina preventiva (incidiendo específicamente en la situación de España).

No obstante, es preciso aclarar con carácter previo que, al igual que sucede en la sentencia, no pretendemos abordar la vacunación obligatoria respecto a la enfermedad producida por el COVID-19, sino la vacunación obligatoria, o incluso forzosa, en general. Para ello, partimos siempre de la idea de que las vacunas en cuestión han superado todos los requisitos científicos previos a su comercialización y cuentan con todas las garantías necesarias previstas para este tipo de procesos. Se trata, en definitiva, de una cuestión compleja, de innegable actualidad y que, además, puede volver a plantearse en un futuro, ya que hay expertos que auguran que tendremos que enfrentarnos a nuevas pandemias en un futuro no muy lejano<sup>5</sup>.

## II. LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA Y EL CASO VAVŘIČKA Y OTROS C. REPÚBLICA CHECA (STEDH DE 8 DE ABRIL DE 2021)

### 1. Cuestiones previas

Antes de entrar en el análisis del caso Vavříčka, entendemos necesario introducir una pequeña perspectiva acerca de la vacunación en España (sin perjuicio de las referencias a otros Estados, contenidas en apartados posteriores), siempre con la idea de situar al lector en el centro del problema. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define vacuna (en la sexta acepción, que es la que aquí interesa) como preparado «de antígenos que, aplicado a un organismo, provoca en él una respuesta de defensa». Desde una perspectiva más científica, «las vacunas se definen como unas medidas profilácticas tendentes a inmunizar a un individuo

5 [https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/expertos-alertan-que-nueva-demia-gemela-que\\_202210086341b320383d010001f7e7f7.html](https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/expertos-alertan-que-nueva-demia-gemela-que_202210086341b320383d010001f7e7f7.html); <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55478369>; [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2020-10-30/era-de-las-pandemias-expertos-alertan-futuras-crisis-peores-coronavirus\\_2813136/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2020-10-30/era-de-las-pandemias-expertos-alertan-futuras-crisis-peores-coronavirus_2813136/).

frente a la aparición de una concreta enfermedad»<sup>6</sup>, mediante la producción de una enfermedad fingida que desatará una respuesta en el sistema inmunitario del individuo inoculado, la cual consistirá en la creación de anticuerpos específicos contra el agente infeccioso.

En nuestro Estado, las vacunas están catalogadas legalmente como medicamentos especiales, tal y como se desprende del Capítulo V del RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuya rúbrica es «De las garantías sanitarias de los medicamentos especiales», en el que están incluidas (art. 45). Pero la importancia que pueden representar las vacunas en nuestro sistema sanitario parte de la propia Constitución, que establece en su art. 43.2 que compete «a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto». Este mandato constitucional está recogido y desarrollado en diversos textos legales, de entre los cuales los más importantes son, quizás, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante, LGSP), la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMEMSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944. A pesar de que sobre esta última, la Ley 22/1980, de 24 de abril, hay dudas en cuanto a la vigencia actual<sup>7</sup>, es preciso tenerla presente cuando se aborda una cuestión como la que nos ocupa porque establecía, en su artículo único, la supresión de la obligatoriedad de la vacunación contra la viruela, la difteria y las infecciones tíficas y paratíficas, obligatoriedad que había sido estipulada en la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944.

6 J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados», *DS: Derecho y salud*, vol. 22, núm. 1, 2012, pp. 9-30, p. 10.

7 En la doctrina encontramos dos posturas claramente enfrentadas sobre la vigencia, o no, de este precepto. Entre aquellos que dudan de la misma, podemos mencionar, por todos, a F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «La vacunación obligatoria en el contexto de la pandemia de la Covid-19: Análisis desde la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 293-332, pág. 309; entre los que sostienen la plena vigencia de la norma, podemos destacar a C. CIERCO SEIRA, «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población», *Derecho y salud*, vol. 13, núm. 2, 2005, pp. 211-256, p. 231.

La LGSP establece en su art. 6.4 que este «derecho [a la igualdad] se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales». Más adelante, a propósito de la prevención de los problemas de salud, recoge en el apartado c) del art. 19.2 que las Administraciones Públicas impulsarán «otras acciones de prevención primaria, como la vacunación, que se complementarán con acciones de prevención secundaria como son los programas de detección precoz de la enfermedad». No obstante, el art. 5.2 parte del principio de voluntariedad como rasgo general para toda actuación en materia de salud pública: «Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública»<sup>8</sup>.

Por tanto, la salud, configurada como derecho en la Constitución, cuenta entre sus aspectos primordiales el de la prevención, para cuya materialización son las vacunas, desde nuestro punto de vista, la medida más relevante. Así parece considerarlo también Beltrán Aguirre, al sostener que su

«generalizada y masiva utilización en todos los países occidentales durante los siglos XIX y XX, lográndose la erradicación de muchas y graves enfermedades infecciosas, ha acreditado que, al menos hasta el presente, no ha existido en medicina preventiva ninguna otra medida que sea tan eficaz, efectiva, segura y eficiente como la vacunación»<sup>9</sup>, y todo ello porque en «defensa de la vacunación sistemática, incluso forzosa cuando sea necesario, se aduce que su aplicación ha salvado millones de vidas, lográndose, además, la práctica erradicación en los países occidentales de mortales enfermedades transmi-

8 El art. 3 LOMEMSP establece que con «el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Este precepto ya ha sido utilizado como presupuesto habilitante para ordenar la vacunación forzosa de parte de la población, como vemos en el paradigmático caso del colegio del barrio del Albayzín. Dicha medida fue dictada mediante el Auto de 24 de noviembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada, auto que se ratificó posteriormente por la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2393/2013, de 22 de julio). En este último pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía motiva su decisión de aceptar esta campaña de vacunación forzosa en base a unos términos que nos recuerdan mucho a la «solidaridad social» a la que apela el TEDH en el caso *Vavříčka*, de la que hablaremos más adelante.

9 J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 10.

bles (...) y descensos considerables en otras muchas» teniendo, además, en cuenta que «los efectos adversos que, en ocasiones, pueden producir las vacunas son, en la generalidad de los casos, inmensamente inferiores a los beneficios que reportan a los vacunados y a la sociedad en general»<sup>10</sup>.

No obstante, es preciso finalizar este apartado preliminar destacando dos ideas: en primer lugar, la vacunación se presenta, a ojos de una parte considerable de la doctrina jurídica y, no olvidemos, sanitaria, como el recurso más potente y eficaz, por los costes, por los efectos adversos (mínimos en comparación con los beneficios que conlleva) y por los resultados; en segundo lugar, y a pesar de esto, los movimientos anti vacunas han ido creciendo de modo proporcional al éxito de los tratamientos profilácticos, tal y como señala el propio TEDH:

«As these diseases had now effectively been controlled, public and media attention had shifted away from disease prevention to vaccine safety. This had the potential to distort the perception of reality and to generate vaccine misinformation, which in turn could result in decreasing vaccination rates and the possible return of previously controlled vaccinepreventable diseases» (STEDH de 8 de abril de 2021, caso Vavříčka y otros c. República Checa, §197).

Aunque resulte paradójico, la eficacia de las vacunas ha traído como consecuencia que, lejos de valorar merecidamente de un modo positivo estos resultados, haya una parte de la población (mínima, pero digna de tener en cuenta) que ha comenzado a plantearse cuestiones sobre la seguridad de este tipo de tratamientos preventivos<sup>11</sup>, pudiendo ahora sí desviar su atención de enfermedades ahora erradicadas, pero que han tenido consecuencias funestas para la humanidad en décadas anteriores. Esto puede suponer, y de hecho supone, un incremento de la desinformación (o de información falsa) respecto a este tipo de medicamentos, que puede sembrar la

10 J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 12.

11 «Su eficacia en la lucha para prevenir gran número de enfermedades y para atajar los brotes epidémicos responde a datos objetivos y no a meras conjeturas. Sin embargo, tal éxito que parece mostrarse indiscutible desde el punto de vista científico no parece ir acompañado necesariamente del mismo reconocimiento social. A este respecto, al triunfo de la vacunación le sigue en los últimos años un movimiento social que rechaza los beneficios que las vacunas parecen presentar. Puede afirmarse que a mayor éxito de éstas, mayor contestación por parte de algunos sectores ciudadanos. (...) Puede afirmarse, pues, que el principal enemigo de las vacunas es el propio éxito constatado de las vacunas que provoca en la población la creencia de que determinadas enfermedades han desaparecido» (F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *op. cit.*, pág. 299).

duda en otro porcentaje de la población que, en épocas anteriores, no sintió ningún tipo de necesidad o interés respecto a estos asuntos.

## 2. Implicaciones constitucionales de la vacunación obligatoria

Sin ánimo de ser muy extensos, pues el objetivo es tratar la sentencia, consideramos conveniente realizar una panorámica de las principales implicaciones que puede traer consigo un sistema de vacunación obligatoria. Jurídicamente, partiendo de la clasificación propuesta por Cierco Seira<sup>12</sup>, es posible implantar cinco modelos de vacunación: voluntaria, recomendada, condicionante, obligatoria y forzosa. Nuestro Estado prevé como norma general la modalidad voluntaria, pero contamos con la regulación suficiente, desde nuestro punto de vista, para implantar las modalidades obligatoria o forzosa en caso de necesidad<sup>13</sup>.

En principio, el régimen es el de la voluntariedad, tal y como se recoge, respecto de cualquier tratamiento médico, en el art. 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que dispone que toda «actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley». Por tanto, el primer escollo que encontraría una campaña de vacunación obligatoria sería el conflicto que supondría respecto a la integridad física, puesto que el anclaje constitucional de la prestación del consentimiento como requisito para la intervención médica parte del art. 15 CE, que establece que todos «tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)». En este sentido, Balaguer Callejón afirma:

«El artículo 15 de la Constitución también garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual, en términos generales, viene a protegerse la inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar tanto su cuerpo como su espíritu, así como contra cualquier clase de intervención sobre esos bienes que se realice sin el consentimiento de su titular»<sup>14</sup>.

12 C. CIERCO SEIRA, «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 18-31, pp. 20 y ss.

13 V. Nota 9.

14 F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, 2015, pág. 129.

Y el TC, por su parte, en la STC 120/1990, añade:

«El art. 15 CE resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los demás varidados (sic) móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional» (FJ8).

En definitiva, sin entrar a valorar (al menos por el momento) una hipotética ponderación entre bienes dignos de protección constitucional, como puede ser la salud pública, y la integridad física, lo que sí es evidente es que el conflicto puede existir.

En términos similares podemos expresarnos respecto de la libertad ideológica y religiosa, protegidas por el art. 16 CE. En efecto, es notorio que hay confesiones religiosas que rechazan tratamientos médicos por razones propias de sus creencias:

«Ciertas religiones y sistemas de creencias promueven perspectivas alternativas para la vacunación. Las objeciones religiosas a las vacunas se basan por lo general en: (1) los dilemas éticos relacionados con el uso de células de tejidos humanos para crear vacunas, y (2) creencia de que el cuerpo es sagrado y que no debe recibir ciertos químicos, sangre o tejidos de animales, y que debe ser sanado por Dios, o por medios naturales»<sup>15</sup>.

Nuestro TC también ha tratado la difícil relación entre estas libertades y los tratamientos médicos, como vemos, por ejemplo, en la STC 166/1996, de 28 de octubre, en cuyo FJ 2, afirma:

«La libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental, se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo, es decir, reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales (...). Y ha declarado también (...) que una asistencia médica coactiva constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera justificación constitucional».

No obstante, siguiendo la línea iniciada respecto al derecho a la integridad física, nuestra intención no es realizar una valoración sobre la posible ponderación entre la salud pública y la libertad religiosa, sino señalar que el encuentro entre ambas

15 <https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/perspectivas-culturales-sobre-la-vacunación#Source%2011>.

presenta un debate de índole constitucional, digno de tener en cuenta a la hora de afrontar una valoración jurídica de la vacunación obligatoria.

Dicho esto, nos gustaría resaltar que únicamente hemos apuntado aquellas implicaciones con valor constitucional que tienen relevancia, como vamos a ver a continuación, en la sentencia Vavříčka, de modo que diferimos otras (como el derecho a la educación en aquellos casos en los que la vacunación es requisito para la matriculación en un centro docente, esto es, vacunación condicionante) para apartados posteriores.

### 3. Vavříčka y otros c. República Checa

#### 3.1. Introducción

Como ya hemos comentado en la introducción, no se dirige la sentencia a valorar una campaña de vacunación contra el COVID-19, sino que, por el contrario, trata diversas demandas que giran en torno al programa de profilaxis establecido en República Checa de forma obligatoria. Es importante realizar esta aclaración porque hemos podido contemplar ciertas voces<sup>16</sup> que ponen en entredicho la seguridad de las distintas vacunas contra este virus en la doctrina de nuestro país, alertando sobre la poca confianza que ofrecen, desde su punto de vista, los diferentes fármacos utilizados actualmente.

El asunto Vavříčka contiene la demanda de este ciudadano checo junto con otras que, por tener práctica identidad de razones, son acumuladas al mismo. Los hechos giran en torno a la obligación de vacunación impuesta por República Checa para diez enfermedades, entre las que destacan la poliomielitis, hepatitis B, tétanos o el sarampión. Esta obligación está articulada como un deber legal, a partir de la previsión contenida en la Ley de Protección de la Salud Pública (Ley 258/2000, en adelante LPHP por sus siglas en inglés). Aquellos ciudadanos que se nieguen al cumplimiento del deber legal se enfrentan a distintas consecuencias jurídicas, algunas de corte sancionatorio (por ejemplo, la multa en torno al equivalente de unos 400 €), otras que no pueden ser calificadas como tal (la denegación de inscripción en centros de educación preescolar, supuesto de vacunación condicionante).

16 C. H. PRECIADO DOMENECH, J. SEGALÉS FIDALGO y A. FOTINOPULU BASURKO, «La estrategia covid y su incidencia sobre el derecho a la intimidad. Notas a propósito de la oportunidad hecha sentencia (STEDH de 8-4-2021, Vavříčka y otros vs. República Checa», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la democracia*, núm. 221, 2021, pp. 21-54.

Entre otros datos relevantes, cabe destacar, además de los ya mencionados, que la vacunación era gratuita, que hasta 2013 se preveía un sistema de responsabilidad por los posibles efectos adversos a cargo del personal que la administraba (los efectos secundarios propios estaban incluidos en todos los seguros médicos; los más graves, que podían dar lugar a una indemnización por daños, corrían a cargo del personal sanitario); este sistema fue eliminado, al entender que el mencionado personal no debía hacer frente a las indemnizaciones, estando vigente desde 2020 un sistema de responsabilidad que recae en el Estado. A pesar de que entre 2013 y 2020 no había ningún sistema de responsabilidad establecido, al tiempo de ocurrir los hechos tratados en todas las demandas estaba en vigor el sistema anterior. Además de los demandantes, que trataremos a continuación, intervinieron tres Organizaciones, los Estados de Francia, Alemania, Polonia y Eslovaquia y el Foro Europeo para la Vigilancia de las Vacunas.

### 3.2. Antecedentes de hecho

Profundizando en los antecedentes de hecho, debemos destacar que, como es lógico, son similares. El señor Vavříčka fue declarado culpable de un delito por no cumplir el deber legal de vacunar a sus hijos y condenado a pagar el equivalente a 110 euros. No estando de acuerdo con tal decisión, la impugnó, alegando que la normativa era contraria a sus derechos fundamentales, toda vez que se estaba vulnerando su derecho a rechazar una intervención médica (en representación de sus hijos, menores de edad), recogido en el art. 5 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio de Oviedo, en adelante)<sup>17</sup>, que dispone que una «intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento», a través de lo previsto en el art. 6.2, que establece que cuando, «según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley». Además de esto, también opone a la vacunación obligatoria su libertad de tener y manifestar sus creencias religiosas y filosóficas. A pesar de que sus recursos fueron desestimados, el Tribunal Constitucional Checo consideró que las motivaciones de las decisiones judiciales no habían sido las correctas, puesto que no se había tratado el conflicto, precisamente, con la libertad religio-

17 Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

sa. Entrando al fondo del asunto, consideró este TC que no le correspondía hacer apreciaciones propias del poder legislativo o del ejecutivo, en virtud de lo contenido en el art. 26.1 del Convenio de Oviedo<sup>18</sup>, pero sí se pronunció indicando que, respecto al choque entre salud pública y libertad de pensamiento, la vacunación obligatoria podía ser una limitación admisible para esta, pero para que así se reconociera no se debía tratar de una imposición incondicional de la obligación de vacunación que ignorase las motivaciones individuales para tal decisión de incumplimiento. No obstante, tal y como recoge el TEDH en el § 29:

The Constitutional Court further held that if these criteria were to be applied to the specific facts of the applicant's case, the fulfilment of the criterion of consistency in his attitude appeared problematic. In that regard, it noted that he had given the reasons for his refusal to allow vaccination only at a late stage of the proceedings and that even at a hearing before the Constitutional Court, he had submitted that his reasons were primarily health-related as, in his view, vaccination was harmful to children, with any philosophical or religious aspects being secondary.

En definitiva, el demandante alegó la posible vulneración de su libertad de conciencia sin argumentar nada respecto a ella, habiendo introducido tal posibilidad en un momento tardío del procedimiento. Si bien, aunque podría haber dado lugar a una exención del deber legal de vacunación, la firmeza y la coherencia desde el principio del proceso constituían un aspecto clave para adoptar tal solución (estableciéndose en este pronunciamiento los requisitos para una objeción de conciencia laica).

Por otra parte, hay que destacar que los demandantes restantes no son los padres, a diferencia del señor Vavříčka, sino directamente los niños. Se trata de los menores Novotná, Hornych, Brožík y Dubský y, por último, Roleček. El demandante Novotná basa su argumento principalmente en un problema de fuentes, entendiendo que la obligatoriedad de la vacunación no estaba prevista en una ley del Parlamento, sino en un decreto del Gobierno, de modo que no se respeta el Convenio de Oviedo. El menor Hornych, por su parte, no fue vacunado porque, en opinión de sus padres, no se estableció un plan de vacunación individual y personalizado para él, lo que impedía que le faltara alguna vacuna exigida por la ley. Respecto a Brožík y Dubský, estos alegan, nuevamente, sus creencias religiosas, aunque lo importante es

18 El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

que sostienen que se vulnera su derecho a la educación, ya que no fueron aceptados en una escuela preescolar por no cumplir el requisito de vacunación establecido. Finalmente, el demandante Roleček es hijo de padres biólogos, los cuales, entendiendo que por su formación estaban capacitados para ello, decidieron diseñarle un calendario individualizado de vacunaciones en función de lo que creyeron conveniente, de modo que no fue vacunado contra la tuberculosis, la poliomielitis, la hepatitis B, ni tampoco recibió la triple vírica; alegó entonces injerencias del Estado en su derecho a la vida privada y familiar, a la educación (planteando, además, de forma novedosa que la no inscripción a la escuela preescolar era una sanción) y a no ser discriminado.

### 3.3. Análisis de la jurisprudencia del TC Checo y demás Derecho comparado

Después de adjuntar todo el aparato normativo necesario para revisar el caso (leyes sobre cuestiones sanitarias, de salud pública o de educación, entre otras) el TEDH analiza la jurisprudencia del TC Checo. Es interesante este punto porque nos proporciona un elemento de comparación bastante productivo desde la perspectiva jurídica. Así, en el § 91, observamos que, referido al Alto Tribunal checo:

Compulsory vaccination amounted to an interference with the individual's physical integrity and, accordingly, with his or her right to respect for private or family life. As a restriction on this fundamental right, the vaccination duty was accompanied by safeguards to minimise any potential abuse and to prevent this medical intervention from being carried out where the conditions were not met (section 46(2) and (3)). The compatibility of this restriction with the right to respect for private life was to be established on the basis of the following five-step test.

Los cinco pasos sucesivos de este test nos recuerdan mucho al test de proporcionalidad utilizado por nuestro TC para valorar las limitaciones de nuestros derechos fundamentales y al conocido Test de Estrasburgo. En el caso de República Checa, es preciso, en primer lugar, que la restricción efectivamente entre en el ámbito material de un derecho restringido; a continuación, esta afeción al derecho restringido debe suponer una injerencia en el derecho; el tercer requisito es que esta injerencia esté prevista por la ley; en cuarto lugar, se debe valorar si la injerencia que afecta al ámbito material de un derecho y que está prevista por la ley persigue un objetivo legítimo; por último, debe considerarse que la restricción es necesaria para la consecución de tal objetivo. El TEDH se muestra conforme con este test de proporcionalidad y, además, añade que la argumentación propuesta por el TC Checo, respecto a la

superación que de él hace la vacunación obligatoria, es válida (a pesar de no haber entrado aún en este § 91 a valorar el fondo del asunto).

No termina aquí la riqueza respecto al Derecho comparado que representa este caso Vavříčka. Hay un apartado muy interesante, en cuanto a la vacunación obligatoria, titulado «Comparative material» en el cual el TEDH revisa una serie de sentencias constitucionales presentes, según nos indica el propio Tribunal de Estrasburgo, «in the CODICES database of the Venice Commission» (§§ 94 y ss.), que tratan esta cuestión.

Entre la información reunida en este apartado, podemos destacar que el Consejo Constitucional de Francia declaró conforme a Derecho la declaración de la obligatoriedad de tres vacunas (contra la difteria, el tétanos y la poliomielitis), porque el objetivo perseguido y las propuestas para conseguirlo entraban dentro de la potestad del legislador, destacando que se había previsto como condición para inocularlas que no existiera ningún tipo de contraindicación médica.

En similares términos se pronuncia el TC Húngaro, que declara constitucional la vacunación obligatoria de los niños basándose en razones científicas, aunque declara inconstitucional que no se haya previsto en la legislación un recurso eficaz contra la denegación de exenciones a la vacunación obligatoria, en particular, «the statutory provision permitting the immediate enforcement of an order for vaccination, with no recourse to any legal remedy, was unconstitutional and accordingly repealed» (§ 100).

También es interesante la argumentación del TC de Macedonia del Norte, que acepta la constitucionalidad de la vacunación obligatoria sobre la base del derecho de la protección de la salud (tanto de la persona que recibe la vacuna, como de aquellos que por contraindicaciones médicas no pueden recibirla); pero, en una postura algo más firme, llega incluso a afirmar que el derecho a la salud de los niños, dignos de especial protección, puede implicar que se niegue a sus padres la libertad de elegir sobre si vacunarlos o no, aprobando también la no matriculación en la escuela primaria de los no vacunados (§ 105).

Esta visión acerca de la prevalencia del derecho a la salud de los niños frente a la libertad de elección de los padres también ha sido afirmada por la Corte Costituzionale Italiana; agrega, por otra parte, que es inconstitucional no prever una indemnización justa por los daños causados por estos tratamientos médicos y que debe ser el legislador el que, en función de datos sanitarios y epidemiológicos, decida cuál es el mejor sistema de vacunación.

Moldavia, por su parte, entiende que los derechos no se ejercen en un vacío existencial, sino en una sociedad organizada, de modo que este tipo de restricciones son constitucionalmente viables.

El TC Serbio basó la constitucionalidad de la vacunación obligatoria en el descenso de la tasa de inmunización del Estado, considerando proporcionado condicionar la asistencia a los centros educativos a la vacunación de los alumnos. Eslovenia también consideró constitucional su programa de vacunación obligatoria, aunque encontró deficiencias en cuanto al mecanismo de declaración de exenciones y a no prever una indemnización por los daños a la salud derivados de los efectos secundarios de la vacunación.

Finalmente, se resalta jurisprudencia del Reino Unido en la que se entiende que la opinión de los padres «regarding immunisation must always be taken into account but the matter is not to be determined by the strength of the parental view unless the view has a real bearing on the child's welfare» (§ 128).

A continuación, el Tribunal expone normativa de rango internacional relevante para el caso, perteneciente al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención de los Derechos del Niño, a la Organización Mundial de la Salud, a la Carta Social Europea y al Convenio de Oviedo, entre otros documentos.

