
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

35

Año 18, número 35, Enero-Junio de 2021

Crisis sanitaria y Derecho constitucional

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
José María Porras Ramírez
Agustín Ruiz Robledo
Antonio de Cabo de la Vega
José Manuel Martínez Sierra

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

Francisco J. Durán Ruiz
Susana Ruiz Tarriás
Juan Ignacio Signes de Mesa
Valentina Faggiani

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
Miguel Ángel Aparicio Pérez
(1943/2020)
Xavier Arbós Marín
Rainer Arnold
José Asensi Sabater
Javier Barnés Vazquez
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Paola Bilancia
Roberto Blanco Valdés
Carmen Calvo Poyato
Antonio Cantaro
A. Antonio Cervati
Manuel Contreras Casado
Javier Corcuera Atienza
Pedro Cruz Villalón
Lorenzo Chieffi
José Francisco Chofre Sirvent
Ricardo Chueca Rodríguez

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

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

Gil Carlos Rodríguez Iglesias
(1946/2019)
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente
(1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Férriz
Sixto Sánchez Lorenzo
Ingo W. Sarlet
Helmuth Schulze-Fielitz
Angelo Schillaci
Antonio Torres del Moral
Alejandro del Valle Gálvez
Fausto Vecchio
Jaume Vernet i Llobet
Eduardo Virgala Foruria
Gustavo Zagrebelsky



Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.

Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

redce@ugres - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004 · Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL

Editorial Aranzadi, S.A.U.
31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 18, número 35, Enero-Junio de 2021

Crisis sanitaria y Derecho constitucional

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Presentación.....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

ESTUDIOS

La pandemia del Covid-19 analizada desde la perspectiva científico-cultural de una teoría constitucional europea y universal	19
PETER HÄBERLE Y MARKUS KOTZUR	

Medidas de emergencia epidémica y métodos de adopción: cuestiones constitucionales e impactos en el ordenamiento italiano.....	33
UGO ADAMO	

Revisión de la doctrina del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la pandemia. Comentario a la STEDH centro para la democracia y Estado de derecho, de 26 de julio de 2020	79
ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO	

ARTÍCULOS

La puesta en práctica por la <i>Corte Costituzionale</i> de la protección multinivel de derechos en la UE.....	105
RICARDO ALONSO GARCÍA	

Populismos y crisis de la representación.....	135
ALBERTO LUCARELLI	

El constitucionalismo social: una década de fragmentos constitucionales.....	155
ANGELO JR GOLIA Y GUNTHER TEUBNER	

PERFILES/NOTICIAS

Homenaje a Paolo Ridola.....	201
PETER HÄBERLE	
Semblanza de Paolo Ridola	205
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

TEXTOS CLÁSICOS

Función	213
FRANCO MODUGNO	

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión, Tribunales nacionales y salvaguardia del Estado de Derecho en la UE	241
BETTINA STEIBLE	

LEGISLACIÓN

Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2021	267
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN	

FORO

Freedom of expression and hate speech regulation in social media platforms: considerations on the example of the so-called “German Network Enforcement Act” (<i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i>)	281
INGO WOLFGANG SARLET	
GABRIELLE BEZERRA SALES	

NOTICIAS DE LIBROS

<i>Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional</i> , Joaquín Sarrión Esteve, Comares, ISBN 9788490451403, 2020, 88 páginas	317
ANTONIO PÉREZ MIRAS	
José Luis Moreno Pestaña. Los pocos y los mejores. Localización y crítica del fetichismo político, 136 páginas, Akal, 2021, ISBN: 978-84-460-5038-4.....	323
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Presentación



El proceso de vacunación sigue avanzando a buen ritmo en Europa y, pese al aumento del número de contagios provocado por las nuevas variantes del virus, la normalización se desarrolla progresivamente a medida que el número de personas inmunizadas sigue creciendo. Vamos viendo ya algo de luz después de más de un año de pandemia, a pesar de que la situación no está todavía controlada. Esperemos que las lecciones que hemos aprendido nos sirvan para el futuro y que, al menos en el ámbito de la Unión Europea, el reforzamiento de las competencias y la creación de la “Unión Sanitaria Europea” haga posible una mejor respuesta a las situaciones de esta naturaleza que puedan producirse.

El número 35 de la *ReDCE* se publica en este contexto y también en pleno desarrollo de la *conferencia sobre el futuro de Europa*. Una buena iniciativa, sin duda, aunque llevamos hablando del futuro ya tantos años que cada vez nos parece más inalcanzable. No el futuro como tal, al que el tiempo nos conducirá inevitablemente, sino el contenido de ese futuro, la Europa que pueda construirse frente a las condiciones cambiantes de la globalización. Para que la Unión Europea hubiera podido tener alguna oportunidad, ese futuro debería haberse concretado hace veinte años: una Europa constitucional y federal, plenamente integrada, sin perjuicio del respeto a las identidades nacionales de los Estados.