Finalmente, antes de entrar en la admisibilidad y fondo de la demanda, se recoge algún material de expertos que ha asesorado al Gobierno. Es preciso, en este punto, mencionar que República Checa se basó en la Sociedad Checa de Vacunología (Česká vakcinologická společnost), la Sociedad Checa de Pediatría (Česká pediatriká společnost), o la Asociación de Médicos Generales de la Infancia y la Juventud (Sdružení praktických lékařů pro děti a dorost), entre otras organizaciones, para apostar por el sistema de vacunación obligatoria, entendiendo que a partir de ella «the occurrence of and deaths caused by vaccine-preventable diseases had radically dropped» y señalando, asimismo, que era conveniente para proteger a aquellos niños con enfermedades crónicas graves, para los que la vacunación es ineficaz o está contraindicada (§ 152). Por su parte, la Agencia Estatal de Control de Medicamentos confirmó en 2015 que la inmensa mayoría de los efectos adversos entraban dentro de las reacciones esperadas, descritas en el resumen de características de estos medicamentos (§ 155). Para concluir, es destacable, dentro de esta información que manejó el Gobierno checo en el proceso de toma de decisiones, que dentro de la red Vaccine European New Integrated Collaboration Effort (VENICE), 15 Estados no imponían ninguna vacuna de modo obligatorio y 14 lo hacían contra una o más enfermedades; de entre estos, 8 la imponían contra el mismo o un mayor número de enfermedades que República Checa.

### 3.4. La posición de los demandantes

Tras esto, el TEDH rechaza las objeciones del Gobierno checo respecto a la admisibilidad de las demandas (bien por no poder incardinarse dentro del art. 8 CEDH, bien por no haber agotado la vía judicial interna), y a continuación expone los argumentos más relevantes en cuanto al fondo del asunto propuestos por los demandantes. A modo de resumen, y con el objetivo de no ser repetitivos, únicamente recordamos que, según estos, se habían vulnerado los derechos a la autonomía personal en cuanto a la toma de decisiones relativas a la salud propia, al desarrollo personal, a cuidar de los hijos de acuerdo a las propias convicciones y en función del interés superior de los menores, que, siempre según los demandantes, debía ser evaluado y protegido principalmente por los padres, quedando la intervención del Estado relegada a último recurso (§§ 172 y ss.); además, alegaban que las autoridades sanitarias no les habían proporcionado la suficiente información respecto de la seguridad de los tratamientos y la necesidad y justificación de vacunarse obligatoriamente (§ 175), así como que las sociedades científicas en las que el Gobierno se había apoyado guiaban su actuación movidas por intereses económicos, pues estaban patrocinadas por empresas farmacéuticas (§ 177).

Asimismo, no compartían la decisión de denegarles el acceso a las escuelas infantiles como sanción, pues esto había supuesto que:

«the families of the child applicants had had to provide care for them by their own means, which had impacted on the family as a whole, both financially and socially. Depriving the child applicants of preschool education had put them at a significant disadvantage in their subsequent education» (§ 178).

El demandante Roleček, en concreto, considera que su madre se había visto obligada a quedarse en el domicilio con él, cuidándolo y prestándole atención, lo que significó un quebranto para la vida personal y profesional de la progenitora. Finalmente, afirmaban que el control judicial interno previsto no era suficiente, pues no entraba en el fondo del asunto sino en los aspectos meramente formales (§ 181), que no había previsto un sistema de imputación de responsabilidad por daños a la salud (§ 182), que no entendían por qué el requisito de la vacunación se establecía únicamente para los niños de los centros docentes y no para el personal contratado en estos (§ 183) y que existían medios menos intrusivos para conseguir el objetivo, aceptable desde el punto de vista del interés general, de proteger la salud pública, como el de la vacunación sistemática voluntaria, más proporcionado y eficaz. La conclusión, como parece lógica después de esta argumentación, es que la injerencia en los derechos del art. 8 CEDH no era necesaria en una sociedad democrática.

### 3.5. La posición de República Checa

El Gobierno, por su parte, entiende que la protección del interés superior del menor en casos como estos consiste en garantizar el más alto nivel posible de salud, de modo que no se pueden confundir los intereses de estos con los de sus padres o tutores, resultando, en definitiva, un conflicto entre ellos. Respecto de las injerencias en los derechos recogidos en el art. 8 CEDH, el Gobierno checo estima que, salvo en la multa impuesta al señor Vavříčka, no se puede entender que se produzcan tales injerencias. En cuanto a la no admisión en la escuela de los niños demandantes, afirma que se habían previsto en la normativa reguladora de la vacunación obligatoria suficientes situaciones de exención que implicaban que no se trataba de una obligación absoluta. Además, no se puede, a juicio del Gobierno, considerar la no admisión en la escuela como una sanción, sino más bien que se trata del no cumplimiento de un requisito de acceso; no obstante, al encontrarnos ante el sistema educativo público, no pertenecería al ámbito del art. 8 CEDH.

Dicho esto, el Estado demandado analiza y argumenta también respecto a la opción de que el Tribunal considere que, efectivamente, el caso trata sobre una injerencia en la vida privada de los demandantes. En este contexto, el Gobierno entiende que en caso de entenderse que se ha producido esta injerencia, está prevista por la ley, pues las normas relativas a la obligación de vacunación, la multa en caso de que no se cumpla el deber legal y los requisitos de admisión a guarderías y centros preescolares se encuentran en normas consideradas «ley» por el TC Checo y el propio TEDH. Además de estar prevista en la ley, ninguno de los demandantes ha argumentado que el interés general y la salud pública no sean objetivos legítimos, teniendo en cuenta, por otra parte, que la vacunación protege tanto al inoculado como a aquellas personas vulnerables que por contraindicaciones médicas no pueden recibir el tratamiento profiláctico (§ 196). Y, a mayor abundamiento, no se puede obviar el hecho de que gran parte de la normativa nacional y de los Tratados Internacionales suscritos por República Checa contienen una serie de obligaciones positivas encaminadas a establecer políticas eficaces de salud pública para combatir las enfermedades graves y contagiosas y proteger la vida y la integridad física de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. En un momento en el que, como ya se ha comentado, se ponía en tela de juicio la seguridad de las vacunas y habían descendido las tasas de inmunización, hacer obligatoria la vacunación «was a natural response, in that it was demonstrated that it led to an improvement of the vaccination coverage» (§ 197). Por otra parte, sería también conveniente tener en cuenta el margen de apreciación nacional, en este caso entendido en un sentido amplio, toda vez que los Estados europeos no muestran un consenso definido acerca de cómo

afrontar el descenso de las tasas de vacunación ni en si recurrir a la vacunación obligatoria, de modo que, siempre y cuando se realizara a través de una argumentación sólida, se podía establecer sin estar incurriendo en una injerencia no necesaria en una sociedad democrática.

Finalmente, respecto de los casos de los seis demandantes, entiende el Gobierno checo que no introdujeron en sus recursos una justificación válida de por qué entendían que se estaban vulnerando sus derechos y libertades fundamentales. El hecho de no haber optado por la vacunación forzosa (y que, en consecuencia, no se les hubiera vacunado) implicaba que no había una lesión efectiva al derecho a la integridad física. Por el contrario, los demandantes únicamente habían mostrado una opinión negativa, casi despectiva, sobre la vacunación, obligatoria o no. Para finalizar, considera el Gobierno checo, en primer lugar, que no exigir una vacunación específica al personal laboral no es un elemento relevante, en tanto que, como ciudadanos bajo su jurisdicción, habrían recibido previamente las vacunas establecidas; en segundo lugar, que el sistema de responsabilidad por daños se modificó para que fuera el Estado el que hiciera frente a las indemnizaciones, puesto que no se podía penalizar al personal sanitario por estar posibilitando el cumplimiento de un deber legal; y, por último, que la no admisión a las escuelas, como hemos mencionado antes, no constituía una medida punitiva en sí y, además, no les había impedido forjar relaciones sociales en otros entornos. La conclusión, en definitiva, es que «vaccination in general constituted a social benefit calling for shared responsibility on the part of the members of society and for social solidarity from each individual, who assumed a minimum risk in order to protect public health» (§ 209).

### 3.6. Los terceros intervinientes

A continuación, entendemos interesante resaltar algunos comentarios realizados por los terceros intervinientes. Francia, en primer lugar, relata que ha elevado las sanciones por incumplimiento del deber legal de vacunación: anteriormente, los padres que no vacunaban a sus hijos podían ser condenados a una multa de hasta 3.750 € y seis meses de prisión; tras la reforma, la multa se elevaba hasta los 30.000 € y la privación de libertad hasta dos años. Además, la vacunación es un requisito para el acceso a la educación preescolar y al sistema educativo. No obstante, en un marco en el que los Estados que han ratificado ciertos Tratados Internacionales deben cumplir con las obligaciones positivas que de ellos se derivan, como es la de garantizar el mayor grado de salud para sus ciudadanos, y entendiendo que no hay consenso en cuanto a la obligatoriedad de la vacunación, Francia invita al TEDH a reconocer un

amplio margen de apreciación en cuanto a la materia. Para concluir, destaca la Recomendación 1317 de 1997, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se reconoce la eficacia de las vacunas obligatorias, afirmando que la injerencia «represented by such a compulsory vaccination scheme with the right to respect for private life was accordingly proportionate to the objective of promoting the degree of vaccination coverage needed to reach the herd immunity threshold for the benefit of the entire population» (§ 215).

En similares términos se pronuncia el Gobierno alemán, que impone sanciones de hasta 2.500 € en caso de no recibir la vacuna y la exclusión de los centros educativos, los cuales, además, tienen la obligación de denunciar ante las autoridades de salud pública a los niños que no estén vacunados. No obstante, Alemania insiste en el hecho de que esta vacunación no se puede realizar, en modo alguno, de forma coercitiva. Termina su intervención justificando que el pequeño esfuerzo que supone recibir la profilaxis conlleva un beneficio alto para la sociedad, en general, y para aquellos niños que por contraindicaciones médicas no pueden vacunarse, en particular.

Polonia tampoco aporta argumentos diferentes a los anteriores, si bien pone especial énfasis en la necesidad de reconocer a los Estados un amplio margen de apreciación, a falta de un consenso mayoritario en cuanto a la vacunación obligatoria. Eslovaquia, por su parte, declara que ha considerado constitucional esta práctica; no obstante, respecto de la indemnización por daños, afirma que solo se otorga cuando la vacuna se ha suministrado en contra de las normas aplicables, no así en caso contrario.

Por último, el Estado eslovaco entiende que la cuestión crucial es garantizar el interés superior de los menores, de modo que la negativa de los padres a vacunar a sus hijos puede considerarse contraria a aquel, por lo que es preciso garantizar el cumplimiento de esta normativa a través de la imposición de sanciones (pecuniarias de hasta 331 euros, sin que se prevea la exclusión de estos niños de los centros docentes preescolares).

Por su parte, las tres organizaciones intervinientes<sup>19</sup> exponen que el hecho de no admitir a los niños en la escuela supone para las familias unas consecuencias negativas de entidad considerable, en tanto que prefieren cambiar su estilo de vida antes que exponer a sus hijos a los riesgos inherentes a la vacunación; otro argumento

19 Asociación de Pacientes perjudicados por las Vacunas (Společnost pacientů s následky po očkování), el European Centre for Law and Justice, y ROZALIO (Rodiče za lepší informovanost a svobodnou volbu v očkování).

sostenido es que el Gobierno checo ha actuado con poca transparencia, sin explicar el método y criterios utilizados para definir el calendario de vacunación, lo que ha traído como consecuencia directa un crecimiento de la desconfianza y resistencia por parte de la ciudadanía; también se alega que el bienestar físico e individual debe prevalecer sobre el interés de la sociedad o de la ciencia y que, sin lugar a dudas, cualquier intervención médica debe exigir consentimiento previo, libre e informado, en virtud de lo recogido en el Convenio de Oviedo; por otra parte, estos terceros intervinientes manifiestan que, en la práctica, era inviable evitar la vacunación o las medidas sancionatorias, dado que la jurisprudencia del TC Checo iniciada con la sentencia Vavříčka, que consagraba una suerte de objeción de conciencia laica, no había sido puesta en práctica, pues los órganos administrativos que intervenían en las decisiones finales sobre estos casos denegaban sistemáticamente esta posibilidad, a lo que había que unir el hecho de que la exención por razones médicas exigía una contraindicación permanente; finalmente, consideran que es preciso encontrar una alternativa más proporcionada, basada en la vacunación recomendada, más respetuosa con el art. 8 CEDH (§§ 231 y ss.).

Finalmente, interviene en último lugar el Foro Europeo para la Vigilancia de las Vacunas (European Forum for Vaccine Vigilance), que sostiene que no existe un organismo profesional que defienda específicamente los intereses de los pacientes, lo cual sería interesante porque los médicos no están capacitados para transmitir de un modo eficaz la información científica relativa a las vacunas. Además de esto, en caso de que exista duda, debería prevalecer en todo caso la decisión final del individuo, en virtud de los principios *primum non nocere* e *in dubiis abstinere*. Por otro lado, relativo también a la prestación del consentimiento es el hecho de que, cuando los pacientes se someten a la vacunación, no están prestando un consentimiento informado, puesto que no comprenden los datos que se le proporcionan; en lugar de esto, el inoculado concede un permiso para someterse a un procedimiento específico. Finalmente, el Foro Europeo sostiene que la información científica con la que cuenta el público no es transparente y está encaminada a formar una opinión a favor de las vacunas, como demuestra el hecho de que los estudios oficiales no suelen aportar información acerca de sus autores y fuentes; esto sucede así, a pesar de que no existen estudios que demuestren la eficacia de llevar a cabo políticas de vacunación agresiva. Concluyen afirmando que el primer paso es garantizar que los afectados estén ampliamente informados sobre todos los aspectos relevantes de la vacunación, aunque es cuestionable que los médicos puedan realizar dicha labor de información, y solicitan que exista una libre elección entre otorgar el consentimiento informado y rechazar someterse a la profilaxis (§ 257).

### 3.7. Análisis del fondo del asunto

El TEDH considera, entrando ya en el fondo del asunto, que a pesar de que los demandantes habían basado sus argumentos en las consecuencias de la negación a la vacunación (la multa y la no admisión en los centros educativos), lo cierto es que no se puede disociar tales circunstancias de la obligatoriedad de profilaxis. A este respecto, es amplia la jurisprudencia del Tribunal que incardina la integridad física dentro del derecho a la vida privada, derecho sobre el que se produce una injerencia en los supuestos de vacunación obligatoria, puesto que se realiza una intervención médica involuntaria, según se deriva del caso Solomakhin c. Ucrania. El Tribunal llega a esta conclusión a pesar de que, como afirmó el Gobierno, no se ha producido la vacunación de forma efectiva; no obstante, el hecho de tener que soportar estas consecuencias constituye en sí mismo una injerencia. Como vemos, para llegar a este extremo no exige el Tribunal de Estrasburgo que se produzca el hecho físico en sí, esto es, la efectiva inoculación del medicamento (lo que constituiría un supuesto de vacunación forzosa, no previsto por la ley checa), sino que basta con que se haya establecido un sistema que penalice, de un modo u otro, el rechazo a recibir el tratamiento médico (lo que hemos venido llamando vacunación obligatoria).

Partiendo, pues, de esta idea, el objetivo del TEDH es dilucidar si se trata de una violación o no del Convenio, a partir de lo estipulado en el art. 8.2, que dispone que:

«No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

La disección de este apartado 2 comienza con la previsión en la ley de la práctica que pueda resultar lesiva. A este respecto, es jurisprudencia consolidada que el objetivo de tal extremo es que la ciudadanía pueda conocer el contenido de acuerdo con el cual deba ajustar su comportamiento, por lo que debe encontrarse en una fuente accesible y formularse de un modo preciso. Como comentamos anteriormente, el fundamento de la vacunación obligatoria en República Checa se encuentra en la LPHP, cuya accesibilidad y previsibilidad nunca fue discutida por los demandantes. El argumento de estos se basaba en que la regulación de la vacunación se encontraba en una combinación de legislación primaria (una ley del Parlamento) y secundaria (un decreto del Gobierno). No obstante, el TEDH considera que «ley», en el sentido

del articulado del CEDH, debe entenderse en su sentido material y no en el formal, de modo que ello «includes, inter alia, “written law”, not limited to primary legislation but including also legal acts and instruments of lesser rank. In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted it» (§ 269). Este primer requisito, que fue analizado en profundidad por el propio TC Checo, está ampliamente superado a juicio del TEDH.

En segundo lugar, encontramos que la exigencia del objetivo legítimo también se encuentra salvada. A juicio del Tribunal, la vacunación obligatoria persigue proteger frente a enfermedades que pueden suponer un riesgo considerable, tanto a aquellas personas que pueden ser vacunadas, como a los que, por razones médicas, no pueden serlo, de modo que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En este caso, una amplia tasa de vacunación dentro de la sociedad es el contexto deseable para evitar riesgos, lo que constituye la encarnación del objetivo de la protección de la salud y la protección de los derechos de los demás, exigido en el apartado 2 del art. 8 CEDH, sin que sea necesaria la concurrencia de otros objetivos adicionales.

A continuación, es preciso valorar si la injerencia es necesaria en una sociedad democrática, para lo cual se atiende a distintos aspectos. Bajo el epígrafe «principios generales y margen de apreciación», el Tribunal aborda la posición de los Estados, que deben proteger, de forma directa, los Derechos Humanos. En este sentido, son las autoridades nacionales las mejor situadas para tomar decisiones que garanticen el justo equilibrio entre los derechos de los individuos y el objetivo legítimo perseguido a través de la injerencia. Este hecho y la falta de consenso constituyen el motivo que justifica la concesión de un amplio margen de apreciación nacional para la regulación de este tipo de materias. En el caso concreto que nos ocupa, hay que tener en cuenta que República Checa no administró las vacunas por la fuerza, actuación que, destaca el Tribunal, no se podría haber llevado a cabo porque no estaba prevista legalmente. Para la consecución del objetivo legítimo de proteger la salud pública y los derechos de las personas, común para los Estados, en materia de vacunación el TEDH estima que estos pueden acudir a sistemas de recomendación, de obligación o de actuación forzosa<sup>20</sup>, lo que supone el dato más evidente de la falta de consenso.

20 El TEDH parte de la idea de que existen tres sistemas de vacunación: recomendada, obligatoria y forzosa. No obstante, la diferencia con la propuesta de Cierco Siera estriba en que este autor desdobra el modelo de recomendación en voluntaria y recomendada, y el modelo de obligatoriedad en condicionante y obligatoria. A lo largo de toda la sentencia hemos podido observar cómo el Tribunal de Estrasburgo alude a la vacunación obligatoria incluyendo el modelo condicionante, por ejemplo, respecto a establecer como requisito para el acceso a las guarderías la vacunación de las enfermedades comentadas.

De hecho, hemos asistido a cambios dentro del mismo Estado entre distintos sistemas, quedando patente que se trata de una cuestión controvertida. No obstante, el Tribunal considera que, en el supuesto de optar por un proceso de vacunación obligatoria, hay que tener en cuenta el valor de la solidaridad social, pues se pretende proteger también a aquellos individuos que por cuestiones médicas no pueden someterse a estos tratamientos médicos. En conclusión,

«As reiterated above (...), the Court has previously held that healthcare policy matters come within the margin of appreciation of the national authorities. Having regard to the above considerations and applying its well-established case-law principles, the Court takes the view that in the present case, which specifically concerns the compulsory nature of child vaccination, that margin should be a wide one» (§ 280).

Sobre la necesidad social imperiosa también se pronuncia el Tribunal, conectándola no solo con el problema al que acabamos de hacer referencia (personas especialmente vulnerables que no pueden vacunarse), sino también con la obligación positiva de proteger la vida y la salud de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, adquirida por los Estados contratantes con la ratificación de distintos Tratados Internacionales (y el propio CEDH). Acepta al completo el TEDH todo el material alegado por los expertos aportados por el Gobierno checo, que concluyeron sin lugar a dudas que la vacunación debía seguir siendo obligatoria, más aún al observar que las tasas estaban disminuyendo, circunstancia que podía agravar el problema. Este riesgo, además, fue objeto de preocupación por parte de los terceros Estados intervinientes y por otros Estados y organismos a nivel europeo e internacional. En definitiva, respecto a la necesidad social imperiosa, se concluye que

«In view of these submissions, and of the clear stance adopted by the expert bodies in this matter, it can be said that in the Czech Republic the vaccination duty represents the answer of the domestic authorities to the pressing social need to protect individual and public health against the diseases in question and to guard against any downward trend in the rate of vaccination among children» (§ 284).

En cuarto lugar, comenta el Tribunal las razones aducidas por el Gobierno checo para optar por el sistema de vacunación obligatoria. A pesar de no ser el único sistema posible, ni tampoco el más extendido, es evidente que son las autoridades nacionales las mejor situadas para valorar cuál es el mejor método para afrontar este tipo de problemas y, sobre todo, para afrontarlos de un modo eficaz. Aprovecha el TEDH este apartado para evaluar el interés superior del menor, cuestión que había sido enarbolada por los padres de los menores demandantes, en la idea de

que consideraban ser los idóneos para valorarlo respecto de cada uno de sus hijos. El Gobierno, por su parte, contestó que en materia sanitaria el interés superior del menor consiste en garantizar el máximo grado de salud posible. Este es, a juicio del Tribunal, el enfoque óptimo. En efecto, jurisprudencialmente ha quedado patente la necesidad de situar al menor en el centro de las decisiones en todos aquellos aspectos que influyan sobre su vida, no solo a los menores individualmente considerados, sino también a los menores como grupo. En este sentido, el interés superior del menor consiste en garantizar que estén protegidos contra las enfermedades graves, objetivo que se consigue cuando reciben el calendario de vacunas, especialmente a edades tempranas, pues mantener una alta tasa de inmunización es el método ideal para garantizar que aquellos niños que no pueden recibir las vacunas estén protegidos, en tanto que basan dicha protección en la inmunidad de grupo (§ 288).

Finalmente, el Tribunal se centra en valorar la proporcionalidad de la medida, aspecto que parece el más determinante para su consideración o no como injerencia necesaria en una sociedad democrática. Para abordarlo, en primer lugar se destaca que el deber no es absoluto, en tanto que existe la posibilidad de acogerse a la exención de contraindicación permanente; a pesar de que los demandantes argumentaron que la valoración que se realiza en República Checa de esta circunstancia es incorrecta, lo cierto es que ninguno de ellos sostuvo sus pretensiones, ni a nivel interno ni a nivel de Estrasburgo, a partir de una contraindicación real, de modo que esto no constituye un dato especialmente relevante para sus demandas. Por otra parte, el Tribunal afirma que no le compete examinar el proceso de alegación en abstracto, sino las circunstancias del caso en concreto, algo que no es posible dado que los demandantes no lo llevaron a cabo. En similares términos se pronuncia respecto a la posible vulneración del art. 9 CEDH alegada por algunos demandantes: ya que no introdujeron esta motivación en los recursos internos, no procede valorarla ahora, salvo para lo relativo al señor Vavříčka que expondremos más adelante.

No obstante, destaca el TEDH que, a pesar de que la vacunación es un deber legal, no se puede imponer su cumplimiento por la fuerza, sino a través de un mecanismo indirecto, la multa administrativa, cuyo montante no es en absoluto elevado. Respecto a la inadmisión en los centros educativos, a los que se refiere más adelante, en principio no la considera una medida punitiva, sino protectora del resto de menores matriculados. En cuanto al sistema de recursos, considera el Tribunal que los demandantes cuentan con las suficientes garantías procesales para hacer valer sus derechos, hasta el punto de que el propio TC inició una línea jurisprudencial con el recurso interpuesto por el señor Vavříčka, hecho que supone una muestra significativa del funcionamiento de las salvaguardas.

Por otra parte, el Tribunal no estima fundadas las dudas de los demandantes respecto de la transparencia de los procesos de toma de decisiones que desembocaron en la obligatoriedad de la vacunación. Considera que está bien justificado, no solo por el ya mencionado (amplio) margen de apreciación nacional, sino sobre todo porque las autoridades cuentan con un sistema que les permite reaccionar con flexibilidad en función de la evolución de la ciencia médica y de la situación epidemiológica. El Gobierno, además, ha expuesto claramente el procedimiento cursado para adoptar esta decisión, mediante la publicación, por ejemplo, de las actas de las reuniones en la página web del Ministerio de Sanidad, y los demandantes no han podido demostrar el nexo de unión entre esta y los intereses económicos de las empresas farmacéuticas. Por otro lado, el calendario de vacunación no se impone de forma taxativa, sino que se permite un cierto margen decisorio respecto al mismo siempre y cuando el menor se encuentre inmunizado a una determinada edad.

Otro aspecto importante alegado por los demandantes es el relativo a los daños sufridos. Respecto a este extremo, el TEDH considera que el riesgo asumido por los pacientes inoculados es el habitual de estos fármacos y que otros efectos adversos de mayor entidad, incluso graves para el individuo, son muy poco frecuentes; no obstante, es importante el hecho de que el Estado valore individualmente las posibles contraindicaciones, hecho que se produce al ser administradas las vacunas por profesionales médicos, siempre después de comprobar estos riesgos como parte del protocolo rutinario. En este punto, sí entiende el Tribunal, como indicación general, que es pertinente que el Estado cuente con un sistema de indemnización por daños a la salud para la correcta valoración global de un modelo de vacunación obligatoria.

Finalmente, para terminar de valorar la proporcionalidad, estima conveniente el Tribunal analizar la intensidad de las consecuencias a las que se enfrentan aquellas personas que deciden no vacunarse o no vacunar a sus hijos. Respecto de la multa administrativa, ya hemos visto que la considera no excesiva. En cuanto a la no admisión en los centros educativos, entiende el Tribunal que se produce una pérdida de oportunidad de socialización y desarrollo de la personalidad de estos menores. No obstante, esto es consecuencia directa de una elección realizada por sus progenitores (§ 306). Además, nuevamente se relaciona la vacunación obligatoria con la solidaridad social, en tanto que aquellos menores con contraindicaciones médicas que le impiden vacunarse pueden asistir a la educación preescolar siempre y cuando sus compañeros efectivamente se inmunicen, único modo de garantizarles la seguridad necesaria para acudir a los centros. En este sentido,

«The Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this

universally practised protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination» (§ 306).

No obstante, aclara el TEDH que estos niños, cuando alcanzaron la edad de escolarización obligatoria, no vieron afectada su admisión al sistema educativo por su estado de vacunación, aspecto que puede dar lugar a ciertos matices que trataremos en el apartado siguiente.

En definitiva, el Tribunal considera que estas consecuencias, tras ser valoradas en el contexto del ordenamiento interno, guardan una relación razonable de proporcionalidad con los objetivos legítimos perseguidos por el Estado con la obligatoriedad de la vacunación. Por tanto, entendiendo que este sistema se halla dentro del margen de apreciación, la conclusión que alcanza el TEDH es que se trata de un conjunto de medidas necesarias en una sociedad democrática, de modo que la injerencia no constituye una violación del art. 8 CEDH.

Por otra parte, vamos a finalizar este apartado con la posible vulneración del art. 9 CEDH que ya anunciamos anteriormente. Con motivo de la jurisprudencia interna surgida con el caso *Vavříčka*, que permitía acogerse a una exención fundamentada en una objeción de conciencia secular o laica, e invocarla en caso de ser multados pecuniariamente o para evitar la exclusión de los centros educativos, el Tribunal ha debido valorar también una posible violación de este artículo, que reconoce las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión. Aunque el TEDH considera que su papel no está dirigido a valorar el procedimiento interno para exigirla en abstracto, sino que debe limitarse a examinar los hechos ocurridos en los casos concretos de los demandantes, lo cierto es que el señor *Vavříčka* alegó esta vulneración ante el TC Checo, aunque fue desestimado dicho recurso por considerar el TC que esta manifestación de sus creencias había sido tardía y poco coherente. El TEDH aborda esta posible vulneración del art. 9 CEDH en los §§ 313 y ss. El señor *Vavříčka* considera que su principal motivación consistió en proteger la salud de sus hijos, negándose a vacunarlos porque estaba convencido de que sufrirían daños en su salud. Los Gobiernos checo, francés y alemán entendían que las opiniones personales sobre la vacunación no se encuentran dentro del ámbito protegido por el art. 9 CEDH en tanto que no constituyen una creencia entendida como tal. Es interesante, en concreto, el argumento del Gobierno de Francia, que sostiene que la vacunación supone un deber legal neutro, aplicable a todas las personas, independientemente de su pensamiento, conciencia o religión, el cual, en caso de considerarse una injerencia, debería ser entendida como necesaria en una sociedad democrática, partiendo de la misma argumentación que acabamos de desarrollar con motivo de la posible

vulneración del art. 8 CEDH. Por su parte, el European Centre for Law and Justice considera que es preciso examinar este tipo de situaciones con especial cuidado, toda vez que las objeciones basadas en convicciones morales, en caso de aceptarse, otorgan una inmunidad considerable al objetor frente al deber objetado; por otro lado, es necesario que dicha objeción responda a razones moralmente genuinas y no a un interés personal concreto. El Tribunal concluye que no todas las opiniones están protegidas por el art. 9 CEDH y que la crítica a la vacunación no constituye una convicción o creencia como para atraer dicha protección, por lo que no estima que se produzca una violación de tal derecho.

### **III. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA VACUNACIÓN FORZOSA, ¿UN RECURSO EXCESIVO?**

Tal y como hemos podido comprobar a lo largo de la lectura de las páginas precedentes, el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en algunas ocasiones sobre la posible implantación de sistemas de vacunación obligatoria. La conclusión parece girar en torno a dos ejes: el primero, la concesión de un amplio margen de apreciación a los Estados, en tanto que no existe un consenso entre estos sobre la solución a adoptar, entendiéndose que las autoridades nacionales son las mejor situadas para valorar las distintas opciones en función de la situación real de su población; el segundo, la apelación al valor de la solidaridad social por parte del conjunto de la ciudadanía, que se ve impulsada a vacunarse sobre la base de que un alto porcentaje de inmunización protege no solo a las personas vacunadas, sino también a aquellas personas que, por condiciones específicas normalmente de salud, no pueden vacunarse (siendo aquí el punto en el que emerge la solidaridad).

Para llegar a este pronunciamiento, el Tribunal de Estrasburgo ha ido resolviendo distintas cuestiones: en primer lugar, comprobar que se estaba restringiendo materialmente un derecho; a continuación, que tal restricción tenía tal entidad como para ser considerada una injerencia; el tercer interrogante era si tal injerencia estaba prevista por la ley; en cuarto lugar, si con la adopción de esta medida se perseguía un objetivo legítimo; y, finalmente, si la medida restrictiva era necesaria para conseguir el objetivo. A lo largo de su argumentación, hemos observado por parte del TEDH la escrupulosa intención de no mostrar preferencia alguna por ninguno de los sistemas de vacunación puestos en práctica por los distintos Estados miembros del Consejo de Europa, lo cual tiene su consecuencia más inmediata en la concesión de un considerable margen de apreciación, como ya comentamos anteriormente.

Por otra parte, es bien sabido que, fruto de la pandemia por COVID-19, se ha producido en la doctrina un intenso debate sobre la posibilidad, o no, de implantar otros sistemas de vacunación como lo son el obligatorio o el forzoso, sobre los que se han pronunciado ya voces autorizadas en la materia. No obstante, partiendo del estudio del caso *Vavříčka y otros c. República Checa*, nos hemos propuesto tratar de aportar un punto de vista adicional, precisamente en una época en la que la vacunación, como hemos mencionado en la introducción, vive momentos de cierta zozobra.

Por tanto, si partimos de la hipótesis de que España ha establecido una campaña de vacunación obligatoria contra determinada enfermedad (o determinadas enfermedades), ¿sería posible un pronunciamiento favorable sobre esta medida por parte del TEDH, en caso de que un individuo, o un grupo de individuos, acudiera a Estrasburgo? Desde nuestro punto de vista, sí. Obviamente, habrían de cumplirse determinados requisitos que podemos extraer de la propia Sentencia *Vavříčka*. En primer lugar, lo ideal sería que se articulara un mecanismo para que tal medida contara con el mayor consenso social posible, dando voz a la ciudadanía y, dentro de esta, a los colectivos implicados (colectivos médicos, pacientes, grupos anti vacunas, etc.). No obstante, si se estableciera la obligatoriedad (o la inoculación forzosa), sería necesario cumplir los requisitos que hemos mencionado: (1) la vacuna debería ser administrada por personal sanitario, (2) siempre después de haber valorado individualmente los riesgos (3) a partir de un sistema de contraindicaciones establecido con carácter previo, (4) e incluyendo un mecanismo de responsabilidad objetiva por los daños que pudieran derivarse del fármaco (aquellos casos catalogados como improbables y que tienen consecuencias más graves, no los normales previstos para estos fármacos); (5) obviamente, esta imposición obligatoria o forzosa debería estar prevista por la ley.

El motivo de afirmar esta idea sin albergar dudas no es otro que la argumentación de la propia Sentencia. Y lo creemos así no solo porque el TEDH no apueste decididamente por un sistema concreto de vacunación o porque conceda un importante margen de apreciación a los Estados, sino porque en determinados apartados de su argumentación, el propio Tribunal de Estrasburgo menciona la posibilidad de República Checa de haber acudido a la coerción para administrar las vacunas a los demandantes, negándola por el hecho de no estar prevista en su legislación interna (§§ 276 y 293), de modo que, en sentido contrario, no es en absoluto descabellado pensar que en caso de estar prevista tal medida en el Derecho interno, siempre y cuando se cumplan los requisitos mencionados a lo largo de este análisis, el TEDH lo aceptaría acudiendo al margen de apreciación nacional y/o al valor de la soli-

daridad social respecto de aquellos que por motivos médicos no puedan recibir la vacunación.

Finalmente, nos gustaría plantear otro supuesto adicional, anunciado anteriormente. ¿Sería posible aceptar un sistema de vacunación condicionante para la matriculación del alumnado en las etapas obligatorias del sistema educativo? En este caso, la respuesta no puede ser tan concluyente. Ya hemos visto en la sentencia Vavříčka que, efectivamente, el TEDH no habría aceptado la vacunación forzosa por no estar prevista en la ley, motivo por el cual hemos afirmado que, en la hipótesis de haber estado prevista, no habría encontrado motivo alguno para condenar a República Checa. Por otra parte, analizando el supuesto en el que se condiciona el ingreso a la guardería de los demandantes al cumplimiento del requisito de estar vacunados, el Tribunal de Estrasburgo lo acepta, agregando como parte de su razonamiento que no se trata de una etapa escolar obligatoria. ¿Quiere esto decir que no se podría, hipotéticamente, condicionar la matriculación en etapas obligatorias al alumnado no vacunado? Desde nuestro punto de vista, la respuesta no es sencilla. La cuestión constitucional, entendemos, es algo más compleja que en el conflicto entre vacunación obligatoria y respeto a la integridad física (en la vertiente de recibir un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente). En esta ocasión, a esta ponderación habría que añadirle el derecho a la educación, recogido en nuestro art. 27 CE.

Así las cosas, del mismo modo que hemos afirmado, a tenor de la jurisprudencia de nuestro TC o del propio TEDH, que el ataque al derecho a la integridad física que se produce con la inoculación de una vacuna de forma obligatoria, o incluso forzosa llegado el caso, es mínimo y perfectamente asumible en tanto que los beneficios conseguidos son proporcionalmente de mucha mayor entidad, la comparación con las consecuencias que se derivarían de impedir la matriculación en los niveles obligatorios de aquellos menores que no se hayan vacunado por decisión propia, o de sus padres o tutores, son más lesivas. El coste de oportunidad en una situación así es mucho mayor, produciéndose una pérdida de cierta relevancia en lo relativo a la socialización, aprendizaje y formación, tanto a nivel personal como académico. Desde nuestro punto de vista, si la situación epidemiológica así lo aconsejara o se produjera un descenso peligroso de los niveles de vacunación, entendemos que sería más conveniente establecer un modelo de vacunación forzosa para aquellas patologías que se estimara oportuno según criterios científicos (con todas las garantías, estudio individualizado de casos y establecimiento de posibles eximentes), con el objetivo de evitar la situación de conflicto que acabamos de describir.

En definitiva, y ante la posibilidad de que se desaten nuevas pandemias, lo deseable sería recurrir a campañas masivas de información que combatan la excesiva

dispersión de noticias falsas sobre la vacunación, con el objetivo de que la población entienda de la importancia de la profilaxis (en la línea marcada por Montalvo Jääskeläinen<sup>21</sup>). No obstante, si llegado el caso, fuera necesario establecer una campaña de vacunación obligatoria, o incluso forzosa, desde nuestro punto de vista nuestro ordenamiento jurídico cuenta con los mecanismos suficientes para llevarla a cabo, a tenor de la jurisprudencia más reciente sobre la materia dictada por el TEDH, tal y como hemos visto en este análisis sobre el asunto Vavříčka y otros c. República Checa.

### **Resumen**

*En el último año ha ido creciendo, tanto entre la doctrina como entre algunas instituciones y la población en general, un debate en torno a la posibilidad de instaurar la vacunación obligatoria como respuesta a la pandemia de Covid-19. El TEDH se pronunció sobre esta materia en la sentencia Vavříčka y otros c. República Checa, marcando jurisprudencialmente los requisitos que deben cumplir los Estados para que tal medida sea conforme al CEDH. En el presente trabajo se analiza la sentencia y se lanzan algunos interrogantes respecto a esta controvertida cuestión.*

### **Palabras clave**

*Vacunación obligatoria; vacunación forzosa; integridad física; libertad de pensamiento; derecho a la educación; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

### **Abstract**

*Over the last year, a growing debate has been taking place, both among the doctrine and among some institutions and the general public, on the possibility of making vaccination compulsory as a response to the Covid-19 pandemic. The ECtHR ruled on this matter in the Vavříčka and others v. Czech Republic judgment, providing jurisprudential guidance on the requirements that States must meet in order for such a measure to be in conformity with the ECHR. This paper analyzes the sentence and poses some questions regarding this controversial issue.*

### **Keywords**

*Mandatory vaccination; forced vaccination; physical integrity; freedom of thought; right to education; European Court of Human Rights.*

Recibido: 12 de septiembre de 2022

Aceptado: 3 de octubre de 2022

21 F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

# Legislación

---



# CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA. SEGUNDO SEMESTRE DE 2022

## Chronicle of european legislation. Second semester 2022

MARÍA LUISA BALAGUER

*Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga*

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Reglamento y Directivas.
- III. El Libro Blanco sobre la inteligencia artificial.
- IV. El escudo de privacidad.
- V. La jurisprudencia del TJUE en materia de derecho digital europeo.
- VI. Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel de común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2) (texto pertinente a efectos del EEE).

## I. INTRODUCCIÓN

La legislación europea de los últimos años está muy centrada en torno a los derechos. Desde que la globalización se hizo más intensa y la digitalización inundó las actividades económicas, la importancia de las redes sociales y el incremento del «*big data*» ha obligado a Europa a reaccionar e iniciar una regulación cada vez más incisiva para afrontar los problemas de seguridad cibernética que presentan las comunicaciones a través Internet. Esta influencia de EE. UU. en nuestro continente repercute de inmediato en los Estados miembros de la Unión, que cada vez ven más mermado su poder de iniciativa legislativa en sus parlamentos nacionales.

Lo que se ha llamado «externalización del poder estatal» hace referencia a la debilidad de las democracias que conviven con grandes agencias proveedoras de servicios digitales, que escapan al control de los Estados, y cuya deslocalización geográfica impide que se sometan a relaciones jurídicas susceptibles de ser revisadas por los poderes públicos. Es aquí donde quizás tenga más sentido una vigilancia, por parte de la UE, de los intereses de los Estados que la conforman, y no tanto en la de las instituciones y su grado de democracia, más allá de situaciones intolerables o

claramente infractoras de los pilares esenciales de un Estado de derecho. Y esto es así porque en este caso la incapacidad de los Estados que conforman un orden supraestatal podría ser suplido por esa mayor capacidad política de una Unión de Estados.

## II. REGLAMENTO Y DIRECTIVAS

El blindaje europeo sobre las garantías de la privacidad estaba hasta ahora contemplado en el Reglamento de 2016 que entró en vigor el 2018, la Directiva de servicios digitales, la Directiva de mercados digitales y un Libro Blanco sobre la IA que espera ser materializado jurídicamente.

La Directiva de mercados digitales quiere romper la industria casi monopolística de las «*big tech*», limitada ahora a grandes compañías como Amazon, Apple y algunas otras, con el peligro de que se produzca una huida de Europa de las inversiones de las multinacionales si la legislación resulta demasiado rígida.

Lo que debe contener una normativa de servicios digitales para la UE obligaría a Google, Twitter o Meta a cambiar sus comportamientos, si finalmente se cumpliera la perspectiva de que entrase en vigor para 2024. La previsión de multas en caso de incumplimiento prevé hasta un 6 por ciento de su facturación mundial, y la publicidad de los algoritmos vería restringida buena parte de su efectividad, en la medida en que el conocimiento de los datos utilizados permita el cuestionamiento de su veracidad y pertinencia.

Por otra parte, la iniciativa europea tendría un efecto indirecto en EE. UU., que se vería obligado a legislar con unas garantías en concordancia con la legislación de la Unión para así garantizar los mismos derechos; además la publicidad en algunas partes del mundo global y la transparencia de los algoritmos haría inútil cualquier intento por mantener el secretismo, debido a la fácil difusión de la información.

Así pues, la idea de la responsabilidad algorítmica supone un avance importante que parece inevitable si se quieren garantizar los derechos y proteger a las víctimas de la violencia informática, los discursos de odio, el porno de venganza o la mera exigencia de los derechos de intimidad; pero también debe estar presente en los procedimientos administrativos en los que el derecho crea sus propios algoritmos que se aplican en la práctica administrativa o judicial. Estos procedimientos administrativos están sujetos al uso de la tecnología en la resolución de sus recursos, y su utilización señala problemas como los sesgos que produce el algoritmo, que se aplican en las decisiones administrativas, sus dificultades de control, y la opacidad del procedimiento que los crea. A favor de su uso estaría la rapidez del proceso, y su racionalidad y taxatividad en el proceso de aplicación.

### III. EL LIBRO BLANCO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El Libro Blanco de la inteligencia artificial responde a la idea de abordar desde la Unión Europea una legislación efectiva sobre la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales y recoger las aportaciones de la sociedad civil y los Estados para intentar una legislación más fuerte. Lo importante para Europa es sobre todo mantener un enfoque orientado hacia la ética, que complemente la regulación procedente de las fuentes del derecho, aplicables, tanto desde la normativa de la UE –reglamentos y directivas vigentes– como de los derechos y principios del derecho europeo y de los Estados.

La importancia de una regulación de estas características demanda que se haga no solo desde la protección de los datos personales, sino que tenga un mayor alcance, porque el cruce con datos no personales, produce efectos –a veces devastadores– para la intimidad, en la medida en que relacionarlos descubre multitud de aspectos, que incumben a la intimidad y al respeto de la vida privada. Esta llamada teoría del mosaico ha de ser conocida a la hora de legislar sobre la inteligencia artificial formulando criterios que eviten dicho efecto.

Igualmente, en relación con el consentimiento, ya el Reglamento de 2016 exige que sea expreso, libre, específico y confirmado. Sin embargo, esa exigencia no es suficiente si no se completa con procedimientos más claros de información sobre las consecuencias de dicho consentimiento, o si no se liga a la visita de páginas, a veces de consulta necesaria, en las que la negativa al consentimiento no permite la entrada y, por tanto, el acceso a una información necesaria.

El Libro Blanco define la IA como una combinación de tecnologías, respecto a la que Europa aspira a ser líder mundial, que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática. El objetivo del Pacto Verde, generar una Europa sostenible y el concepto de ecosistema de confianza, han llevado a la Comisión europea a relacionar el desarrollo tecnológico con el ecosistema sostenible y de confianza; o sea, una tecnología al servicio del desarrollo sostenible. El documento diseña, con las autoridades europeas y los Estados miembros un Programa Europa Digital, que con 4000 millones de euros promociona a las empresas, reconoce la necesidad de un marco regulador, pero no establece propuestas concretas. Se reconoce el peligro que representa el uso de los datos y los algoritmos en materias como la reincidencia criminal y otros que pueden lesionar derechos fundamentales, pero se consideran riesgos inherentes a toda actividad económica.

El Libro Blanco, para minimizar esos riesgos, propone algunas medidas: Ante la opacidad de la IA se debe reforzar la responsabilidad civil para hacer frente a los daños que se produzcan, la reformulación de los productos para detectar fugas de

seguridad, un avance en la legislación que regula algunos productos menos seguros, y una fijación de las responsabilidades en la cadena de suministro. Todo ello debe llevar –según el libro blanco– a realizar aquellos cambios que sean necesarios en materia de seguridad. Todos estos cambios deben hacerse a nivel de la UE y así unificar la legislación.

Buscar el marco regulador de la IA supone analizar los elementos que la componen –los datos y algoritmos–, la protección de los consumidores, la competencia desleal y la privacidad. En ese sentido ha de regularse de manera obligatoria el uso de las aplicaciones en los procesos de contratación de personal, así como debe considerarse como un riesgo elevado su aplicación biométrica. Es imprescindible que se tengan en cuenta los datos que se introducen y su sistema de recogida, en definitiva, debe hacerse explícita la metodología de su proceso de uso. Y esa información sobre el sistema de IA debe explicar su nivel de exactitud, la aclaración de cuándo se utiliza el sistema o cuando se opta por el trabajo humano, su solidez y exactitud, los posibles fallos del sistema y la posibilidad de ataques.

Resulta también muy importante la exigencia de una supervisión humana que lo revise y lo valide; y en algunos supuestos, la posibilidad de desactivarlo, como en los automóviles que circulen sin conductor.

#### **IV. EL ESCUDO DE PRIVACIDAD**

La consideración de un mundo digital aparece condicionada por EE. UU. desde el origen de la construcción europea, no solo por el desarrollo tecnológico de la sociedad norteamericana, sino también por el liderazgo mundial que ostenta en las últimas décadas del pasado siglo, en el que Europa inició su proceso de integración más acelerado.

En lo que se refiere específicamente al tratamiento de los datos por parte de EE. UU., no se ha sido demasiado exigente. Mecanismos como el Escudo de Privacidad UE/EE. UU. –acuerdo entre los dos Estados para garantizar que la transmisión de datos privados a este último Estado garantizase un nivel de protección adecuado– han sido anulados por el Tribunal de Justicia, que declaró insuficiente la garantía de ese documento, aprobado por la Decisión 2016/1250.

Existe, obviamente, la necesidad de arbitrar medidas de garantía entre ambos, por los lazos comerciales que les ligan, y como respuesta a las exigencias de un tráfico comercial global. En su transferencia a EE. UU., Europa exige que la garantía de esos datos han de tener un alto nivel de protección. Tras las filtraciones de E. Snowden sobre secretos de vigilancia masiva, se negoció un acuerdo informal de 2015 a 2016,

después de un acuerdo, el «*Safe Harbor*» –Puerto Seguro–, anulado por el TJUE en el mismo año 2015.

Las cláusulas pactadas tienen naturaleza contractual y exigen su observancia. La pertenencia a ese pacto permite a las empresas, que libremente se adscriban, suscribir unos principios de obligada observancia y figurar en un registro que les dotará de una certificación de que han formalizado ese compromiso. De renovación anual, las empresas quedan obligadas a facilitar información sobre los datos que utilizan, los motivos de su uso, las transferencias que realicen, y atender las quejas y reclamaciones que les puedan formular.

Estas quejas se pueden presentar ante la propia empresa, mediante un mecanismo de recurso independiente, ante el Departamento de comercio de los EE. UU. e incluso en el mismo panel del escudo, si no se obtuvo satisfacción. Resuelve un organismo privado. Cada Estado contará con una autoridad de protección de datos.

El Escudo de Privacidad contará con un panel compuesto por tres árbitros neutrales –cuyo fin es evitar que se acuda a los tribunales–, que emite decisiones vinculantes y ejecutables en EE. UU. y la presentación de la reclamación se puede efectuar por persona física ante la misma empresa, el organismo independiente o la autoridad nacional. El arbitraje tendrá lugar en los EE. UU. con garantías de audiencia y abono de los costes salvo los honorarios de letrado. El plazo es de 90 días, y las consecuencias son de rectificación, corrección o eliminación de los datos. Las posibilidades indemnizatorias no son factibles sin acudir a los tribunales de EE. UU., conforme a la ley del arbitraje.

Como nuevo mecanismo se establece la figura del Defensor del Pueblo, alto funcionario del Departamento de Estado de los EE. UU., como órgano independiente, con capacidad de investigar en tiempo y forma, al que puede acudir con independencia de otras acciones.