Gran parte de lo que nos ha ocurrido desde entonces le da la razón a José Saramago cuando decía que no es que él fuera pesimista, sino que la realidad es pésima. Esa pésima realidad no ha sido tanto el resultado de la acción europea como de la ausencia de acción europea. En esa lógica estamos todavía, en la “no Europa” en la pervivencia de un modelo de integración en el que los Estados (especialmente los Estados más fuertes) siguen teniendo la capacidad de decisión política y frenando –en función de sus intereses coyunturales– el desarrollo de

la acción europea. Está por ver que la *conferencia sobre el futuro de Europa*, por interesantes que sean sus resultados, que lo serán, pueda resolver el problema de una organización que se niega a crecer y que sigue pensando con las claves del ya muy lejano siglo XX.

Algunas señales positivas podemos encontrar para el desarrollo de la integración política no en la conferencia ni en la voluntad de las instituciones europeas de avanzar (el Parlamento, la Comisión) sino, sobre todo, en las condiciones actuales del contexto global. También vemos señales negativas que tienen que ver con la inercia de una mentalidad y una específica cultura institucional europea que no alcanza a superar el actual modelo de integración porque ni siquiera puede vislumbrar algo diferente al conjunto de mecanismos internacionales que vertebran a las instituciones europeas desde que nacieron, por más que hayan tenido que adaptarse en alguna medida a los cambios históricos que se han producido.

La primera señal positiva nos la ofrece el contexto geopolítico: Europa no puede reducir más su posición en el mundo si no quiere correr el riesgo de desaparecer. En ningún de los factores que tienen capacidad de incidencia global la Unión Europea como tal tiene la menor relevancia. Esto no tiene que ver con la voluntad de las instituciones europeas sino con condiciones que se han desarrollado externamente sin acción alguna por parte de la actual Unión Europea como tal y que ahora se vuelven contra nosotros. Son muchos los ámbitos en los que se podrían analizar estas carencias, desde el terreno energético al militar, pero me voy a centrar en el tecnológico, que es el que está definiendo las condiciones de la globalización en todos los terrenos, desde el político al económico pasando por el cultural y el social.

Algunos datos nos pueden ayudar a comprender la entidad de los problemas en ese ámbito. Para empezar, la ausencia total de Europa: de las ocho primeras compañías del mundo en valor bursátil, siete de ellas son tecnológicas (solamente una, Saudi Aramco, no lo es). De esas siete, cinco son americanas y dos son chinas (Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet/Google, Facebook, Alibaba y Tencent, por ese orden) ninguna europea. El valor de esas compañías se ha incrementado extraordinariamente con la crisis sanitaria: a finales de julio de 2020, Apple o Amazon tenían ya un valor bursátil (con 1,61 y 1,49 billones de dólares respectivamente) superior al del PIB de España (1,42 billones de dólares). Si les uníamos a ambas el valor bursátil de Google (Alphabet, 1,03 billones de dólares), entre las tres superaban ya el PIB de Alemania (3,96 billones de dólares). Solo un mes después, a finales de agosto de 2020, Apple se convertía en la primera compañía estadounidense en superar los dos

billones de dólares de capitalización bursátil (2,13 billones), superando por sí sola el PIB de Italia (2,10 billones).

No es solo que las grandes compañías tecnológicas tengan ya un peso superior al PIB de algunos de los principales Estados miembros de la UE o que sumadas varias de ellas lo tengan superior al de la principal economía de la UE, Alemania. Es que esas compañías están cambiando nuestro mundo sin que la Unión Europea esté jugando ningún papel activo al respecto. Baste mencionar la economía de datos: el 92% de los datos generados en el mundo occidental están custodiados por empresas norteamericanas frente a un 4% en Europa. Teniendo en cuenta la relevancia de los datos en la economía digital, la ausencia de Europa no prefigura un futuro muy alentador.

El problema, sin embargo, es de mayor envergadura si tenemos en cuenta las limitaciones y las contradicciones que los Estados miembros de la Unión Europea tienen en este ámbito y que seguramente van a contribuir a bloquear políticas europeas sustantivas. Pongamos el ejemplo de la presión sufrida hace tan sólo unos meses por parte de la Administración Trump en relación con el 5G y Huawei. Para algunos países europeos, esa presión podría hacer que se orientaran netamente hacia los intereses de Estados Unidos. Otros lo tienen más complicado. Por ejemplo, el grupo Volkswagen, primer fabricante mundial de automóviles, ha llegado a obtener el 50% de sus ingresos totales globales en China, donde alcanza un porcentaje del 14% del mercado. Las ventas en China representan un tercio de los beneficios globales de las grandes compañías automovilísticas alemanas y suponen una cuarta parte de los 28 millones de coches que se venden en China.

De todas estas ausencias, dependencias y contradicciones, puede derivarse un declive del proceso de integración y la definitiva conversión de los países europeos en nuevas colonias (configuradas a través de un poder económico y digital, no al modo de las antiguas colonias europeas en el mundo) de China y de las grandes compañías tecnológicas norteamericanas (que cada vez se parecen más a las antiguas compañías coloniales). Pero también puede derivarse una reacción de una Europa que está llegando al límite de sus *incapacidades* globales en favor de una mayor integración política que haga posible también una capacidad de respuesta global. De ahí que estos factores, absolutamente negativos, admitan también una interpretación positiva en cuanto pueden suponer un estímulo decisivo para el cambio en el modelo de integración en favor de una Europa federal.