La Comisión había declarado adecuada la protección del Escudo de Privacidad en la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de 12 de julio, en un extenso documento por el que valoraba el Escudo a la luz de Directiva 95/46 CE, al considerar que los EE. UU. garantizaban el nivel adecuado de protección de los datos transferidos en su art. 25.1. Y además se compromete al seguimiento y evaluación de las situaciones nuevas que se vayan produciendo en relación con este tema, y a la posibilidad de modificar su criterio en función del cumplimiento que los EE. UU. hagan de la transferencia de los datos. No obstante, el TJUE estimará la demanda de violación de los derechos, y declarará el Escudo falto de protección legal.

## V. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE DERECHO DIGITAL EUROPEO

La STJ de la Gran Sala de 16 de julio de 2020 fue dictada en relación con un ciudadano austríaco, el Sr. Schrems, que reclamó a un juzgado de Irlanda contra el hecho de que sus datos se hubieran trasferido a Facebook de EE. UU. El juzgado austríaco interpuso una cuestión prejudicial alegando el escaso nivel de protección de los derechos de los ciudadanos europeos y el art. 47 Carta, y se preguntaron once cuestiones, entre otras: Si una transferencia de datos a terceros países está dentro de la protección del reglamento de 2016, cuál es el nivel de protección exigido por el art 46, si la autoridad competente está obligada a suspender el envío, si la decisión CPT es vinculante y si el Defensor de pueblo es suficiente.

El TJUE decidió que las autoridades de control no pueden suspender la transferencia de datos, si no existe previamente una declaración de invalidez del Escudo de Privacidad, decisión que llevada a cabo por el TJ. El art. 45 de este reglamento faculta a la Comisión para evaluar si a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, se dan las garantías suficientes para que la UE pueda permitir la exportación de sus datos. Y en los arts. 46 a 49 se regula la exigencia de que ese tratamiento contenga acciones legales, para que el particular pueda exigir legalmente esos derechos.

El reclamante era usuario de Facebook y pedía que se prohibieran las transferencias de sus datos porque los EE. UU. no ofrecían suficientes garantías de privacidad. La pretensión se desestimó por considerar que los Estados Unidos ofrecían un puerto seguro, pero en su recurso, el Tribunal de Justicia invalidó la Decisión 2000/520 de la Comisión por la que se había declarado que los EE. UU. ofrecían un nivel suficiente de protección en el tratamiento de los datos.

De este modo, el Escudo de Privacidad queda anulado. Fundamentalmente esa anulación se basa en que la institución estadounidense del Defensor del Pueblo no se ajusta a las exigencias de la Unión, al carecer de las garantías suficientes, tanto por su falta de independencia, como por la existencia de normas que le faculten para adoptar decisiones vinculantes respecto de los servicios de inteligencia estadounidenses.

**VI. DIRECTIVA (UE) 2022/2555 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2022 RELATIVA A LAS MEDIDAS DESTINADAS A GARANTIZAR UN ELEVADO NIVEL DE COMÚN DE CIBERSEGURIDAD EN TODA LA UNIÓN, POR LA QUE SE MODIFICAN EL REGLAMENTO (UE) N.º 910/2014 Y LA DIRECTIVA (UE) 2018/1972 Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA (UE) 2016/1148 (DIRECTIVA SRI 2) (TEXTO PERTINENTE A EFECTOS DEL EEE)**

La nueva directiva tiene como finalidad el desarrollo de las medidas de ciberseguridad que garanticen la circulación informativa en la prestación de servicios esenciales en sectores fundamentales de la economía en condiciones seguras. La valoración que en ella se hace acerca de la Directiva de 2016 es muy positiva en lo que se refiere al cambio de mentalidad operado en la Unión sobre la toma de conciencia de las exigencias de una sociedad digital. La creación del Grupo de Cooperación y la red de equipos de respuesta a los incidentes de seguridad informática han puesto de relieve la necesidad de algunos cambios. La exigencia de hacer frente a las amenazas de seguridad en la constante evolución de los sistemas cibernéticos, aconsejan –por lo tanto– la revisión de la Directiva vigente, y su sustitución por una nueva que tenga en cuenta los avances producidos por la tecnología en estos años.

Igualmente, las diferentes formas de acometer la seguridad de los Estados miembros precisan de una uniformidad que permita asegurar el tráfico de datos también en las zonas transfronterizas, por lo que esta nueva Directiva eliminará las divergencias estableciendo mecanismos que garanticen un marco regulador coordinado, actualizando una lista de servidores y actividades sujetas a las obligaciones de ciberseguridad, con vías de recurso eficaces para garantizar su cumplimiento. El ritmo de crecimiento de la sociedad digital evidencia así que, a solo seis años de distancia, como se reconoce en esta nueva Directiva, la anterior «ha quedado obsoleta». Esta ampliará a sectores más amplios de la economía a todos los sectores de servicios de vital importancia, estableciendo un criterio uniforme del tratamiento de los datos del tráfico comercial sin distinguir entre servicios esenciales y servicios digitales. Así se regula en el art. 1 que declara que la Directiva «tiene por objeto establecer medidas para alcanzar un nivel común de ciberseguridad en toda la Unión» de cara a mejorar el funcionamiento del mercado interior. Y ello con cuatro tipos de medidas:

1. Obligaciones de los Estados miembros de adoptar estrategias nacionales de ciberseguridad, con designación de autoridades competentes en la materia, gestión de crisis y equipos de respuesta a los incidentes (CSIRT).

2. Medidas para la gestión de esos riesgos con obligación de notificación a las entidades que pudieran quedar afectadas.

3. Normas y obligaciones relativas al intercambio de información sobre ciberseguridad.

4. Obligación de supervisión y ejecución para los Estados miembros.

El art. 5 considera, como es de costumbre en los documentos jurídicos de la Unión, la posibilidad de un nivel más elevado de seguridad por parte de los Estados miembros, de manera que la Directiva tendrá carácter de mínimos con la sola exigencia de que cualquier otra medida no podrá ser contraria al derecho de la UE. Igualmente, en el art. 9 se exige que cada Estado cree un marco nacional para la gestión de los incidentes y las crisis de ciberseguridad con la garantía de que cuente con los recursos adecuados a estas funciones, así como al establecimiento de un plan nacional de respuesta a las crisis presentadas. Este plan cumplirá una serie de exigencias mínimas:

- medidas y actividades de preparación.
- funciones y responsabilidad de las autoridades en el ejercicio de la gestión.
- procedimiento de ejecución de la crisis.
- medidas de preparación y actividades de formación.
- infraestructura y determinación de las partes públicas y privadas.
- mecanismos y procedimientos de gestión entre el estado parte y la UE.

Tanto los Grupos de Cooperación como la red prevista en esta nueva Directiva (CSIRT) deberán mantener una cooperación y relación efectiva entre los Estados y entre estos con la Unión. Para facilitar esta situación se crea un organismo nuevo, la Red Europea de organizaciones de enlace para la crisis de ciberseguridad (EU-C y CLONe).

El art. 24 regula la certificación de ciberseguridad como un requisito que los Estados puedan exigir a las empresas que se dediquen a esta actividad, además de la integración en un registro creado con la finalidad de controlar a los proveedores de DNS.

La capacidad sancionatoria a empresas que incumplan los requisitos establecidos por los Estados para el ejercicio de actividades propias de ciberseguridad, se regula en los art. 33 y ss. y prevén la supervisión y sanción administrativa de las infracciones en que puedan incurrir. Finalmente, la Directiva entrará en vigor de manera casi inmediata, a los veinte días de su publicación en el DOUE.

**Resumen**

*La digitalización ha obligado a Europa a desarrollar una legislación que afronte los problemas de seguridad cibernética centrada cada vez más en los derechos. Las garantías de privacidad estaban hasta ahora contempladas en el Reglamento de 2016, la Directiva de servicios digitales, la Directiva de mercados digitales y un Libro Blanco sobre la IA. La Directiva introdujo la responsabilidad algorítmica; el Libro Blanco de la inteligencia artificial abordó la protección desde un enfoque orientado hacia la ética, que complemente la regulación procedente del derecho; mientras que el Reglamento de 2016 estableció exigencias sobre el consentimiento que, sin embargo, han resultado insuficientes. El marco regulador de la IA supone analizar los elementos que la componen –los datos y algoritmos–, la protección de los consumidores, la competencia desleal y la privacidad, así como el uso concreto de las aplicaciones, su metodología, los posibles fallos y ataques, y la exigencia de la supervisión y validación humana. En Europa, el mundo digital aparece condicionado por la regulación de los EE. UU. Respecto al tratamiento de los datos se han establecido mecanismos como el Escudo de Privacidad UE/EE. UU. que han sido anulados por el Tribunal de Justicia, que declaró insuficiente la garantía de ese documento, aprobado por la Decisión 2016/1250 (STJ de la Gran Sala de 16 de julio de 2020). Por último, la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel de ciberseguridad en toda la Unión ha tenido como finalidad el desarrollo de las medidas de ciberseguridad que garanticen la circulación informativa en la prestación de servicios esenciales en sectores fundamentales de la economía. Para ello creó un Grupo de Cooperación y una red de equipos de respuesta a los incidentes de seguridad informática. Sin embargo, en apenas seis años ha quedado obsoleta por los avances tecnológicos, que aconsejan una nueva Directiva.*

**Palabras clave**

*Digitalización, servicios digitales, mercados digitales, inteligencia artificial IA, responsabilidad algorítmica, ética, consentimiento, escudo de privacidad, seguridad cibernética.*

**Abstract**

*Digitalisation has forced Europe to develop legislation to address cyber security issues with an increasing focus on rights. Privacy safeguards were so far covered by the 2016 Regulation, the Digital Services Directive, the Digital Markets Directive and a White Paper on AI. The Directive introduced algorithmic liability; The White Paper on artificial intelligence addressed protection from an ethics-oriented approach, complementing regulation from law; while the 2016 Regulation sets out requirements on consent which, however, have proved insufficient. The regulatory framework for AI involves analysing its constituent elements –data and algorithms– consumer protection, unfair competition and privacy, as well as the specific use of applications, their methodology, potential failures and attacks, and the requirement for human oversight and validation. In Europe, the digital world appears to be conditioned by the US regulation. These have been annulled by the Court of Justice, which declared the guarantee of this document, approved by Decision 2016/1250 (Grand Chamber of*

*the European Court of Justice of 16 July 2020), to be insufficient. Finally, the Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures to ensure a high level of cybersecurity throughout the Union aimed at developing cybersecurity measures to ensure the flow of information in the provision of essential services in key sectors of the economy. To this end, it set up a Cooperation Group and a network of computer security incident response teams. However, in just six years, it has been rendered obsolete by technological developments, which make a new Directive advisable.*

**Keywords**

*Digitalisation, digital services, digital markets, artificial intelligence AI, algorithmic responsibility, ethics, consent, privacy shield, cyber security.*

Recibido: 15 de diciembre de 2022

Aceptado: 18 de diciembre de 2022

Foro

---



# PARLAMENTARISMO EN ESPAÑA: ALGUNAS REVISIONES NECESARIAS

## Parliamentarism in Spain: some necessary revisions

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS  
*Catedrático de Derecho Constitucional de  
la Universidad de Granada*

1. A la pregunta de si está en crisis el parlamentarismo, la respuesta primera es que el parlamentarismo debe adaptarse a los cambios políticos y sociales de cada momento histórico y su crisis deriva de su mayor o menor capacidad de adaptación. En España asistimos a un relevante cambio en el sistema de partidos a partir de 2015, derivado de la aparición de nuevos partidos y el incremento paulatino de grupos políticos que acceden a las Cortes Generales. Esto afecta, lógicamente, al funcionamiento del sistema parlamentario de gobierno. Además, este cambio político se produce en el contexto de un gran cambio social derivado de la digitalización de la sociedad, que altera el paradigma en el que se había desarrollado también la forma de gobierno hasta la actualidad. Estos son los dos fenómenos que quiero traer a este Foro pues me parecen los más relevantes para abordar la pregunta sobre la crisis del parlamentarismo desde la perspectiva de su adaptación a las nuevas realidades. En primer lugar, las consecuencias de la fragmentación parlamentaria y en segundo lugar las dificultades para desarrollar en una sociedad digital que busca respuestas inmediatas a las distintas situaciones un sistema parlamentario de gobierno y, en concreto, un procedimiento legislativo creado para otro modelo de sociedad.

2. A partir de 2015 el parlamentarismo fragmentado se ha asentado también en España. El tradicional sistema de dos grandes partidos y dos o tres partidos bisagra, fundamentalmente de carácter nacionalista, que habíamos advertido desde 1978 y que favorecen tanto el sistema electoral como los reglamentos parlamentarios, se ha disipado. Tanto en la izquierda como en la derecha del espacio ideológico se han consolidado nuevas formaciones políticas y han aumentado los partidos nacionalistas y soberanistas con representación parlamentaria, a lo que se unen cada vez más partidos regionalistas o incluso de ámbito provincial con aspiraciones de asentarse en el Congreso. De esta forma, en la XIV legislatura hay 10 grupos parlamentarios,

más que en ninguna otra, que acogen a prácticamente 20 grupos políticos distintos. La fragmentación política es un fenómeno habitual en el centro y el norte de Europa. Ocurre que en España es más compleja pues la diversidad no es sólo ideológica sino también territorial por lo que la defensa de intereses propios de un determinado territorio resulta más acentuada.

Si analizamos esta realidad desde la perspectiva del parlamentarismo, las consecuencias de este cambio de paradigma resultan positivas en un balance general. Nada más negativo para un parlamentarismo vivo que las mayorías absolutas y, obviamente, en un parlamento fragmentado configurar una mayoría absoluta con carácter permanente es difícil. Por tanto, el parlamentarismo es más dinámico cuando existe fragmentación pues siempre resulta necesario el debate y la negociación para articular mayorías que permitan aprobar las distintas iniciativas. Desaparecen los «rodillos parlamentarios». Además, esas mayorías pueden ser distintas en relación a las diversas iniciativas aunque lo lógico es que la mayoría construida para el proceso de investidura se mantenga durante la legislatura, con entradas y salidas en relación a asuntos concretos.

Además, también parece claro que el control de la acción del Gobierno resulta fortalecido cuando los grupos parlamentarios del Gobierno, uno o varios si es un Gobierno de coalición como ocurre en la XIV legislatura, necesitan el apoyo externo de otros grupos para conformar mayorías. En ese contexto, no es una quimera que se apruebe en Junta de Portavoces una solicitud de comparecencia de un miembro del Gobierno. Con mayoría absoluta, el grupo o los grupos parlamentarios de Gobierno protegerán al miembro del gobierno en situación de debilidad o condicionarán su comparecencia para realizarla en los términos, con el contenido y en la fecha que más le convenga. Esto es más difícil en un parlamento fragmentado, pues los grupos parlamentarios que apoyan al Gobierno, pero no son Gobierno, también quieren ejercer su función de control parlamentario.

Lo mismo sucede con las Comisiones parlamentarias de investigación. Con mayoría absoluta sólo se aprueban Comisiones de investigación en relación a la actuación de gobiernos anteriores, de signo político distinto. Sin embargo, en un parlamento fragmentado los grupos que apoyan al Gobierno desde fuera no siempre están dispuestos a impedir la creación de comisiones de investigación propuestas por la oposición, cuando consideren que esa negativa puede tener un coste político para ellos. En la XIV legislatura hemos asistido a la situación, ciertamente singular, de que las comisiones de investigación propuestas por PP o Vox son rechazadas con el apoyo de los grupos que hicieron posible la investidura del Presidente del Gobierno. Sin embargo, las solicitadas por ERC o EH-Bildu, por ejemplo sobre monarquía o

inmigración, son rechazadas al apoyar al Gobierno los grupos parlamentarios que desde la derecha ejercen una férrea oposición en prácticamente todos los asuntos.

Esa viveza del Parlamento fragmentado también se traslada al procedimiento legislativo con una participación más efectiva de las minorías en la tramitación de las leyes, incorporando enmiendas. De esta forma, los proyectos de ley presentados por el Gobierno pueden ser alterados durante su tramitación, situación impensable cuando el Gobierno cuenta con el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso. En un parlamento fragmentado hay que negociar las enmiendas e incluso aceptar algunas para incorporar al acuerdo a otros grupos políticos. En su defecto, si el Gobierno considera que las propuestas son inaceptables, sólo cabe intentar parar la tramitación pues es posible incluso la incorporación de enmiendas en contra de la voluntad del Gobierno. Por ello, no es extraño que la tramitación legislativa se demore durante muchos meses hasta que se consiga un acuerdo, como ha ocurrido en la Ley de Memoria Democrática, o incluso que para aprobar la ley deban aceptarse contenidos que rechaza expresamente el Ministerio impulsor de la iniciativa legislativa, como ha ocurrido en la Ley de Bienestar Animal.

Es cierto que los parlamentos fragmentados pueden generar una imagen o apariencia de inestabilidad o incluso de parálisis en la actuación gubernamental y, por ello, podemos tender a añorar las mayorías estables. Sin embargo, fragmentación no implica inestabilidad. Lo hemos comprobado en la XIV legislatura, en la que un Gobierno de coalición, que apenas suma en este momento 153 diputados, ha aprobado tres años consecutivos los Presupuestos Generales del Estado que, como se sabe, constituyen una suerte de cuestión de confianza anual.

La clave de la estabilidad está en la investidura pues permite advertir la relación de confianza existente entre el Gobierno y el Congreso para aventurar, a partir de ahí, su estabilidad en el desarrollo del programa de gobierno. La culminación de una investidura sin configurar una mayoría estable para aprobar las distintas iniciativas durante la legislatura augura inestabilidad. Fue lo que ocurrió en la XII legislatura cuando el Presidente Rajoy, investido con la abstención de una parte de los integrantes del grupo parlamentario socialista, no tenía el apoyo de la mayoría del Congreso para el ejercicio de su acción de gobierno. La consecuencia primera fue la paralización de cualquier actividad legislativa. No se presentaban proyectos de ley pues el Gobierno no podía garantizar su aprobación definitiva ni podía impedir la incorporación de enmiendas presentadas por la oposición que tuvieran su rechazo. Incluso, resultaba cierta la posibilidad de que se tramitaran y llegaran a aprobarse proposiciones de ley de la oposición en contra de la voluntad del Gobierno. Para evitarlo el Gobierno utilizó el instrumento de mostrar su disconformidad a la tramitación

(veto) al considerar que implicaba un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios (art. 126 RCD), lo que dio lugar a la STC 34/2018, en la que el TC elimina en la práctica la posibilidad de que el Gobierno bloquee la iniciativa legislativa de los grupos parlamentarios al establecer que sólo podrá declararse la disconformidad del Gobierno a una tramitación legislativa indicando con precisión la partida del presupuesto del ejercicio actual que resulta afectada. Por tanto, basta con señalar en la correspondiente Disposición Final de la proposición de ley que la entrada en vigor será en el ejercicio presupuestario siguiente para que ya no resulte posible dicho veto gubernamental. Finalmente, ese gobierno investido sin contar con el apoyo de la mayoría del Congreso, sino únicamente para evitar una tercera repetición electoral, fue objeto de la primera moción de censura exitosa en España, cuando la oposición, que era mayoritaria desde el inicio de la legislatura, alcanzó un acuerdo en torno a un candidato a la Presidencia del Gobierno.

Por tanto, lo que no resulta adecuado para el funcionamiento del sistema de gobierno parlamentario es que se produzca la investidura sin que el gobierno que se forme cuente con la posibilidad cierta de alcanzar acuerdos con otros grupos parlamentarios para articular mayorías. Por ello, no sirven atajos, ni políticos ni normativos, para facilitar la investidura de un titular de la Presidencia y, con ello, evitar la repetición electoral, sin que exista un acuerdo mínimo para el desarrollo de la acción de gobierno. Sin duda, la fragmentación parlamentaria hace más complejos esos acuerdos pero no hay más camino que fomentar una cultura del diálogo y la negociación entre los distintos grupos, incluso desde concepciones ideológicas distantes.

Lo que quería destacar, en cualquier caso, es que la fragmentación parlamentaria no es negativa para el buen desarrollo del parlamentarismo, aunque conlleva una mayor complejidad. Es desalentador para los distintos grupos parlamentarios que no sea aceptada ni una sola solicitud de comparecencia de un miembro del Gobierno presentada por la oposición o no sea incluida en la Ley finalmente aprobada ni una sola enmienda presentada por un grupo minoritario.

**3.** Por tanto, el problema fundamental para el parlamentarismo en la actualidad no es la fragmentación. Más problemas le causa, a mi juicio, el otro fenómeno de nuestro tiempo al que me refería al inicio: la digitalización de la sociedad, y en concreto un cambio de paradigma asociado a la sociedad digital en virtud de la cual estamos en condiciones de acelerar todos los procesos pues los avances tecnológicos lo permiten. Aquí si advertimos un desacople notable con el funcionamiento del sistema de gobierno parlamentario y, en concreto, con el procedimiento legislativo. En la actividad parlamentaria todo es demasiado lento en una sociedad que reclama actuaciones inmediatas y cuando se acelera el procedimiento siempre aparece la sos-

pecha de que se pretende hurtar el debate. Esto se advierte tanto en el control como en el procedimiento legislativo.

En el control, un buen ejemplo es el de las preguntas para respuesta oral en Pleno. Las preguntas orales para el Pleno del Congreso deben ser presentadas un jueves a fin de que sean contestadas el miércoles de la semana siguiente. No responden, por tanto, a la actualidad de cuando se produce el debate parlamentario sino a lo que interesaba la semana anterior. Es cierto que se permiten excepciones pues hasta el lunes se pueden cambiar las preguntas por razones de especial actualidad. Sin embargo, ese cambio debe ser justificado por el demandante, requiere la unanimidad de la Junta de Portavoces y debe ser aceptado por el Gobierno. Aunque el uso parlamentario es que el Gobierno acepta siempre los cambios de pregunta, es una costumbre que, por tanto, no le vincula. Además, se pueden cambiar también como consecuencia de acuerdos del Consejo de Ministros. Esa previsión no tenía apenas trascendencia cuando el Consejo de Ministros era los viernes. Sin embargo, teniendo en cuenta que en la actualidad se celebra el martes y la sesión de control es el miércoles, significa que se puede producir el cambio un día antes del debate. En este supuesto, sólo requiere encontrar el engarce en dichos Acuerdos del Consejo y registrar el cambio antes de las 18 horas.

Más allá de este último supuesto, consecuencia imprevista del cambio en la fecha de celebración del Consejo de Ministros, es evidente que existe un excesivo alejamiento temporal entre el momento en que se plantea la pregunta y el de la respuesta por parte del Gobierno en el Pleno. Esto ha llevado a la mala práctica de presentar preguntas con un enunciado genérico para incluir luego en la intervención oral los contenidos de actualidad, especialmente en las preguntas dirigidas al Presidente del Gobierno. En este sentido, las llamadas a la cuestión de la Presidencia de la Cámara no pueden tener mucho alcance cuando el planteamiento es genérico pero distorsiona el sentido constitucional de este instrumento de control. Por ello, sería más lógico que las preguntas se presentaran en la misma semana del debate parlamentario, atendiendo a la actualidad informativa, y con un contenido concreto, de forma que conozca previamente sobre que va a debatirse y las llamadas a la cuestión también puedan resultar más efectivas.

Lo mismo puede decirse de las solicitudes de comparecencia o cualquier otra iniciativa de control que sea trasladada a la Mesa del Congreso. Una vez presentada, es remitida a la reunión de la Mesa del Congreso de la semana siguiente y, a partir de ahí, se decidirá cuándo se hace efectiva.

Es evidente que las reglas de funcionamiento del Parlamento están hechas para una sociedad distinta a la actual. Esa inadaptación se advierte de una forma especial-

mente nítida en el procedimiento legislativo, convertido en una lenta reiteración de debates, con el mismo objeto, en lugar de una ágil negociación entre los distintos grupos parlamentarios. Pensemos en la tramitación de una proposición de Ley presentada ante la Mesa del Congreso por un grupo parlamentario.

En primer lugar, la Mesa, tras ordenar su publicación, la remite al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración y su conformidad o no a la tramitación, si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios. Ya hemos visto que, en la práctica, no puede vetar esa iniciativa si la entrada en vigor se ha previsto para el ejercicio presupuestario siguiente (STC 34/2018), por lo que estamos ante trámite superfluo salvo que el proponente no quiera introducir el aplazamiento de la entrada en vigor, seguramente para que se visualice el conflicto con el Gobierno. En cualquier caso, este requisito procedimental le permite al Gobierno retrasar la tramitación de la proposición de ley pues el art. 126.3 RCD le da un plazo de 30 días para ese pronunciamiento, entendiéndose su conformidad si no se pronuncia en ese plazo. Podemos suponer que los 30 días serán agotados por el Gobierno, siempre que la iniciativa no sea de grupos parlamentarios que lo apoyan, y durante ese tiempo no se podrá incluir en el pleno del Congreso para su toma en consideración aunque el autor de la iniciativa tenga cupo para ello.

Luego, transcurridos los 30 días sin que el Gobierno hubiera negado expresamente su conformidad a la tramitación, la proposición de ley puede ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración. El debate de toma en consideración se plantea a menudo como si se tratara de la aprobación definitiva de la ley, a la que queda un largo recorrido, pues los distintos grupos parlamentarios se posicionan en relación a ella.

Una vez producida la toma en consideración, la Mesa de la cámara acuerda su envío a la Comisión legislativa permanente que sea competente y abre el plazo de presentación de enmiendas, plazo que puede ser prorrogado de manera indefinida. Esta es una de las cuestiones más problemáticas en el procedimiento legislativo pues convierte a la Mesa en un órgano clave para la decisión política de tramitar una iniciativa en cuanto puede impedir dicha tramitación con el simple método de ampliar indefinidamente el plazo de presentación de enmiendas de todas las leyes. Así ocurrió en la XII legislatura, a partir de la moción de censura, cuando la mayoría de la Mesa era distinta a la que apoyaba al nuevo Gobierno y paralizó la tramitación de todas las iniciativas presentadas por aquel. ¿Tiene sentido que la Mesa, un órgano teóricamente técnico, pueda impedir *sine die* la tramitación de una ley? Es verdad que determinadas proposiciones de ley son tomadas en consideración sin que exista la voluntad real de culminar su tramitación. Ocurre, a menudo con iniciativas pre-

sentadas por grupos minoritarios e impulsadas por asociaciones de distinto tipo. Por su origen, suelen ser proposiciones de ley técnicamente deficientes que son tomadas en consideración para no desairar a los grupos sociales que las respaldan pero sin la voluntad de tramitarlas. Por ello, quedan varadas durante toda la legislatura en la Mesa, ampliándose el plazo de enmiendas. El problema es que, con ello, la Mesa está realizando una función política que no le corresponde. Por ello, parece lógico que se limite el número máximo de veces que se puede ampliar el plazo para presentar enmiendas y se traslade la tramitación a la Comisión. Allí, en un órgano estrictamente político, es donde debería quedar aparcada la proposición de ley durante toda la legislatura, hasta decaer con su finalización, si no hay acuerdo político de los grupos para convertirla en Ley o, idealmente, poder decidir que esa iniciativa decaer por decisión política de los grupos parlamentarios, aligerando el número de asuntos pendientes en las distintas comisiones legislativas permanentes.

Cuando se cierra el plazo de presentación de enmiendas, como se habrá presentado alguna enmienda a la totalidad, se desarrolla un debate de totalidad en el Pleno en las siguientes semanas. En esta legislatura, Vox está presentando enmiendas de totalidad a casi todos los proyectos y proposiciones de ley. En concreto, suelen ser enmiendas de devolución, más que de texto alternativo, pues requieren menos esfuerzo. Esto significa que poco después del debate plenario de toma en consideración asistimos a un nuevo debate plenario de totalidad, en el que deben rechazarse las enmiendas de totalidad. Nuevamente se reiteran los mismos argumentos genéricos sobre la ley, pues aún no se ha entrado en el debate específico sobre su contenido, y nuevamente la opinión pública tendrá la impresión de que se ha aprobado la Ley cuando apenas se ha iniciado su tramitación.

A partir de aquí, superado el debate de totalidad, la proposición de ley se traslada a la Comisión competente. Allí se forma una ponencia para trabajar en las enmiendas presentadas y elaborar un Informe, a la vista del texto de la proposición de ley y de las enmiendas presentadas. El art. 114.1 RCD da un plazo de quince días para la elaboración del Informe para indicar a continuación que la Mesa de la Comisión puede prorrogar el plazo también sin ninguna limitación, aunque en este caso está justificado pues no podemos saber el tiempo necesario para alcanzar un acuerdo que permita aprobar el informe, o incluso si llegará a producirse dicho acuerdo. Finalmente, el Informe se traslada a la Comisión, en la que se hará un debate artículo por artículo, y en relación a cada uno de ellos podrá hacer uso de la palabra tanto los enmendantes como los miembros de la Comisión (art. 114.1 RCD). De ello resulta un dictamen que será remitido a la Presidencia de la Cámara. Este es el auténtico debate parlamentario sobre el contenido de la iniciativa legislativa pues los debates

plenarios no suelen adentrarse en el contenido de la proposición de ley sino en su finalidad y objetivos, cuando no en cuestiones de política general.

Aquí puede terminar la tramitación en el Congreso. Cuando no es proposición de ley orgánica, que requiere una votación final en el Pleno del Congreso sobre el conjunto del proyecto, en la que debe conseguir mayoría absoluta, el resto de proposiciones pueden aprobarse en Comisión con competencia legislativa plena. Sin embargo, en los últimos años, prácticamente todas las iniciativas se avocan a Pleno pese a la competencia legislativa plena de la Comisión. En este caso, son los grupos parlamentarios que apoyan al Gobierno quienes quieren que se visualice el acuerdo y lo conseguido en la negociación política a través de la votación plenaria. Lo cierto es que la iniciativa sometida a toma en consideración y debate de totalidad en Pleno, que luego ha sido debatida tanto en la ponencia como en la Comisión, ahora va a ser sometida de nuevo a Pleno, donde pueden mantenerse las enmiendas presentadas y no aceptadas en la Comisión.

A continuación, tras la aprobación en el Congreso, la Presidencia lo remitirá a la Presidencia del Senado. Allí se vuelve a repetir todo el procedimiento con la presentación de enmiendas o de veto a la iniciativa, debate en Ponencia, en Comisión y en Pleno. En este caso con un tiempo limitado pues debe ser tramitado en el plazo de 2 meses, que se reducen a 20 días si es por el procedimiento de urgencia. Esta tramitación por el procedimiento de urgencia resulta habitual tanto por la amplitud de los sujetos legitimados para solicitarlo (Gobierno, dos grupos parlamentarios, una quinta parte de los diputados, art. 93.1 RCD) como porque la Constitución impone este procedimiento en el caso de los proyectos de ley que tienen su origen en un decreto-ley (art. 86.3).

Finalmente, si en el Senado se hubiera opuesto un veto o se hubieran introducido enmiendas, la proposición de ley vuelve al Congreso. En el caso de veto, supuesto muy inhabitual, el texto de la ley se someterá de nuevo en el Congreso a un debate de totalidad y si fuera ratificado por mayoría absoluta quedará levantado el veto. En caso contrario, se someterá de nuevo a votación dos meses después de la interposición del veto y en este supuesto el veto quedará levantado por mayoría simple. En caso contrario, la iniciativa resultará rechazada. Por otro lado, las enmiendas introducidas en el Senado serán objeto de debate y votación en el Congreso y quedarán incorporadas al texto definitivo de la Ley si obtienen la mayoría simple de los votos emitidos.

Si en lugar de ser una proposición de ley es un proyecto de ley presentado por el Gobierno, no será sometido a debate plenario de toma en consideración pero debe recordarse que ha sido sometido a una larga vía administrativa previa. Ha pasado

dos veces por el Consejo de Ministros y entre la primera y la segunda vuelta ha sido sometido a informe y valoración de buena parte de los Ministerios y de diversos órganos consultivos que suelen demorar durante meses la emisión del correspondiente informe, especialmente cuando es preceptivo aunque no vinculante. Ese largo proceso preparlamentario puede estar justificado cuando se trata de una nueva regulación de una materia o un texto normativo extenso pero no cuando se trata de modificaciones puntuales de normas legales vigentes.

Pero, centrándonos en la tramitación parlamentaria, la pregunta que surge tras este repaso al procedimiento, más allá de la crítica a la indeterminación del plazo de presentación de enmiendas, es si tiene algún sentido que el proyecto o proposición de ley pueda ser sometido a nueve debates con similares actores, contenidos y negociaciones. En realidad, el debate profundo sobre el contenido de la iniciativa legislativa se hace en la Comisión correspondiente del Congreso. No obstante, asistimos en el Pleno del Congreso a un debate de toma en consideración, un debate de totalidad, un debate de aprobación final si ha sido avocada a Pleno o requiere aprobación plenaria y otro debate tras su paso por el Senado, si se ha introducido alguna enmienda.

En tiempos de agilización de procedimientos y en los que se piden respuestas rápidas a las necesidades, habría que revisar el procedimiento legislativo para simplificarlo, sin que ello impida el necesario debate parlamentario sobre el contenido de la iniciativa. En este sentido, tras la toma en consideración, debería limitarse el plazo máximo para presentar enmiendas y trasladarse a la Comisión correspondiente, en la que deberían rechazarse las enmiendas a la totalidad, sin necesidad de convocar de nuevo al Pleno, debatirse con detenimiento el texto y aprobarse, salvo que se trate de una ley orgánica, para dar traslado al Senado.

4. Tras el relato del procedimiento legislativo, no puede extrañar que los Gobiernos utilicen habitualmente la figura del Decreto-ley cuando se trata de adoptar medidas o modificar puntualmente normas legales en vigor. El Decreto-ley se aprueba por el Consejo de Ministros, entra en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE y, en el plazo de 30 días, son convalidados por el Congreso, con lo que termina su provisionalidad, sin perjuicio de que puedan tramitarse como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

A menudo se dice que el Gobierno utiliza con tanta frecuencia el decreto-ley (el «abuso» del Decreto-ley) ante una situación de debilidad parlamentaria, al ser más fácil su aprobación. Sin embargo, no es así. Basta recordar un dato para demostrar que los motivos son otros. Hasta los años 2020 y 2021, ciertamente excepcionales por la pandemia de la Covid-19, el año con mayor número de decretos leyes había

sido el año 2012, en la X legislatura, con mayoría absoluta del PP. Era evidente que el Gobierno no tenía ninguna dificultad política para tramitar las leyes pero era mucho más rápido aprobar un decreto ley.

Desde la perspectiva de la negociación política, en un parlamento fragmentado es más fácil tramitar una ley que convalidar un decreto ley. La proposición de ley se toma en consideración, se rechazan las enmiendas a la totalidad y luego el contenido se debate en Comisión con escasa atención mediática y pudiendo ofrecer la modificación de algún contenido para conseguir el apoyo de los grupos parlamentarios. Sin embargo, en la convalidación de un decreto ley se trata de decir sí o no en el Pleno del Congreso, con toda la atención mediática. Además, tiene que aceptarse en su totalidad, sin poder modificar en ese momento ninguno de sus contenidos por lo que pueden unirse rechazos a la convalidación con distinto origen pero que permiten sumar una mayoría negativa. Aunque luego pueda tramitarse como proyecto de ley e introducirse enmiendas, la decisión de la convalidación no permite ninguna negociación sobre el contenido en ese momento, más allá de promesas sobre su modificación ulterior.

En consecuencia, el atractivo del decreto ley no radica en una hipotética facilidad para su aprobación sino en la rapidez de la actuación normativa. En los tiempos actuales, es difícil entender que deba esperarse varios meses para que entre en vigor una medida normativa.

Sabemos que el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación extensiva del presupuesto habilitante del Decreto ley: la extraordinaria y urgente necesidad. Corresponde al Gobierno considerar que la actuación normativa resulta urgente. No es fácil, en la práctica, contradecir esa decisión. Es cierto, además, que nos falta una doctrina adecuada del Tribunal Constitucional sobre los límites del decreto ley. En el año 2021 se declararon inconstitucionales varios decretos leyes por no cumplir con el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Se dijo que el Tribunal estaba limitando la capacidad del Gobierno para dictar decretos leyes. Sin embargo, a mi juicio, no estuvo acertado al elegir los supuestos en los cuáles limitar la actuación del Gobierno.

En las dos sentencias en las que el Tribunal consideró que el Gobierno no había respetado el presupuesto habilitante constitucional de la «extraordinaria y urgente necesidad» (SSTC 111/2021 y 124/2021), los decretos leyes recurridos por la minoría parlamentaria se referían a cambios en la estructura del propio Gobierno que están sometidos a reserva de ley, es decir, eran decisiones de autoorganización gubernamental. Por ello, según el Tribunal Constitucional no existía la extraordinaria y urgente necesidad constitucionalmente requerida para hacer esos cambios a través de la fuente del derecho que habilita al Gobierno para modificar leyes.

La doctrina es discutible. Si en el inicio de una legislatura, el Gobierno entiende que la gestión de las clases pasivas debe pasar del Ministerio de Trabajo a un recién creado Ministerio de Inclusión, ¿no puede considerar que es una actuación normativa rápida? ¿a quién afecta, si se trata de la estructura del propio Gobierno? ¿Debe impulsar una ley específica con ese objeto y esperar meses para hacer la reasignación competencial?

Y si al inicio de la legislatura se quiere cambiar la composición de una Comisión Delegada en relación a la cual hay reserva de ley, ¿se debe tramitar una ley específica? Está claro que esa posibilidad no es funcional y, por tanto, en la práctica se incluye en el primer decreto-ley que vaya a aprobarse o, como contenido heterogéneo, en alguna ley que esté tramitándose.

Lo que quiero decir con esto es que tras muchos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha podido intervenir para limitar la posibilidad de establecer regulaciones normativas a través de esta fuente utilizable, lo ha hecho en relación a asuntos de autoorganización gubernamental en los que la intervención del propio Gobierno está materialmente justificada y lo que resulta discutible es que corresponda hacerlo a las Cortes Generales desde una perspectiva material de la relación entre los órganos constitucionales. En definitiva, ya sabemos que los cambios en la estructura gubernamental no puede hacerlos el propio Gobierno a través de la fuente legal que la Constitución pone a su disposición, pero seguimos sin conocer los límites del presupuesto habilitante del decreto ley.

5. En definitiva, termino esta participación en el Foro con una conclusión: si queremos que el parlamentarismo resulte útil en la sociedad digital debe ir adaptándose a la realidad actual a partir de dos principios: agilidad y simplicidad. Esto significa que:

- Debe acercarse temporalmente el momento de presentación de un escrito parlamentario con la ejecución de su contenido. En ese sentido, se ha mencionado un ejemplo paradigmático: la presentación de las preguntas parlamentarias de respuesta oral en Pleno no puede hacerse la semana anterior a su respuesta en Pleno.

- Las distintas iniciativas que entran en el Congreso deben tramitarse con celeridad, de un día para otro, pues existen medios tecnológicos para hacerlo sin que sea justificable la demora.

- Debe eliminarse la posibilidad de prorrogar sin límite temporal cualquier plazo, y con ello paralizar de facto una iniciativa. El supuesto de la ampliación de los plazos para presentar enmiendas a un proyecto o proposición de ley es el ejemplo más relevante en la actualidad. En el plazo máximo de un mes, salvo supuestos muy excepcionales, deberían presentarse las enmiendas para que el texto y las enmiendas presentadas sean debatidas en la Comisión correspondiente.

– Debe evitarse la reiteración de debates plenarios en los que los distintos grupos parlamentarios se posicionan sobre la iniciativa sin adentrarse en su contenido. En este sentido, tras el debate de toma en consideración, el de totalidad, en relación a las enmiendas a la totalidad presentadas, puede hacerse en comisión, antes de que la ponencia inicie su trabajo. Es cierto que, en ese caso, los proyectos de ley y las proposiciones de ley procedentes del Senado no serían debatidas en Pleno. Por ello, seguramente la posibilidad de avocación a Pleno debería limitarse a estas iniciativas, además de, lógicamente, las leyes orgánicas.

– En relación a los decretos leyes, más que limitar la habilitación del Gobierno para determinar cuándo una actuación normativa resulta de extraordinaria y urgente necesidad, habría que establecer una distinción en virtud de la cual todos los decretos leyes que no son estrictamente medidas normativas que se agotan con su aplicación, dígame ayudas por la erupción del volcán de La Palma, deben tramitarse siempre como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Se trata, en definitiva, de configurar un parlamentarismo ágil en el que, por un lado, el control de la actuación del Gobierno sea más inmediato, cuando el asunto aún resulta de actualidad, y, por otro, si hay mayoría suficiente para aprobar una ley, esa aprobación y, con ello, la entrada en vigor de las normas, se produzca en un plazo breve de tiempo, sin que sean las condiciones formales del procedimiento las que demoren durante meses la entrada en vigor de una ley.

### **Resumen**

*El sistema parlamentario de Gobierno debe adaptarse a los cambios políticos y sociales de cada momento histórico. La fragmentación del Parlamento y la digitalización de la sociedad son los dos fenómenos que más han incidido en el funcionamiento del sistema parlamentario de Gobierno en España en los últimos años. El acercamiento a esa incidencia constituye el objeto de estas páginas. En primer lugar, se analizan las consecuencias de la fragmentación parlamentaria tanto en relación al control parlamentario como al desarrollo de la actividad legislativa. A continuación, nos detenemos en la inadaptación del procedimiento legislativo y del control parlamentario a una sociedad digital que reclama actuaciones rápidas. En ese sentido, se proponen algunos cambios en los reglamentos y en las prácticas parlamentarias en aras de su mejor adaptación al tiempo histórico.*

### **Palabras clave**

*Parlamentarismo, sistema parlamentario de gobierno, control parlamentario, procedimiento legislativo, Congreso de los Diputados, Decreto-ley.*

### **Abstract**

*The parliamentary system of Government must adapt to the political and social changes of each historical moment. The fragmentation of Parliament and the digitization of society are*

*the two phenomena that have had the greatest impact on the functioning of the parliamentary system of Government in Spain during the last years. The purpose of these pages is to examine these two phenomena. First of all, we analyse the consequences of parliamentary fragmentation in relation to both parliamentary control and the development of legislative activity. Next, we focus on the inadequacy of the legislative procedure and parliamentary control to a digital society which demands swift action. In this sense, some changes in the regulations and parliamentary practices are proposed in favour of their better adaptation to historical time.*

**Keywords**

*Parliamentarism, parliamentary system of government, parliamentary control, legislative procedure, Congress of Deputies, Decree-Law.*

Recibido: 12 de octubre de 2022

Aceptado: 31 de octubre de 2022



# Noticias de libros

---



**LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO,  
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, FUNDACIÓN  
MANUEL GIMÉNEZ ABAD, 2022, 208 PÁGINAS**

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO  
*Catedrático acreditado de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada*

El poder, su limitación y su legitimación democrático-pluralista, conforman el leitmotiv de la obra científica del profesor Balaguer Callejón; es el eje sobre el que gira la concepción normativa de constitución que mantiene, además del objeto del derecho constitucional que propugna. En tal sentido, su libro ya clásico «Fuentes del Derecho», del que se celebra su trigésimo aniversario<sup>1</sup>, no es solo un estudio general, formal y procedimental del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español al amparo de la Constitución de 1978, sino una revisión crítica de las mismas al respecto de las relaciones y centros de poder de las que son expresión plural y democrática a la luz de aquella; y por esto, claro, la propia consideración mixta (jurídico-política) de Francisco Balaguer sobre el derecho constitucional, en cuanto que ordenación jurídica y motor de transformación política del propio poder<sup>2</sup>. Una aproximación así de lo constitucional íntimamente ligada a un poder que ha venido transformándose y progresando con los años, como ha sido y es con ocasión de la integración europea y el proceso paralelo de globalización del mercado y la economía<sup>3</sup>; un proceso, por cierto, catalizado e impulsado a su vez por la crisis económica de la década pasada, y luego por la de la Covid<sup>4</sup>.

1 Y al que desde aquí también queremos rendir homenaje. F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del Derecho. I (Principios del ordenamiento constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1991; y *Fuentes del Derecho. II (Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos)*, Tecnos, Madrid, 1992.

2 F. BALAGUER CALLEJÓN, «Constitución normativa y ciencia del derecho», en AA.VV. *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico. I*, Tecnos, Madrid, 1997, en especial p. 102.

3 P.e., F. BALAGUER CALLEJÓN, «Derecho constitucional e integración supranacional en el contexto de la globalización», en AA.VV. *Constitución y democracia. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral. III*, Editorial Universitarias/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / UNED, Madrid, 2012.

4 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, «El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas», en AA.VV. *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

En esa dinámica de externalización del poder y de cómo afecta al modelo de constitución normativa y pluralista, junto al mismo derecho constitucional, es que la obra del profesor Balaguer Callejón haya ido arribando, finalmente, a la transformación digital de nuestros días con una serie de trabajos en los que, a modo de *continuum*, ha abordado la progresiva intromisión en la democracia y en los derechos humanos por parte de grandes empresas tecnológicas de lo digital<sup>5</sup>. Y así hasta llegar a la monografía que hoy tenemos el placer de recensionar<sup>6</sup>: «La constitución del algoritmo»<sup>7</sup>. Una obra que no es solo la última aproximación de Francisco Balaguer al poder y al derecho constitucional a la sombra del progreso digital, sino una auténtica sistematización y desarrollo de las tesis por él mantenidas en estos trabajos; y por tanto, no una mera recopilación de artículos publicados, sino una construcción original y profusa sobre los cambios que en el derecho constitucional se advierten desde hace tiempo a tenor de la transformación social y de relaciones de poder que supone hoy y se esperan a la luz del desarrollo informático y la disruptiva inteligencia artificial. Sin duda, el título ya es más que expresivo de dichos cambios y del instrumento de estos: el algoritmo.

A tales efectos, el nuevo libro del profesor Balaguer Callejón (por cierto, de magnífica hechura y lectura rica y sencilla)<sup>8</sup> se estructura en una presentación e introducción, en siete capítulos y en unas conclusiones. En cuanto a la Presentación, Francisco Balaguer comienza precisamente con la referencia a tales cambios y a cómo la constitución regula hoy «un mundo que en parte no existe ya o es socialmente irrelevante» (p. 14); y ante esta

5 Vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, p.e.: «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018; «La Constitución en el tiempo de las redes sociales», en AA.VV. *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2019; «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 32, 2019; «La crisis de la democracia en la época de Weimar y en el siglo XXI», *Cuadernos Constitucionales*, núm. 1, 2020; y «O impacto dos novos mediadores da era digital na liberdade de expressão», *Espaço Jurídico: Journal of Law*, vol. 23, núm. 1, 2022.

6 Y una recensión que a su vez hacemos al hilo de nuestra participación en el Proyecto de Investigación: «La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la Democracia pluralista y la Constitución» (PID2019-106118GB-I00).

7 F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

8 Lo que permite abrir su público, más allá de los juristas, a la ciudadanía interesada en los cambios políticos que ya estamos sufriendo (en general), así como a los propios informáticos que quieren aproximarse de manera crítica a los efectos constitucionales de su labor (en particular).

constatación, la propuesta de la «constitución del algoritmo», como forma de «analizar la realidad digital desde la perspectiva de las rupturas que está generando y que tienen una dimensión constitucional» (p. 16), además de «proponer soluciones que permitan mitigar esas rupturas y facilitar una respuesta constitucional» (pp. 16-17).

La Introducción, por su parte, identifica y conecta los referidos cambios con cinco de dichas rupturas constitucionales (pp. 21-24): la del «contexto cultural de la constitución»<sup>9</sup>; la de la «constitución como referente cultural unitario»<sup>10</sup>; la de la realidad física con la realidad virtual<sup>11</sup>; la de la «propia configuración de la realidad»<sup>12</sup>; y la de la «constitución económica»<sup>13</sup>. Unas rupturas que evidencian no solo la externalización del poder respecto del Estado, sino la propia crisis que de la democracia pluralista se advierte desde hace años. Sin perjuicio de que el autor vuelva y profundice en tales rupturas (según se verá, Cap. 2), en este momento le sirve para adelantar la esencia de esta monografía, que es cómo reintegrar a la regulación y al control del derecho constitucional ese poder perdido y hoy en manos de ciertas compañías tecnológicas a través del algoritmo; y para ello, propugnando «someter a esa nueva realidad del mundo digital a los principios y valores constitucionales» mediante la constitucionalización del algoritmo, a la par que «adaptar la propia constitución a las condiciones de un mundo nuevo que no se puede gobernar ya plenamente en los términos de la constitución analógica» (en particular, p. 30).

Al respecto de lo primero, «La constitución del algoritmo», el Capítulo 1 comienza con la evidencia de cómo lo digital está cambiando la realidad sobre la que se construyera el constitucionalismo contemporáneo y analógico, de modo que lo digital pasa a ser un «territorio ignoto» ante aquel (p. 32); y de ahí que la realidad regulada por la constitución en buena medida ya no exista, además de que la que efectivamente permanece quede

9 A partir de nuevos factores de legitimación de carácter global y tecnológico, junto a nuevas pautas culturales y paradigmas que reducen la densidad normativa de la constitución.

10 Ante la doble vigencia de una constitución analógica frente otra digital, lo que a su vez no solo afecta a contenidos constitucionales, sino a la «vertiente procesal de la democracia pluralista y del derecho constitucional».

11 Pues mientras que la primera sigue centrada en el Estado y es regulada por el derecho público, la segunda se abre a nivel global y queda en manos de las compañías tecnológicas y del derecho privado (particular), lo cual, a su vez, acaba por distorsionar lo anterior.

12 Al quedar comprometida la «percepción social compartida de la realidad» por dichas compañías, pues actúan como «nuevos mediadores que controlan los procesos comunicativos» y potencian noticias falsas y realidades alternativas.

13 Ya que «priva al Estado de una capacidad de ordenación de la vida social», además de afectar «al estatuto de los derechos fundamentales» al verse desconectado de su «vinculación con la dignidad de la persona».

fuera del derecho constitucional, con particular y negativa consecuencia en la esfera de los derechos fundamentales (p. 33). Ello requiere, entonces, de nuevas estructuras jurídicas con las que abordar no solo las nuevas necesidades constitucionales que surgen al hilo de lo digital, sino el propio algoritmo en cuanto instrumento y argamasa de esta nueva realidad. Así, y más allá de plantear nuevos derechos al respecto, es que se interroge por el propio impacto del algoritmo en el sistema de fuentes del derecho (p. 35)<sup>14</sup>, incluso si los algoritmos son «una nueva fuente del derecho» (p. 36)<sup>15</sup>. Pero volviendo a los derechos, el autor se concentra en los problemas de sesgos que ya se advierten y en su ulterior incidencia en la igualdad y en los principios constitucionales (pp. 40-41), además de en otros derechos como la protección de datos ante injerencias masivas, especialmente por las referidas corporaciones tecnológicas, y ante unos usuarios voluntariamente entregados a las redes (pp. 41-44); y unas corporaciones, por lo demás, que no solo son nuevos factores de poder, sino de legitimación del propio sistema político, poniendo este (en su dimensión constitucional) en crisis (pp. 45-46) no ya porque en su acción entren en contradicción con la constitución, sino porque promueven «nuevos paradigmas» y «patrones culturales» que afectan a la «forma de pensar y los valores que inspiran a nuestras sociedades» (p. 47). Todo ello muestra un auténtico cambio ideológico que entra en conflicto con el constitucionalismo, y de ahí que el Profesor Balaguer Callejón propugne la constitucionalización del algoritmo, de la tecnología, de la misma inteligencia artificial, poniéndolos al servicio de la sociedad y controlando «los intereses económicos de las grandes compañías»; incluso, reconfigurando «la posición que los nuevos procedimientos deben tener en el sistema de las fuentes del derecho» y en el «entero sistema de los derechos fundamentales» (pp. 48-49).

En cuanto al extenso Capítulo 2, Francisco Balaguer vuelve a las referidas «rupturas de la era digital», comenzando con la «de la unidad de la constitución como referente cultural» y el papel de los juristas (en especial de los publicistas) ante unos algoritmos que prosperan desde un derecho privado que se pone al servicio de unos principios y valores distintos a los de la constitución analógica, entrando en conflicto con «nuestra cultura constitucional» (pp. 51-53); y es que la «[r]ealidad física y virtual no son dos caras de una misma moneda o un reflejo» (dice el autor), pues la segunda «tiene sus propias reglas»,

14 No es solo que se advierta «cierta incompatibilidad entre los algoritmos y la vertiente procesal de la democracia pluralista y del derecho constitucional», sino que tal «vertiente procesal es especialmente relevante en la configuración del sistema de fuentes», como también lo es «en la actividad de la administración o en la jurisdiccional»; y es que las condiciones formales que definen los procesos «no pueden ser sustituidos por los algoritmos sin afectar a los principios constitucionales» (p. 36).

15 Si de lo que se trata es de condiciones generales de contratación, su respuesta es no (pp. 36-38), mientras que en el ámbito de la Administración sí se considera así (pp. 38-39).

y unas reglas, por lo demás, basadas en el mero beneficio económico (p. 54). De ahí la importancia de los datos personales, pues en ellos y a través de ellos es como se articula la referida realidad digital; incluso, que los otros derechos fundamentales acaben por reinterpretarse desde el dato, en cuanto que «derecho comodín» (p. 57)<sup>16</sup>.

Luego el profesor Balaguer Callejón sigue con la «disociación entre realidad física y realidad virtual», para lo cual vuelve con la transformación de la realidad y con la distinción entre realidad física y virtual, y llegar a una realidad híbrida en la que los derechos fundamentales se ven desprotegidos (pp. 60-65). A continuación es que hable nuevamente de la «destrucción de una percepción social compartida de la realidad», a tenor de una jerarquización de los procesos comunicativos mediante los algoritmos y las compañías tecnológicas, alterando la democracia pluralista y el Estado de derecho (pp. 64-69); estas, a través del algoritmo, se han convertido en los nuevos mediadores en los procesos democráticos subvirtiéndolos desde el negocio y el interés económico (pp. 69-72), mientras la verdad deja de construirse colectivamente para quedar enterrada por la desinformación y la mentira (pp. 73-76)<sup>17</sup>. Además, es interesante la distinción que plantea el autor entre la utilización de las *Fake News* en la comunicación política, frente a la económica y tecnológica (pp. 80-84), y cómo finalmente, desde la realidad digital, se llega a la pérdida «de una percepción social compartida de la realidad» (pp. 84-88).

La siguiente ruptura a la que se refiere Francisco Balaguer es la «del contexto cultural de la constitución», comenzando por la relación entre el constitucionalismo y la legitimidad de la constitución en tanto que instrumento de progreso y de garantía del pluralismo político; o, al menos, «hasta que estalló la última crisis económica» (pp. 89-93). Sin embargo, nuevas legitimidades se están desarrollando en este siglo y al margen del constitucionalismo, de la constitución normativa y de la democracia pluralista; son las legitimaciones económica y tecnológica, expresando no solo una visión específica del

16 Hasta «la libertad de expresión y la información no tienen [ya] una entidad específica para la configuración de una sociedad democrática o de un espacio público, sino que, por el contrario, son simplemente datos exactamente igual que los demás y no tienen más valor que los otros elementos que configuran el entorno digital» (pp. 59-60).

17 Se genera así «una fragmentación y radicalización cada vez mayor del espacio público, en el que los distintos sectores sociales viven en auténticas burbujas que desconocen y niegan la verdad de los otros, en un proceso continuo de reafirmación de las propias convicciones» (p. 77). Es más, dice el autor: «La mentira coloca en una posición de superioridad a quien la utiliza porque impide el pleno conocimiento de la realidad que afecta a los participantes en una determinada relación social. De ahí que el conocimiento de la verdad sea una condición previa para garantizar la igualdad y, por tanto, un principio esencial en el plano social y también en el jurídico. Sin verdad no hay igualdad» (p. 80).

mundo, sino con la pretensión de «vertebrar el orden constitucional» (pp. 93-94)<sup>18</sup>. En cuanto a lo primero, las transformaciones económicas que siguieron a la caída del muro de Berlín acabaron por desvincular el mercado, el capital y el trabajo del Estado, de forma que la constitución económica propia del Estado social y democrático de derecho ha pasado a ser considerada por algunos como un obstáculo para tal proceso económico (p. 96); pero, es más, pues con ello se pretende reinterpretar «la constitución entera en clave económica» (p. 96)<sup>19</sup>. Por otra parte, la tecnología se nos presenta hoy como un «factor cultural», de forma que la idea de progreso se afianza cada vez más desde aquella, a la par que actúa como nuevo factor de legitimación (pp. 97-98) y entra en interrelación con la economía; incluso, la tecnología nos ha traído una nueva forma de apreciar el tiempo, más líquido, como del mismo riesgo y la incertidumbre resultante (p. 104).

Y así finalmente se llega a la «ruptura de la constitución económica nacional» (p. 105). Mientras en el pasado siglo se consiguió cierto equilibrio entre la constitución económica y la globalización, y especialmente en Europa a la luz del proceso de integración, el desarrollo de la globalización y de la digitalización vino a debilitar tal relación; y a su vez la propia constitución económica, y sin que ahora el proceso de integración europea se muestre capaz de reequilibrarla (pp. 107-112).

El siguiente capítulo, el 3, se dedica a «La transformación de los derechos en la sociedad digital». Estos, con el mercado digital, se ven desplazados desde el ciudadano y la persona, incluso del trabajador, al usuario y al consumidor, a la par que su garantía entra en crisis a la sombra de la también crisis del Estado y del constitucionalismo; se asiste así a una asimetría en el reconocimiento y en la protección de los derechos (pp. 113-116). A su vez se advierte una «cosificación» de los derechos (p. 116): para las compañías tecnológicas los datos ocupan un lugar cada vez más importante, de forma que su acercamiento a derechos y libertades se acaba dirigiendo hacia los datos que estos proporcionan, con su consiguiente valor económico. Hasta la comunicación y el propio espacio público se reducen, según el profesor Balaguer Callejón, a un mero campo de recolección de datos; datos que luego son refinados y vendidos en el mercado global. En tal sentido los algoritmos se ponen hoy al servicio de la maximización de tal recolección, no solo sin importar la propia veracidad de la comunicación, sino fomentando el enfrentamiento. Y mientras,

18 De un «entorno cultural hostil al constitucionalismo», llega a hablar Francisco Balaguer (p. 94).

19 Ello conlleva, a su vez, la imposición de la legitimidad económica sobre el constitucionalismo y la democracia, al punto de «si esta no permite garantizar el crecimiento económico no se considera una auténtica democracia»; incluso, se impone sobre el Derecho, pues las reglas jurídicas que han venido garantizando el Estado de Derecho deben ahora «soslayarse para facilitar la recuperación económica» (p. 97).

quedando la protección de los derechos, de los datos, en manos de un consentimiento de unos consumidores y usuarios más ávidos en participar en lo digital, que en protegerlos de manera efectiva (pp. 116-121).

En cuanto al Capítulo 4, relativo a «La transformación de la democracia», Francisco Balaguer vuelve a la crisis de la democracia pluralista, incidiendo en la conexión entre sus derivas populistas e iliberales, de un lado, y el progreso digital, de otro; y ello, además, en relación con la democracia representativa y a la directa al hilo de una potencial democracia digital (pp. 123-125). En tal sentido, el autor profundiza en la «democracia representativa como democracia pluralista y constitucional», para llegar, de manera crítica, a la «democracia directa como democracia monista y populista»; y esta, a su vez, al respecto de la mayor escisión política y social que conlleva, y los efectos que se advierten a la sombra de las redes sociales y la intervención de ciertas compañías tecnológicas (pp. 126-137). Por otra parte, el profesor Balaguer Callejón profundiza en la idea de democracia digital, en particular en el modelo de comunicación truncado que fomenta dichas compañías y en los riesgos que ello conlleva para el pluralismo y la capacidad para llegar a acuerdos políticos (pp. 137-145)<sup>20</sup>.

En el Capítulo 5, sobre «El nuevo colonialismo digital», el autor indaga en nuevas formas de «hegemonía global» a través de la IA; o lo que es igual, nuevas formas de incidencia política y económica en los Estados sin necesidad de tener presencia física en ellos: especialmente Estados Unidos y China, frente una Unión Europea relegada digitalmente (pp. 147-149). Y ante esto, la incapacidad de los Estados, desde sus constituciones normativas, para proteger el pluralismo (pp. 150-160). Pero entonces, ¿qué hacer con las compañías tecnológicas y con la inteligencia artificial?; a su amparo, Francisco Balaguer reflexiona acerca del espacio global desde el que se genera el enfrentamiento entre inteligencia artificial y constitución (p. 161)<sup>21</sup>, al ser el algoritmo el instrumento de las compañías tecnológicas para extender su poder político y económico en especial al respeto de los derechos humanos y de los datos personales, y consecuentemente sobre la necesidad de los poderes públicos por controlar dichos algoritmos (pp. 163-164).

20 De ahí que «para poder avanzar en términos de democracia digital será necesario introducir cambios profundos en la estructura actual de los procesos comunicativos y de las compañías tecnológicas que los controlan» (p. 144).

21 «[...] la economía digital está provocando una desigualdad radical entre los países que la lideran, Estados Unidos y China, y el resto del mundo. [...] esa desigualdad amenaza con generar nuevas formas de *hegemonía* y nuevas estructuras de dominio que ahora se manifiestan esencialmente en un ámbito virtual. La capacidad de influencia de las grandes compañías tecnológicas en la economía y en la política de otros países no tiene precedentes» (pp. 161-162).

Lo cierto es que, y como el profesor Balaguer Callejón refiere en el Capítulo 6, estamos ya ante «[e]l final de una época dorada» (p. 164). El constitucionalismo de postguerra, el de la constitución normativa, el que ha conseguido un efectivo control jurídico del poder político-estatal en garantía del pluralismo, las minorías y los derechos fundamentales se ve ahora desplazado por un poder distinto, en cuanto que económico, global y tecnológico (pp. 166-168). Es más, de involución constitucional quepa hablarse; incluso de involución interna, pues el constitucionalismo no solo se ha visto atacado desde fuera del sistema constitucional, sino desde el mismo sistema a la luz de cómo el pluralismo se ha visto desvirtuado por un populismo, diríamos, digitalizado a través de las redes sociales y la ulterior crisis comunicativa que se da (pp. 169-171). Esto, junto con la crisis del Estado social, lleva a «un creciente aislamiento y encapsulamiento de la ciudadanía en grupos y un cambio de patrones de conducta en los partidos políticos y en los medios de comunicación», dificultando, cada vez más, los «procesos comunicativos reflexivos» sobre los que hasta ahora ha venido funcionando la democracia pluralista (p. 172), a la par que el constitucionalismo se ve «aislado, residual» e incapaz de realizar su objetivo de limitar el poder (p. 173). Tales cambios culturales, de paradigmas, dice Francisco Balaguer, le llevan a preguntarse cómo hacer para que el derecho constitucional recupere cierta capacidad de control sobre tal poder; y ello no bastando con cambiar la regulación de internet, las redes sociales y el propio algoritmo para «adaptarlas a las exigencias propias del constitucionalismo», pues «es necesario plantearse igualmente qué tenemos que cambiar en el derecho constitucional de nuestro tiempo para adaptarlo a la sociedad digital y a los nuevos procesos comunicativos y sociales que genera» (pp. 174-175). Reflexionar así sobre: los consensos fundamentales de esta sociedad; la nueva fragmentación política, territorial, económica, social, cultural, tecnológica que se da; el tiempo, como factor de programación constitucional; la propia idea del debate, como motor del contraste y del acuerdo (de un lado), y el creciente radicalismo y la intolerancia (de otro); el papel de los medios de comunicación clásicos en la sociedad digital, así como el de los partidos políticos al respecto; y, para finalizar, «la configuración de la verdad en el espacio público» (pp. 176-180).

Lo anterior lleva al autor en el siguiente capítulo, el 7, a «Constitucionalizar el algoritmo y digitalizar la constitución». Y para ello empezando no tanto por identificar causas de problemas y respuestas (por lo demás, ya presentadas en las páginas previas), sino por advertir los distintos espacios en los que se originan aquellas y en los que encontrar estas; en un primer caso global, en el segundo estatal, o como mucho regional. Y es que, no encontrándonos todavía en disposición de un constitucionalismo y un derecho constitucional efectivamente global, la respuesta constitucional habrá de partir entonces de un espacio inferior, con la consiguiente limitación de la respuesta; por supuesto que ello

debilita tal capacidad de respuesta, pero también permite responder de manera menos ingenua (lo que es una importante observación) (pp. 181-182). A tales efectos, es que el espacio regional de la Unión Europea resulte, aun con sus problemas, indispensable a fin de la constitucionalización del algoritmo (pp. 183-185), a la par que se diseñe una nueva narrativa con la que comunicar constitución y tecnología a fin de superar la perspectiva negativa (diríamos que mutua) con la que ambas normalmente se ven (pp. 185-188)<sup>22</sup>. Pero también, y no menos importante, alcanzar un control sobre las compañías tecnológicas y el altísimo protagonismo (incluso monopolístico) que algunas tienen en el mercado de la comunicación (pp. 191-194)<sup>23</sup>. Se llega así, finalmente, a la digitalización de la constitución (p. 197), que no es, según Francisco Balaguer, limitarnos a introducir lo digital en esta, sino buscar «narrativas y construcciones doctrinales, en el plano académico, que contribuyan a revalorizar la posición de la constitución en el ordenamiento jurídico y en el espacio público», y adaptando esta a los nuevos procesos y condiciones de la sociedad digital (p. 198)<sup>24</sup>.

Como conclusiones (pp. 201-208), el profesor Balaguer Callejón destaca ideas ya vistas, pero también alguna nueva, como el que, con el paso de generaciones analógicas a otras digitales acabará desapareciendo «la última línea de defensa de la constitución “analógica” porque los nativos digitales no [tendrán] modo de contrastar, por su propia experiencia vital, el mundo analógico con el digital» (p. 201). Esta idea sencilla es una muestra no solo del sentido garantista del constitucionalismo contemporáneo, sino de la dimensión cultural del mismo y, por tanto, del cambio tan profundo que se da en él, en cuanto que afecta a los paradigmas sobre los que aquel se habría construido y progresado: «la ruptura del contexto cultural de la constitución», dice Francisco Balaguer (p. 203); algo difícil de medir y remediar, añadimos, pero absolutamente fundamental para comprender el reto que lo digital supone hoy para el derecho constitucional. Un reto, por cierto, al que el autor se enfrenta de manera valiente, directa y perspicaz.

Es esta, así, una monografía estrictamente constitucional, que no tecnológica, pues no se habla apenas de la tecnología como tal (como nos tienen acostumbrados no pocos trabajos al respecto); ni siquiera sobre el régimen constitucional de la tecnología digital. Es, en cambio, un estudio crítico de la posición en la que ya se encuentra el derecho constitucional ante un mundo que ha cambiado y que impide que el constitucionalismo

22 Y conseguir así «constitucionalizar el mundo híbrido» en el que ya nos encontramos (pp. 189-190).

23 Para ello, utilizando tanto técnicas de control externo como internos (pp. 194-197).

24 Se trata de, sin renunciar el legado del constitucionalismo de postguerra, «asumir los profundos cambios que la realidad digital supone para la propia constitución» (p. 199).

y la constitución normativa desarrollen las funciones que le son propias: regular, limitar y legitimar el poder; así el poder, nuevamente, como leitmotiv de la obra científica del profesor Balaguer Callejón (como advertíamos al inicio de estas páginas), y una obra en la que esta monografía, a buen seguro, va a encontrar un lugar muy destacado. Una monografía, para concluir, de lectura atenta y necesaria si queremos aproximarnos de manera adecuada al derecho constitucional actual y al que está por venir; un trabajo que, lejos de resolvernos dudas, nos genera más inquietudes, invitándonos a seguir reflexionando en torno al devenir de la constitución en esta era digital.

### **Resumen**

*Este trabajo da noticia de la publicación del último libro del profesor Balaguer Callejón, «La constitución del algoritmo», en el que trata las transformaciones que el progreso digital está produciendo en nuestro vigente derecho constitucional. En particular, se analiza la relación entre el poder y el constitucionalismo, los cambios que al respecto está originando la actividad de grandes empresas del sector digital, y la dificultad de las vigentes constituciones normativas para dar adecuada respuesta. Es necesario así, según el autor, constitucionalizar el algoritmo, en el sentido de adecuar el vigente derecho constitucional a la nueva sociedad digital, y de forma que este pueda seguir realizando su función esencial e histórica: limitar el poder.*

### **Palabras clave**

*Constitución analógica, constitución digital, democracia pluralista, globalización, empresas tecnológicas, algoritmo.*

### **Abstract**

*This paper reports on the publication of the latest book by Professor Balaguer Callejón, «La constitución del algoritmo», in which he discusses the transformations that digital progress is bringing about in our current constitutional law. In particular, he analyses the relationship between power and constitutionalism, the changes that the activity of large companies in the digital sector is causing in this respect, and the difficulty of current regulatory constitutions to provide an adequate response. Thus, according to the author, it is necessary to constitutionalise the algorithm, in the sense of adapting current constitutional law to the new digital society, so that it can continue to perform its essential and historical function: to limit power.*

### **Keywords**

*Analogue constitution, digital constitution, pluralist democracy, globalisation, technology companies, algorithm.*

Recibido: 5 de diciembre de 2022  
Aceptado: 10 de diciembre de 2022

***DROIT CONSTITUTIONNEL DE L'ESPAGNE,***  
**FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, PRÉFACE**  
**DE JORDANE ARLETTAZ Y FABRICE PICOD,**  
**BRUYLANT, BRUSELAS, 2022 (226 PP.)**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ  
*Catedrático Acreditado de Derecho constitucional*  
*Universidad de Granada*

No es nada fácil trasladar en una lengua que no es la materna y a otra doctrina, de manera sintética y sin perder rigor, los elementos fundamentales de un sistema constitucional, parte integrante a su vez de un conjunto cultural que representa la decantación de un pasado y el conjunto de aspiraciones de una sociedad. Exige familiarizar a los académicos que pertenecen a una tradición jurídica ajena (por más que compartamos ciertas bases comunes) con la forma en la que se declina la división funcional y territorial del Estado de marras, su modelo de fuentes, el sistema de derechos, la jurisdicción constitucional... Y para ello se han de seleccionar cuidadosamente cada una de las informaciones y dosificar el debate trasladando únicamente al lector foráneo aquellos perfiles que puedan ser más significativos para un propósito que no es meramente enciclopédico y en el que, por tanto, han de comparecer no solo los datos, las disposiciones, los preceptos en toda su frialdad, sino el telos cultural en el que se desenvuelven: los miedos, los anhelos...

¿Merece la pena un empeño de semejante envergadura? Sin duda, sí, y esta es la primera idea que quiero dejar patente. La Europa constitucional se pergeña también con estas fuentes; traduciendo (la gran función de los traductores en la historia de la cultura jurídica europea<sup>1</sup>); reviviendo las experiencias jurídicas; comunicándolas, de modo que, por ejemplo, la controversia estatal que ha impactado en mayor medida sobre el debate constitucional más allá de nuestras fronteras (la relativa al proceso secesionista en Cataluña) pueda ser cabalmente comprendida.

En tal propósito cabe incardinar la colección *Droit constitutionnel européen* de la prestigiosa editorial Bruylant que dirigen la profesora Jordane Arlettaz y el profesor Fabrice Picod, un ambicioso proyecto intelectual que selecciona a repre-

1 Cfr. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

sentantes muy cualificados de distintas culturas jurídicas para que las revisiten a partir de un esquema preciso en el que la integración europea ocupa una posición esencial<sup>2</sup>. La serie es tributaria de un postulado editorial que se hace explícito en su presentación: «les Constitutions des États membres participent à la création d'un droit constitutionnel européen». En efecto, la finalidad no es la museística ni su vocación la de exhibir un gabinete de rarezas para admiración de comparatistas diletantes. Se trata de trabajar para el derecho constitucional europeo, dando alas a una sensibilidad constitucional compartida, más allá de las peculiaridades nacionales, sin duda relevantes, pero que tienen que contar con que los principios fundacionales del constitucionalismo serán inservibles si se declinan solo bajo su forma nacional.

El volumen que comentamos se ha confiado al profesor Balaguer Callejón cuya mirada destaca por detectar con agudeza los problemas constitucionales<sup>3</sup> y proporcionar una solución plausible de acuerdo con un paradigma que tiene como pieza basal su teoría sobre el sistema de fuentes y que se ha ido enriqueciendo con el curso de los años abarcando los desafíos que se han presentado en el derecho constitucional en todos sus espacios (autonómico, nacional, europeo y global).

Esta obra se presenta, así, como un compendio para el público de lengua francesa, una cápsula que desde el primer momento enuncia su vocación de trascender el mero análisis descriptivo y formal. Puede leerse como una síntesis en un doble sentido: síntesis del objeto, el modelo constitucional español; y síntesis de la teoría constitucional del autor, que vuelca sus lecturas, sus análisis; que desarrolla las perspectivas alcanzadas tras una larga carrera docente e investigadora. Sin duda, la oportunidad de revisar la propia obra pensando en otros destinatarios es una oportunidad bien aprovechada para sumar aproximaciones y matices.

2 Por el momento están disponibles, además del volumen que se reseña, *Constitutional law of Poland*, de A. RYTEL-WARZOCHA y *Droit constitutionnel de l'Italie* a cargo de P. PASSAGLIA.

3 La perspicaz observación de las circunstancias en las que se desenvuelve el poder y la posición en que quedan los derechos de las personas ha llevado al Prof. Balaguer a cambiar de objetivo múltiples veces; tantas como lo ha requerido la evolución social, que nunca se detiene. Así ha pasado de sus estudios iniciales sobre la teoría del Estado en Marx y Engels, bajo la dirección de su maestro, Juan José Ruiz-Rico (fundamentales, además de por el rigor metodológico, por constituir instrumentos fundamentales en la conceptualización de elementos clave de su teoría como el de «conflicto»), al estudio del sistema de fuentes (a partir del reconocimiento del pluralismo en la democracia constitucional); tras él contribuyó en nuestro país a configurar la disciplina del derecho constitucional europeo; y en el momento actual está inmerso en la construcción de una teoría jurídico-constitucional de la sociedad digital.

El capítulo introductorio se autocalifica de histórico (historia constitucional del Estado, historia de la aprobación de la constitución e historia de la adhesión a la Unión Europea) pero se advierte de inmediato como la metodología es plenamente constitucional y por tanto encuentra su sentido en la presentación de los nodos y nudos fundamentales del objeto de estudio. Historia constitucional y los dos procesos, el constituyente y el que supuso nuestra integración en las entonces denominadas Comunidades Europeas (importante hallazgo el que supone su enunciación correlativa en el índice del volumen), se convocan no solo con el afán de esclarecer el significado de estos acontecimientos en su tiempo sino como instrumentos para la comprensión de nuestros dilemas constitucionales actuales. En coherencia se presenta el constitucionalismo histórico español, esa secuencia accidentada sin la que no se comprende el proceso que dio lugar al alumbramiento de la Constitución en 1978. Y así hay que entender las páginas dedicadas a la transición que se observa con una perspectiva ecuaníme, alejada tanto de la hagiografía como de la nueva pero pujante propuesta interpretativa que desprecia el profundo cambio que posibilitó. Resulta acertado que la doctrina francófona advierta la importancia de un debate que se sigue preguntando por las líneas de continuidad entre la cultura política del franquismo y la del nuevo sistema constitucional; o por el sentido, las razones profundas e, incluso, el límite del consenso. Son, sin duda, elementos a valorar necesariamente cuando se trata de entender la legitimidad actual de la Constitución. Esta legitimidad —señala el autor, con una preocupación que traslada eficazmente— está siendo puesta en cuestión por unos sectores que crean un clima de extrema conflictividad. Lo que se reclama aquí —y puede servir de aviso a navegantes más allá de nuestras fronteras— es un cambio radical en las pautas culturales que se han implantado en la vida pública española para propiciar una renovación democrática que permita a la Constitución, a través de su reforma, responder a las nuevas necesidades. (p. 30). Y queda bien patente que esa transformación radical de las pautas culturales no es reclamación enfática sino la respuesta a una situación crítica en un contexto internacional también desnortado. Este trabajo puede leerse, así, como un cuaderno de bitácora para poder replantear sobre nuevas bases los problemas constitucionales. No seremos los constitucionalistas los que podamos ocuparnos de lo posible si no se alcanza a alterar el curso previsible de los acontecimientos.

Así las cosas, llegamos al capítulo primero, sobre organización de los poderes, con un mapa del territorio del constitucionalismo español; con una cartografía plausible de las fases por las que ha pasado; conociendo las diferentes lecturas de la transición y habiendo adelantado algunos de los elementos en los que hay que reparar para conocer lo esencial de nuestra realidad jurídico-política: el modo en que ha

resultado afectada por la crisis económica; las transformaciones del sistema clásico de partidos; las repercusiones de la crisis sanitaria... De ese modo se detectan las profundas líneas de continuidad y los cambios, las quiebras, de las que no obstante se extraen las posibilidades potenciales para que el proyecto constitucional en nuestro país siga vigente. La del autor es una lucha denodada por la normatividad del constitucionalismo, una apuesta, en especial, por desterrar modelos decisionistas, populistas. Y como constitucionalista europeo, la Unión, ese proyecto que tantas posibilidades emancipadoras entraña, inerva todos los argumentos.

Es posible apreciar nuevamente en este enfoque la singular síntesis que el autor lleva a cabo de las obras del Prof. Häberle y Carlos de Cabo. En efecto, este *Droit constitutionnel de l'Espagne* es una muestra depurada de un pensamiento crítico en el ámbito del constitucionalismo supranacional. El prof. Balaguer piensa y escribe como un jurista europeo, como integrante de una comunidad diversa de juristas nacionales ocupados y preocupados<sup>4</sup> por los problemas de sus países y del resto de los que estudian, por obligación y devoción; empeñados en una Europa posible; y que la ven posible porque el espíritu del constitucionalismo reside en que el proyecto de división del poder y garantía de todos los derechos de las personas, de su libertad e igualdad, no desmaye.

La primera sección del capítulo 1 se ocupa de la forma de Estado y de la forma de gobierno. La Jefatura del Estado y el parlamentarismo se dibujan considerando el impacto del conjunto normativo sobre la realidad social. Estos capítulos, tienen, en efecto, un epígrafe dedicado a la proyección práctica de los preceptos constitucionales (*Les dynamiques principales*) que traduce perfectamente la idea de que estos dos elementos (la forma de Estado y la de gobierno) no admiten una aproximación reducida a lo normativo. No la va a encontrar, por tanto, el lector, que observará en un contexto amplio la posición constitucional y los aspectos organizativos y funcionales relativos a la Jefatura del Estado, a las Cortes Generales o al Gobierno, teniendo como telón de fondo, una vez más, la Unión Europea. Es muy de resaltar este enfoque por cuanto supone leer a través de un paradigma particular (el del derecho constitucional europeo) el sentido de la cláusula de identidad nacional del artículo 4.2 TUE.

El autor repara en los elementos principales que la Constitución dibuja para nuestra democracia en acción: las funciones del Rey, de carácter simbólico y representativo; el parlamentarismo, racionalizado, que descansa en la idea de estabilidad

4 Seguramente la preocupación no sea sino el resultado de ocuparse de algún objeto de estudio con sentido crítico.

gubernamental (la configuración de la confianza parlamentaria); la capacidad de dirección política del Gobierno (con el fuerte liderazgo del Presidente) y la función legislativa y de control político del Parlamento, especialmente del Congreso, en un sistema bicameral profundamente imperfecto<sup>5</sup>.

Pero las instituciones viven del concepto de legitimidad (tanto de origen, como de ejercicio) y, llegado el momento de evaluar su rendimiento, obligado es que el trabajo se detenga en la crisis de la monarquía como consecuencia de las actuaciones del rey emérito; en los problemas para proceder a la renovación de los órganos que no son de extracción popular por las dificultades de los partidos para alcanzar un acuerdo; en las nuevas y preocupantes transformaciones del sistema de partidos (motor de todas estas dinámicas); o en la debilidad en la que ha quedado la institución de la opinión pública como consecuencia del falseamiento de los procesos comunicativos. Se apunta (p. 69) a la debilidad de la Unión Europea que es, al mismo tiempo, un factor adicional a sumar en la enumeración de las crisis y el camino que procede seguir para superarlas. Resulta interesante como se integra en la teoría constitucional del profesor Balaguer el concepto de «crisis». Ni en el corazón de las tinieblas cabe el desaliento.

La sección segunda de este capítulo se destina al tratamiento de la distribución territorial del poder, auténtica clave de bóveda para la convivencia colectiva que se sustancia, sin embargo, al margen de la constitución formal. En efecto, ni el ámbito autonómico ni el local están adecuadamente caracterizados por una Constitución que encuentra una gran solución en un principio, el dispositivo, ya agotado, y que si no es reformado –junto con todas las disposiciones procedimentales que de él traen causa– es como consecuencia de la dinámica excesivamente conflictual instalada desde hace tanto tiempo en la práctica política española. Resulta, este, ser un extremo que la doctrina foránea debe conocer en toda su complejidad para comprender el desarrollo constitucional español y tener una visión pragmática de sus posibilidades de reconducción.

Termina este primer capítulo examinando la crisis constitucional provocada por la deriva secesionista asumida por las instituciones catalanas (que tuvo como momento álgido el mes de octubre de 2017). La superación de ciertas posiciones que consideraban como opuestas las cláusulas «Estado democrático» y «Estado de derecho» y la apelación final al diálogo son, en mi opinión, los elementos con los que reconstruir una narrativa inclusiva de un país profunda e irremisiblemente plural.

5 En el sentido de inoperativo, no en la acepción utilizada por los estudiosos de las cámaras representativas.

El segundo capítulo aborda el sistema de fuentes lo que implica trasladar al lector el bagaje del autor que, desde la publicación de su primera obra sobre el tema<sup>6</sup>, se convirtió en una referencia indiscutible en la materia. Con ese instrumental constituido por la precisión con la que maneja conceptos como fuente, norma, validez, eficacia ... se perfilan las diferentes fuentes –comenzando, obviamente, por la Constitución– y se contemplan las diferentes relaciones entre las mismas. El pluralismo, cuya proyección en el sistema ordinamental resulta insoslayable, ha supuesto el declive de las dos ideas que habían monopolizado prácticamente el discurso jurídico sobre las fuentes: la jerarquía y la validez.

Como no puede ser de otro modo el trabajo se detiene especialmente en la transformación estructural del ordenamiento interno que se opera por efecto de la integración europea. En este apartado el jurista europeo que es el Prof. Balaguer lleva a cabo desarrollos originales de la metodología de Peter Häberle a cuya luz se revisa la entera noción de constitucionalidad. Con gran acierto se señala que coexisten en la misma dimensiones estatales, territoriales y supranacionales que entran en relación entre sí y que éste es el gran tema de la teoría de las fuentes del derecho de nuestro tiempo (*le grand sujet de la théorie des sources du droit de notre temps* p. 106). No extraña así la recurrencia de la cuestión que posteriormente (p. 158) merece el siguiente comentario:

*«Il n'est pas difficile de comprendre, de ce point de vue, la perplexité avec laquelle le constitutionnaliste et les citoyens eux-mêmes assistent à un processus qui, n'ayant pas encore abouti, relativise et remet en cause la normativité de la Constitution, sans encore offrir un ordre constitutionnel propre dans lequel serait déposé le "sentiment constitutionnel" des citoyens européens, et qui répond aux mêmes exigences que celles auxquelles sont soumis aujourd'hui les ordres constitutionnels internes».*

El análisis del sistema de fuentes se cierra con análisis breves pero efectivos de las fuentes de rango legal, de las reglamentarias y una ponderación muy especial de los ordenamientos autonómicos.

El capítulo tercero tiene por objeto abordar el sistema jurisdiccional para lo que comienza estudiando el Título VI CE y, en especial, sus cuestiones más controvertidas en el ámbito aplicativo como la atinente a la designación y efectivo funcionamiento del llamado órgano de gobierno de los jueces (Consejo General del Poder Judicial).

De la caracterización de la jurisdicción ordinaria se pasa al Tribunal Constitucional, órgano cuya posición constitucional le ha permitido erigirse en clave para

6 F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, Vol. I, 1991.

la actualización de la Constitución, en especial en lo que se refiere al sistema de Derechos Fundamentales y al Estado autonómico. El Tribunal constitucional es así, al tiempo que supremo intérprete de la Constitución, último garante de su supremacía, lo que lo convierte en elemento fundamental a preservar, en especial, por quienes tienen responsabilidades en el nombramiento de sus integrantes. Variables como prestigio e independencia son bien emplazadas en este apartado que se cierra caracterizando su jurisprudencia (en especial, su capacidad creativa) y el insatisfactorio modo con el que todavía conjuga el derecho de la Unión.

Se abre el último capítulo, dedicado al sistema de derechos y libertades, con cuestiones de fundamentación (la dignidad humana), interpretación (abierta específicamente a los tratados internacionales ratificados por España), titularidad (con especial atención a los extranjeros), garantías (muy incisivas las consideraciones sobre la del contenido esencial y el creciente papel que juega el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional) y suspensión (colectiva e individual). El espacio de interacción con los sistemas de derechos de la Unión Europea y del Consejo de Europa constituyen el siguiente paso en la exposición volviendo a demostrar la textura compleja del constitucionalismo en el marco regional europeo. La vocación del constitucionalismo europeo, un constitucionalismo social, opera, por fin, como paradigma interpretativo fundamental en el tratamiento de derechos civiles, políticos y sociales, concebido todos bajo la égida del artículo 9.2 de la Constitución y su mandato de remoción de los obstáculos que impidan la libertad e igualdad reales de los individuos y de los grupos en que se integran. De nuevo es este el momento oportuno para apuntar riesgos que desde luego desbordan el marco estatal. Apunta en concreto a las afectaciones masivas que las grandes compañías tecnológicas están operando sobre los derechos ante unos Estados que se limitan a asistir como espectadores (p. 189). Los derechos del artículo 18 CE (honor, intimidad, propia imagen, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones) serían un buen ejemplo para ilustrar la dualidad realidad-apariencia en el mito de la caverna de Platón.

Las últimas páginas, dedicadas a los derechos sociales se pueden leer como una suerte de conclusiones en las que el autor se reafirma en el concepto de constitucionalismo cifrado en esa fórmula tan feliz del Estado social y democrático de derecho que la crisis económica de 2008 sometió a presión en todos sus elementos de flotación (el democrático, el social y el de la normatividad de la CE, que los hace plenamente viables). En este contexto no son de importancia menor las pretensiones de cierta ciencia económica que ha pretendido dirigir las políticas públicas en una sola dirección (la de la austeridad). Los mantras de la inevitabilidad, la necesidad (elementos claves de la comprensión de la reforma del artículo 135 de la Constitu-

ción y de su «extraño» –adjetivo que me atribuyo– procedimiento de aprobación) fueron sin duda determinantes de las políticas restrictivas del gasto en sectores tan importantes como el sanitario, con lo que este aspecto resulta ser clave para evaluar con toda su amplitud la responsabilidad de los poderes públicos en la gestión de la crisis provocada por la epidemia del Covid.

Con una Europa constitucional, una Europa soñada con lucidez por un constitucionalista español, concluye esta obra que provee de un conocimiento muy sólido a los interesados en nuestro sistema constitucional, dando cuenta de su estado actual de desarrollo y de sus perspectivas futuras.

Señalaba el genio de Pascal: «*Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà*»<sup>7</sup>. La doctrina jurídica europea tiene un nuevo puente que aleja aún más la realidad que estuvo en el origen de este pensamiento.

### **Resumen**

*Este trabajo recensiona el manual en francés de Francisco Balaguer Callejón sobre el Derecho constitucional español.*

#### **Palabras clave**

*Derecho constitucional español, Derecho constitucional europeo, crisis, teoría de las fuentes del derecho, pluralismo, Estado social y democrático de derecho.*

### **Abstract**

*This work reviews the volume in French by Francisco Balaguer Callejón on Spanish constitutional law.*

#### **Keywords**

*Spanish constitutional law, European constitutional law, crisis, theory of sources of law, pluralism, social and democratic state.*

Recibido: 18 de diciembre de 2022

Aceptado: 21 de diciembre de 2022

7 B. PASCAL, *Pensées*, León Brunschwig Editeur, Paris, 1897, (294), p. 70. «Verdad aquende el Pirineo, error allende», traducción española de Xabier Zubiri de la edición citada en primer lugar. B. Pascal, *Pensamientos*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 85.

**COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA  
DE 1931 EN SU 90 ANIVERSARIO, J. OLIVER  
ARAUJO Y A. RUIZ ROBLEDO (DIRS.), CEPC,  
MADRID, 2021**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ  
*Catedrático Acreditado de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada*

El 26 de enero de 2022 se presentó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada la obra «Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario» (CEPC, Madrid, 2021) dirigida por los Profesores Oliver Araujo y Ruiz Robledo. Estas páginas transcriben, con mínimas correcciones, mi intervención en aquel acto que, moderado por el director del periódico «Ideal», Eduardo Peralta, contó asimismo con la de uno de los autores (el profesor Oliver), la de la Catedrática de Historia contemporánea, Teresa Ortega López, y la del Catedrático de Historia del Derecho, José Antonio López Nevot.

Sin duda, se trata siempre de una acertada iniciativa volver sobre los textos constitucionales. Las celebraciones centenarias son ritos de paso obligados, pero en el caso de las Constituciones no es poco oportuno prepararlos adecuadamente con estudios a cargo de especialistas y consumados conocedores de la materia. En efecto, cuando la Constitución de 1931 cumpla cien años las redes darán cuenta de múltiples contribuciones turiferarias –algunas, sin duda, con ropaje sedicentemente objetivo– pero para que no prospere su pretensión de expandir el conflicto (y romper toda posibilidad de consenso) es necesario que el debate quede centrado de acuerdo con los principios con los que la academia se identifica: el rigor científico en el tratamiento de los datos y la ecuanimidad en la presentación y defensa de las opiniones.

Desde luego, ni esta obra ni las que la han precedido o sucederán, permitirán cerrar el debate, pretensión tan exorbitante que debiera desacreditar a aquel que se le ocurriera. El pasado puede y debe ser estudiado con vocación de exhaustividad para permitir eliminar sesgos en la interpretación de su significado, pero este siempre será plural porque la combinatoria de variables permitirá a cada persona acercarse a las cadenas causales desde ópticas diferentes.

La obra que comentamos encarna este espíritu desde su mismo diseño. Se divide en dos partes precedidas por un prólogo y se cierra con un completo anexo bibliográfico sobre la Constitución de 1931 (a cargo de los dos directores).

El cuerpo central comienza, pues, con dieciocho capítulos dedicados al análisis del articulado constitucional enmarcados entre el primero: «Una Constitución para un tiempo nuevo», a cargo del Prof. López Guerra, y el que firma para cerrar la sección el Prof. Torres del Moral, «La Segunda República: exégesis y valoración».

La segunda parte procede a analizar el desarrollo legislativo de la Constitución en sectores claves, un acierto indiscutible porque la realidad normativa no es solo el resultado de la acción de la Norma fundamental sino de la actualización (o no actualización, porque la conducta omisiva es también extraordinariamente relevante en la explicación de las variables jurídico-políticas) por parte del poder legislativo de lo que en ella se establece.

Para el tratamiento de cada uno de los temas se han seleccionado por su cualificación miembros de la doctrina constitucional lo que nos da una clave muy importante para la comprensión del trabajo. En efecto, salvo para emprender el estudio del desarrollo legislativo de algunos sectores muy concretos, la nómina de los autores está integrada exclusivamente por constitucionalistas. Y a los que integramos este gremio nos importa, desde luego, situar la Constitución de 1931 en su tiempo, conocer variables sociológicas o de ciencia política; pero sobre todo lo que constituye el objeto de nuestro trabajo es el proyecto constitucional que en este momento está encarnado en la Constitución española de 1978. Así las cosas, creo que no es aventurado señalar que estas casi seiscientas apretadas páginas<sup>1</sup> pueden leerse como un intento de conjurarse contra el fracaso de las Constituciones; como un empeño por esclarecer lo que en nuestro país (como en Italia, Alemania...) propició que claudicaran la razón, la Ilustración, la división de poderes, los derechos, la seguridad, la paz... Sabemos que España se puede declinar de muchas formas pero que, desde luego, no se desatina cuando el diagnóstico repara en la relevancia de los problemas que amenazan la convivencia colectiva. Y conocemos bien que algunos de ellos no se han superado todavía, lo que hace extremadamente frágil el consenso constitucional.

Estamos, pues, ante una obra de profesores de constitucional analizando una constitución que a menudo ha sido considerada como la criatura de profesores<sup>2</sup>. Y procede incidir

1 Hay que resaltar y felicitar a los autores y editores por la iniciativa de permitir la descarga gratuita en su formato electrónico. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/comentarios-la-constitucion-espanola-de-1931-en-su-90-aniversario-3>.

2 Hay matices en torno a la contribución de los profesores a la Constitución republicana. Así, mientras algunos la ven con toda claridad, otros como el profesor Lasagabaster entienden que hay una ausencia de pensamiento jurídico «digno de ese nombre». En especial considera que en todo caso en la constitución hay influencia de penalistas (Jiménez de Asúa) o de civilistas (el mismo Azaña) pero no de iuspublicistas. Dudoso, me parece, que el resultado hubiera sido distinto de intervenir estos últimos ya que la pujanza de los Schmitt seguramente hubiera podido con los Kelsen. Cfr. I. LASAGABASTER HERRARTE, «La legislación regional», en J. Oliver Araujo, A. Ruiz Robledo

ahora en que los constitucionalistas que escrutan la obra normativa de sus predecesores no se mueven del paradigma de referencia compartido desde que entró en vigor la Constitución de 1978. Hay diferentes aproximaciones metodológicas pero una coincidencia fundamental en la idea de normatividad de la Constitución, en torno a sus presupuestos y la manera de procurarla; una aproximación que es kelseniana, helleriana, smendiana (de todo menos schmittiana). En este sentido, hemos de congratularnos –y velar porque no cambien las tornas– de que la doctrina constitucionalista no se haya dejado arrastrar por el nihilismo, por el cinismo. En los tiempos que corren, la academia, como parte fundamental de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales<sup>3</sup>, debe ejercer como guardiana de los principios constitucionales. Cuando al canto de las sirenas se suma la voz de un jurista como Schmitt no cabrá mantener el rumbo alejado de los acantilados.

Leídos con atención estos «Comentarios» se recuerda lo que es una Constitución y qué delicado equilibrio necesita para surta sus efectos; que no hay democracia sin Estado de derecho. El historiador será interpelado por los abundantes datos que le enseñarán nuevas facetas con las que completar el dibujo de la época; pero la fibra constitucional se sentirá conmovida por el –en este caso vano– empeño de lo que significa la constitución como mecanismo de resolución pacífica de los conflictos sociales a través de las dos reglas que son su esencia: la división de poderes y la garantía de los derechos de las personas.

Hace un siglo España tenía una serie de problemas acuciantes, urgentes, y retomó la senda constitucional para enfrentarlos. Sin duda la desproporción entre la magnitud de los primeros y la endeblez del proyecto jurídico-político (frágil por su concepción parcial de sus destinatarios; asediado por un contexto internacional en el que la contemporización no encontraba lugar alguno en un contexto de pluralismo agonista) es una de las explicaciones del fracaso. Nunca sabremos que hubiera sido de la constitución de 1931<sup>4</sup> y, en definitiva de España, si su vigencia no hubiera sido tan corta y accidentada pero seguramente solo un

(dirs.), *Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*, CEPC, Madrid, 2021, p. 344.

3 P. HÄBERLE, «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución», *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 6, Número 11, 2008, pp. 29-61.

4 «Un examen “técnico” de la Constitución de 1931, basado en sus (atribuidos) resultados en la práctica no parece pues la vía de evaluación más apropiada, a la vista de la escasa duración de la etapa constitucional y la imposibilidad de conjeturar cómo hubieran funcionado sus disposiciones si la Constitución hubiera estado en vigor en forma continuada durante más tiempo». L. LÓPEZ GUERRA, «Una constitución para un tiempo nuevo», en J. Oliver Araujo, A. Ruiz Robledo, *op. cit.*, p. 11.

voluntarismo inasequible al desaliento podría haberle augurado una suerte diferente a la de la Constitución de Weimar<sup>5</sup> o al Estatuto Albertino.

Hay coincidencia prácticamente unánime en que los problemas de la España de 1931 son el militar, el religioso, el agrario y el territorial. Los dos primeros parecen resueltos hoy. El militar, acreditada la lealtad de las Fuerzas Armadas a la Constitución en la medida en que no aparecen como un poder, como lo eran durante la Segunda República sino como una parte más de la administración del Estado<sup>6</sup>. El segundo con el establecimiento de un modelo constitucional en el artículo 16 CE que pone más el énfasis en la libertad religiosa individual que en las relaciones Iglesia-Estado.

Los dos últimos siguen siendo candentes (incandescentes, a veces): el territorial con unos perfiles que todos reconocemos y que no es necesario recordar aquí. El agrario bajo la forma de la necesidad de encontrar un modelo productivo que asegure un crecimiento económico general, estable y sostenible (que vaya más allá de lo inmobiliario; del turismo).

Pero hace cien años el Estado español era tan frágil que no podía imponerse ni sobre las fuerzas armadas, ni sobre la Iglesia Católica, ni sobre los elementos improductivos ni sobre aquellas partes del territorio que pretendieran determinar su independencia. En definitiva, el Estado era más impotencia que poder (con lo que todo el sistema de derecho público articulado en torno al concepto de potestad manifestaba sus carencias); incapaz de pacificar las relaciones sociales; capaz incluso de convertirse en elemento disruptivo en ese proceso de pacificación. El Estado español era un estado en construcción que para proseguir en su desarrollo y poder orientarse en sus múltiples encrucijadas necesitaba un instrumental jurídico-político; un entramado conceptual.

Y en este sentido volvemos de nuevo a la precariedad de éste. En efecto, hoy sabemos de la confusión ideológica imperante en la Europa continental durante los años 30 (Gran Bretaña fue la excepción seguramente porque la opinión pública cumplió su papel). Lejos de ser prerequisites asumidos, los conceptos de soberanía, estado, constitución, democracia, razón, partidos... se consideraron como plazas en disputa.

La soberanía como último criterio de legitimación del poder se discutía. Muy lejos estaba de ser asumida la del pueblo. Y quienes la admitían, poco proclives eran a asumir también los límites que protegían la autonomía individual.

El Estado, como estructura, podía ser todo (para el totalitarismo) o nada (para el movimiento anarquista). Gozaba también de importante predicamento la teoría marxista que incidía en el Estado como instrumento de la dominación burguesa. La revolución

5 La manifiesta influencia weimariana se destaca, por ejemplo, por F. J. DÍAZ REVORIO, «Las disposiciones generales (Título Preliminar: Arts. 1-7)», *Ibidem*, p. 72.

6 Así es apuntado por J. GARCÍA FERNÁNDEZ, «La legislación militar», *Ibidem*, p. 468.

proletaria debería asaltarlo para ejercer con él todo el poder necesario hasta conseguir en un escorzo paroxístico y mesiánico su misma desaparición.

Con tales mimbres no es extraño que la constitución, formalización del ejercicio del poder ejercido en nombre de un titular, sea una criatura endeble, escindida entre las diferentes posiciones teóricas que configuraban de una manera u otra el Estado y la soberanía. Su esfuerzo de ordenación, de configuración de principios fundamentales, como la democracia, o de las estructuras instrumentales (tales como los órganos constitucionales o los partidos políticos) resulta, visto hoy, desde una cómoda perspectiva, abocado al fracaso. El Parlamento era muy capaz de aventar todas las diferencias, de aparecer como el escenario de expresión de los antagonismos constitutivos, espejo de una sociedad en la que la voluntad de poder no podía ser atemperada con las exigencias de la razón.

La Constitución de 1931 no podía dejar de ser el epicentro de la tormenta. Y la lectura de sus disposiciones y de su desarrollo político nos provee de una serie de enseñanzas que no pueden dejar a nadie indiferente. Su fracaso puede apreciarse, así, como el resultado de una inadaptación: inadaptada a su tiempo; a veces por pedirle a la sociedad más de lo que podía dar; siempre por no ser capaz de darle lo que necesitaba.

Así las cosas, la lectura de esta enjundiosa obra puede llevar al lector a realizar una lectura cruzada, un juego de espejos entre los textos constitucionales del 31 y del 78. Seguramente pueda afirmarse que los dos estuvieron a la altura de sus circunstancias; en otras palabras, que carece de sentido interpretar su significado al margen de su contexto histórico.

Procedo a resaltar aquí algunas de las ideas que, ciertamente sin demasiado orden, me han ido surgiendo conforme avanzaba en el estudio de este volumen: una suerte de fogonazos que enumero para facilitar, pese a su fragmentariedad, la continuidad del debate desde la coincidencia plena con el postulado que en la introducción de la obra plantean sus directores: «la Constitución de 1978 ha construido la democracia que no pudo construir la Constitución de 1931»<sup>7</sup>.

1) El proceso de elaboración de una constitución debe estar presidido por el consenso<sup>8</sup> y la idea de pacto social ha de girar en torno al sujeto más inclusivo, el ciudadano. Crear una nueva ciudadanía, no solo un nuevo Estado, conciliar sobre el proyecto más que reconciliar mirando la historia (operación en todo caso nada fácil) es el imperativo que requiere una Constitución que busca la integración. De este modo cobra así todo el sentido –dado el re-

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>8</sup> No participaba de esta idea la Constitución republicana. Jiménez de Asúa –apunta R. Blanco– hizo explícito, en el que según el catedrático de Santiago puede considerarse su discurso preliminar, que se trataba de una constitución de izquierdas. Cfr. R. BLANCO VALDÉS, «El Preámbulo», *Ibidem*, p. 69.

conocimiento mutuo que esta noción implica— que se prescindiera de un sistema de exigencia de responsabilidades que siempre supone colocar fuera del espectro a un sector poblacional sobre la base de su indignidad. No fue esta, desde luego, la óptica de la Constitución del 31 que comenzó inquietando al colocar como eje al trabajador (no al trabajo como hace correctamente la constitución italiana de 1947<sup>9</sup>) Una constitución no puede dejar al margen a una parte del país<sup>10</sup>. Las Constituciones deben ser un ejercicio de pragmatismo; no de adanismo; de aventurerismo. Las revoluciones tuvieron su tiempo como momentos iniciáticos pero el siglo XX solo podía ofrecer sus miasmas en forma de decisión schmittiana.

2) La relación entre la Jefatura del estado y la democracia ni es directa ni resiste enfoques unívocos. En la Segunda República la forma de la jefatura del Estado se convirtió en la clave de bóveda; más aún que la democracia o la Constitución. Probablemente más cierta que la afirmación de que el régimen del 31 fue una república sin republicanos (lo que también se ha dicho de la Primera República y de la Constitución de Weimar) es que fue una República sin verdaderos demócratas. No cayó en saco roto esta enseñanza que fue rápidamente asumida en nuestro proceso constituyente cuando las fuerzas republicanas asumieron que lo importante era hacer de nuestro modelo político una democracia.

3) Cualquier norma fundamental requiere instituciones leales que la desarrollen. En este sentido, el paradigma a observar es el que tiene como piezas basales la constitución y la democracia. La supremacía, material y formal, de la norma constitucional debe operar como contexto sistemático de comprensión de todos los conceptos relevantes en la lucha política de modo que su interpretación no admite declinaciones desvinculadas de las que propicia la propia Constitución. La del 1931 no fue capaz de llevar a cabo esta operación con los conceptos de república, nación, iglesia, estado o clase. La lealtad se vinculaba más con estos (desde un entendimiento que cuestionaba incluso las bases constitucionales) que con la norma que debería haberlos articulado en un sistema para la convivencia pacífica.

4) Los años 30 del pasado siglo supusieron el apogeo del irracionalismo y solo la razón excluye de raíz la violencia, concepto que gozaba de un importante predicamento (junto con otros de su campo semántico como el de «revolución»<sup>11</sup>). Solo cuando un modelo constitucional logra expulsar a la marginalidad, negar el pan y la sal a todos esos constructos que amparan la violencia, tales como las definiciones schmittianas de la política y la glorifi-

9 J. DÍAZ REVORIO, «Las disposiciones generales (Título Preliminar: Art. 1-7)», *Ibidem*, pp. 74-76.

10 Incluso si desde una lectura histórica esa parte del país puede ser caracterizada como un lastre para avanzar en un determinado sentido; pongamos por caso, la Iglesia católica.

11 No obstante, es una pretensión anacrónica plantear que la palabra revolución fuera apreciada en ese momento como lo es ahora, con la completa apreciación de los monstruos que este sueño de la razón ha convocado.

cación de la excepcionalidad es posible permitir un modelo de resolución de conflictos con pretensiones de aceptación generalizada.

5) Los derechos son una parte fundamental de los textos constitucionales. Aparecen con sustantividad, por primera vez en la historia constitucional española, en la Constitución de 1931 y no solo es importante el catálogo sino la voluntad de penetrar en ámbitos que tradicionalmente habían sido inmunes, como la familia, la educación o la religión<sup>12</sup>. Esta incluso podría ser esta una de las claves que explican el exceso intervencionista (en especial en relación con la cuestión religiosa al advertirse la forma en la que la Iglesia había sido refractaria a la misma idea de derechos<sup>13</sup>).

6) Una constitución tiene que hacer posible que las instituciones gobiernen; tiene que habilitar la acción de gobierno para garantizar un mecanismo comprensible y transparente de control del mismo. En este sentido el diseño de las instituciones que lleva a cabo la Constitución republicana es completamente inoperativo como demuestra la sucesión de ejecutivos<sup>14</sup>.

7) La Constitución de 1931 puede verse como un fracaso del Derecho, de la normatividad. Aspiraba a instaurarla, desde luego, y erigirse en centro de un ordenamiento jurídico profundamente transformado por sus principios pero, además de las dificultades del momento histórico, parte del articulado puso difícil el empeño. En efecto, para que la Norma fundamental pueda desplegar efectos sus preceptos deben determinar correctamente el juego de lo político dentro del marco jurídico. Algunos aspectos fundamentales son deficitarios en este sentido: así el que se refiere a la composición del Tribunal de garantías constitucionales<sup>15</sup>, el que articula de forma no precisa la responsabilidad política<sup>16</sup> y el que configura sin los suficientes matices las siempre delicadas relaciones entre las Iglesias y el Estado.

8) Una constitución no puede ser entendida a margen del sistema de partidos y uno no bien articulado es una fuente de inestabilidad importantísima. Del mismo modo se abre una fractura muy difícil de soldar cuando el régimen electoral que se configura no asegura

12 Muy bien planteada la cuestión en A. BARRERO ORTEGA, «La legislación excepcional», *Ibidem*, p. 376.

13 No es esta, sin embargo, la aproximación que secunda G. RUIZ RICO, en su aproximación. Cfr. «La legislación religiosa», *Ibidem*, pp. 433-449.

14 Así lo refleja el trabajo de Miguel Revenga. Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ, «El Gobierno (Título VI: arts. 86-93)», *Ibidem*.

15 M. ARAGÓN REYES, «El Tribunal de Garantías Constitucionales (Título IX: Arts. 121-124)», *Ibidem*, p. 263.

16 En concreto, el difícil ajuste entre los artículos 64 y 75 de la Constitución.

suficientemente la limpieza de los procesos, la representatividad de las instituciones y la gobernabilidad.

9) El Estado que diseña cualquier constitución puede ser más o menos intervencionista en la esfera social, pero no debe admitir rival, sobre todo en lo que se refiere al mantenimiento de la seguridad, que a su vez no puede entenderse desvinculada del respeto y garantía de los derechos fundamentales.

En definitiva, una constitución es un delicado instrumento de articulación de dos ideas que son las compeanas de orden y progreso. Faltando alguna fracasa ese delicado y siempre precario mecanismo de reconducción del pluralismo hacia una unidad mínima de convivencia. Me parece una conclusión plausible que propicia este imprescindible trabajo que repasa una aventura constitucional de manera ecuánime y ponderada, lo que es un triunfo de la Constitución de 1978.

### **Resumen**

*Este trabajo recensiona la obra «Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario» (CEPC, Madrid, 2021) dirigida por los Profesores J. Oliver Araujo y A. Ruiz Robledo.*

#### **Palabras clave**

*Constitución española de 1931, división de poderes, derechos fundamentales, conflicto social, inestabilidad política, Constitución española de 1978.*

### **Abstract**

*This work reviews the volume «Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario» (CEPC, Madrid, 2021), edited by J. Oliver Araujo y A. Ruiz Robledo.*

#### **Keywords**

*Spanish Constitution of 1931, division of powers, fundamental rights, social conflict, political instability, Spanish Constitution of 1978.*

Recibido: 18 de diciembre de 2022

Aceptado: 21 de diciembre de 2022

***LA IDENTIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS  
MIEMBROS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN  
EUROPEA, PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS,  
THOMSON REUTERS – ARANZADI, CIZUR MENOR,  
2021, 421 PÁGINAS. ISBN: 978-84-1391-557-9***

LUIS I. GORDILLO PÉREZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Deusto*

**SUMARIO:**

- I. Contexto.
- II. Comentario.
- III. Conclusión.

**I. CONTEXTO**

La relación entre ordenamientos jurídicos que interaccionan y se solapan entre sí es uno de los temas clásicos que ha atraído siempre la atención de los constitucionalistas. Ya sea el análisis de las relaciones entre el Derecho federal y el regional; entre el Derecho internacional y el nacional o, incluso, entre el Derecho internacional, el europeo y el nacional, estas cuestiones suscitan gran interés y son, además, temas que, de estar bien enfocados y dirigidos, permiten iniciar una fructífera carrera investigadora. Esto es lo que sucede con la monografía titulada «La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea», que constituye la versión adaptada de la tesis doctoral defendida por su autor, el profesor Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, bajo la dirección de la profesora Ana Carmona Contreras y en el marco del proyecto de investigación «Desafíos del proceso de construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales» (DER2017-83779-P), cuya Investigadora Principal fue igualmente la directora de la tesis.

El libro, que mantiene la estructura metodológica propia de un trabajo riguroso de investigación, está dividido en cuatro capítulos que preceden a un apartado final de conclusiones. En el primero de ellos, el autor realiza una aproximación histórica al concepto de «identidad nacional», realizando incluso un ensayo de definición del mismo, a modo de hipótesis. A continuación, se realiza un análisis de esta categoría

o principio desde el punto de vista del Tribunal de Justicia (capítulo segundo), para, a continuación, hacer lo propio desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional nacional, particularmente centrándose en los casos de Alemania, Italia, Francia y España (capítulo tercero). El capítulo cuarto constituye un ensayo crítico en el autor desgrana su «Modelo de resolución de conflictos sobre la identidad nacional», realizando una aportación original, particularmente en el apartado 4, relativo a las técnicas judiciales de resolución de conflictos. La bibliografía empleada denota el alto grado de estudio y trabajo que una empresa de estas características requiere.

## II. COMENTARIO

La identidad nacional constituye lo que puede llamarse un concepto jurídico indeterminado que, aunque está codificado en los Tratados, carece de un contenido específico más allá del que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia le otorgue en cada caso. Cumple así un papel similar al que los principios generales del Derecho juegan a la hora de dotar al máximo intérprete de la habilitación normativa suficiente para convertirse en una suerte de pseudo poder constituyente constituido, en tanto que la interpretación que otorgue a este principio, condicionará el ámbito de aplicación y la propia extensión del Derecho de la UE.

En realidad, como se deduce del trabajo del profesor Mantilla de los Ríos, la identidad nacional supone sólo contrapunto del principio de primacía del Derecho de la UE, sino que, además, constituye una vía de escape ante la declaración de un *ultra vires* por parte de un Tribunal constitucional nacional, en aplicación del principio de supremacía constitucional, tal y como lo denominó la DTC 1/2004.

En efecto, el problema de fondo consiste, como se ha analizado en otros trabajos, en que el Tribunal de Justicia emplea un enfoque monista del ordenamiento jurídico, hasta el punto de entender que existe un único ordenamiento a cuya cabeza se encontraría el derecho de la UE. Los tribunales constitucionales nacionales, con más o menos matices, son tributarios de un enfoque pluralista o, al menos, dualista, es decir, asumen que existen, al menos, dos ordenamientos jurídicos que han de resultar compatibles, pero mantienen la supremacía del Derecho constitucional nacional. En este sentido, en caso de conflicto entre el Derecho de la UE y el Derecho constitucional nacional, el principio que resolvería las antinomias sería la versión europea del principio de jerarquía (es decir, la primacía), mientras que, desde el punto de vista de los Tribunales constitucionales nacionales acabaría siendo la competencia, en cuanto al Derecho ordinario, y mantendrían la supremacía última (o jerarquía suprema) de su texto constitucional (con más o menos matices, como se ha avanzado).

En este sentido, la identidad nacional se convierte en una suerte de fusible que el Tribunal de Justicia puede emplear para «autocontenerse» (pp. 350-359), siquiera a posteriori, para otorgar una cierta deferencia judicial (pp. 359-362) o aplicar el test de proporcionalidad (pp. 362-371), lo que, en realidad, consiste en una suerte de aplicación deconstruida del principio de subsidiariedad. De esta manera, si a resultas del diálogo entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y la europea, se produce una fricción que cause una antinomia irreconciliable, ante la incapacidad de las Altas Partes contratantes para resolver la cuestión a través de una modificación pactada de los Tratados, el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales tendrían a su disposición las herramientas para modular su propia jurisprudencia a través de sentencias interpretativas o de interpretación conforme. Así, se puede reconducir el conflicto normativo y mantener la coherencia entre los ordenamientos nacional y supranacional sin responder a la pregunta que, forzosamente, tiene dos respuestas distintas, según a quién se le plantee: ¿quién tiene la última palabra en caso de conflicto entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho de la UE?

Lo cierto es que, en esta cuestión, también se producen diferencias de opiniones doctrinales. Existe una tendencia a adoptar el enfoque del Tribunal de Justicia situado, como escribió un clásico, en el «país de las hadas», si se parte de una concepción monista o internacionalista, mientras que un enfoque más pluralista o constitucionalista suele conducir a alinearse con las posturas de los tribunales constitucionales nacionales, particularmente, del ubicado en Karlsruhe. Las críticas a la jurisprudencia del tribunal constitucional húngaro que, en realidad, sigue en lo esencial la estela del *Bundesverfassungsgericht* (como el profesor Azpitarte ha hecho notar en otra recensión de esta obra, RGDE 58, 2022) parecen acercar al autor de este libro a las posiciones que se defienden desde «el país de las hadas», lo que es perfectamente lógico a la luz de la construcción doctrinal que realiza, particularmente, en el capítulo cuarto.

### III. CONCLUSIÓN

La obra del profesor Mantilla de los Ríos constituye una de las últimas y más profundas aportaciones al viejo dilema y clásico debate que subyace en la pregunta precedente: ¿quién tiene la última palabra? Parafraseando una conclusión que desarrollé en mi propia tesis sobre las relaciones entre ordenamientos de naturaleza constitucional, la obra recensionada no constituye un trabajo totalmente perfecto en el sentido de acabado o carente de ulterior recorrido, sino que conforma, en este caso, los cimientos de lo que a buen seguro será una importante carrera académica y

muestra el compromiso de todo especialista con el avance del conocimiento y de la ciencia jurídica que le cumple difundir y adelantar. El profesor Mantilla ya dispone de la llamada clave de bóveda para continuar con la construcción de su ya consolidada línea de investigación y que podrá desarrollar durante toda su prolífica vida académica, si éste es su deseo.

**Resumen**

*Este trabajo recensiona la monografía sobre la identidad nacional de los Estados miembros de la UE elaborada por el profesor Pablo Cruz Mantilla de los Ríos. La recensión revisa los contenidos fundamentales de la obra y añade una crítica propia en el contexto del tema desarrollado por el autor.*

**Palabras clave**

*Identidad nacional; Primacía; Derecho de la UE.*

**Abstract**

*This paper reviews the monograph on the national identity of the EU Member States prepared by Professor Pablo Cruz Mantilla de los Ríos. This article reviews the fundamental contents of the work and adds its own criticism in the context of the issue developed by the author.*

**Keywords**

*National identity; Primacy; EU Law.*

Recibido: 30 de noviembre de 2022

Aceptado: 5 de diciembre de 2022

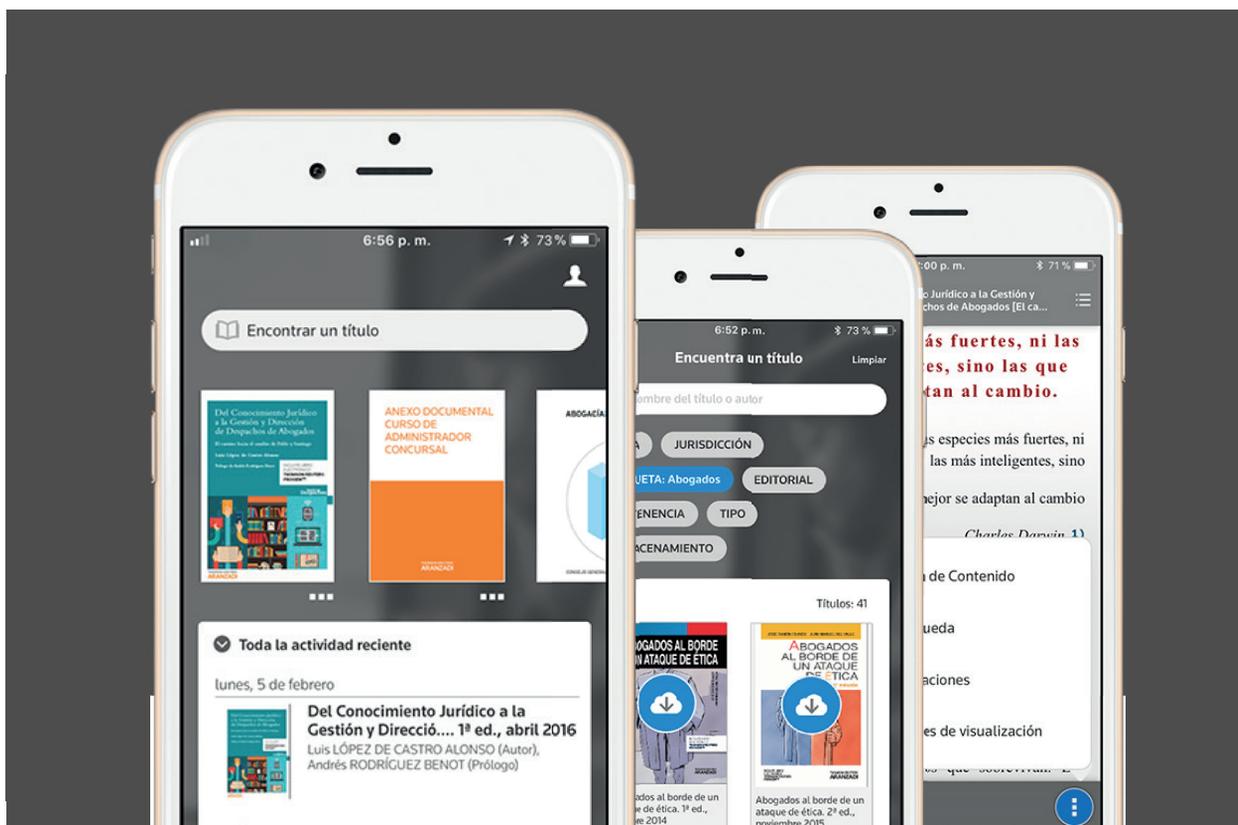
# Thomson Reuters Proview

## Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

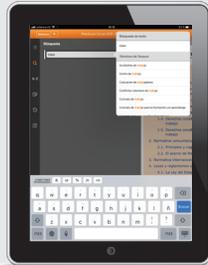


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS  
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y  
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

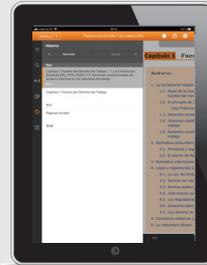
# FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



**SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS**  
Haces anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



**USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN**  
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



**HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN**  
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



**ORDENAR**  
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



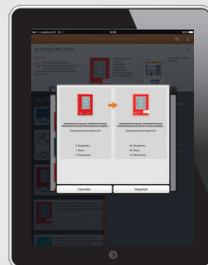
**CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS**  
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



**MARCADORES DE PÁGINA**  
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



**BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA**  
Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



**IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN**  
Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



**SUMARIO NAVEGABLE**  
Sumario con accesos directos al contenido.

**INFORMACIÓN IMPORTANTE:** Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (\*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en **“One Pass”** (\*\*), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (\*\*), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a [www.proview.thomsonreuters.com](http://www.proview.thomsonreuters.com)

### Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección [www.thomsonreuters.es](http://www.thomsonreuters.es) y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso** a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(\*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(\*\*) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