La parte negativa, sin embargo, se percibe claramente en la ausencia de referentes constitucionales que hagan posible la consolidación de un derecho constitucional de la Unión Europea (que es solo una parte del derecho constitucional europeo,

como sabemos) que vertebró una ordenación federal, democrática y social de Europa. Cuando dejamos atrás el Tratado Constitucional hace unos años, teniendo en cuenta que su contenido se incorporó íntegramente al Tratado de Lisboa, no le dimos la importancia debida a la pérdida de los referentes simbólicos que suponía la opción por un Tratado de reforma. Entre los constitucionalistas hubo coincidencia en que lo importante eran los contenidos y que esos contenidos tenían una clara orientación constitucional, especialmente por la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, en los últimos diez años las cuestiones constitucionales han pasado del plano teórico al terreno de lo concreto y aquí es donde estamos viendo una ausencia clamorosa de cultura constitucional europea en las instituciones, a pesar de que la Unión Europea se siga basando, como no podía ser de otro modo, en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que han inspirado los principios y valores incorporados a los Tratados. El problema es que, aunque existe un Derecho constitucional de la Unión Europea, el término “constitución” ha quedado expulsado del ámbito europeo después del fracaso del Tratado Constitucional y ha permanecido desde entonces confinado en los Estados miembros. Sin embargo, esto no quiere decir que la Unión Europea sea una estructura de poder que no esté regida por valores y mecanismos constitucionales de control del poder.

Lo que ocurre es que esos valores, derechos y mecanismos, que proceden del patrimonio constitucional europeo y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, han sido víctimas de una narrativa que identifica a la constitución con el Estado y que niega la condición estatal a la Unión Europea, por lo que también niega la condición constitucional a las normas fundamentales de la UE. Esta narrativa forma parte de la “realidad alternativa” en la que se mueve el proceso de integración europea, con su idea de un *Sonderweg*, de un modelo propio de construcción de Europa que no quiere tener nada que ver con el derecho constitucional ni con una configuración estatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en la UE existe una estatalidad dividida porque no otra cosa significa la distribución entre los Estados miembros y la UE del poder antes desempeñado en exclusiva por los Estados. Del mismo modo que, como indica Peter Häberle, la realidad constitucional en Europa también está dividida entre el derecho constitucional de los Estados miembros y el derecho constitucional de la Unión Europea, que configuran la ordenación constitucional conjunta de cada país.

La “ocultación” de la constitución en la Unión Europea se manifiesta claramente en la transformación que experimentan los valores constitucionales cuando pasan al nivel europeo, definiéndose como valores “europeos” como si su natu-

raleza cambiase y ya no fueran constitucionales. Una transformación que incide inevitablemente en los mecanismos de protección de la democracia frente al populismo que gobierna en algunos Estados miembros de la Unión Europea. En ellos la idea de constitución está ausente, como si no tuviera nada que ver con la democracia o el Estado de derecho, como si se pudieran defender la democracia, los derechos fundamentales o el Estado de derecho sin tener en cuenta sus raíces constitucionales.

El hecho de que esa defensa de la constitución se dirija en gran medida a los Estados miembros (singularmente en lo que se refiere al Estado de Derecho) hace que ese enfoque resulte todavía menos eficaz. Apelar a valores que aparecen desvinculados de su fundamento constitucional para controlar las posibles desviaciones de los Estados respecto de sus propias constituciones o, en todo caso, del patrimonio constitucional europeo, debilita la acción de control. Falta un referente preciso que pueda oponer una legitimidad constitucional específica a un control que, evidentemente, es de constitucionalidad.

La consecuencia de esta desconexión de los valores de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales respecto de su raíz constitucional es que la Unión Europea no tiene nada que ofrecer a la ciudadanía europea desde el punto de vista constitucional, no puede aportar una identidad constitucional propia para defender la democracia y el Estado de Derecho. Lo que intenta aportar es una identidad europea desvinculada de esa identidad constitucional, que ahora se refugia en los Estados miembros, los únicos que parecen tener una realidad constitucional propia. De ese modo, en lugar de reforzar su legitimidad la debilita continuamente, porque potencia la confrontación entre la frágil identidad europea y las fuertes identidades constitucionales nacionales.

Lo mismo ocurre cuando la Unión Europea transforma valores “constitucionales” en valores “europeos”, dejando todo el terreno simbólico de lo constitucional a los Estados. Los procedimientos de defensa del Estado de derecho terminan generando un conflicto desigual en la medida en que los gobiernos populistas pueden utilizar la constitución estatal (incluso si no la respetan realmente) como una parte de su identidad nacional y legitimarse así frente a la Unión Europea. La situación es aún peor con el nuevo mecanismo de defensa del Estado de Derecho puesto en marcha en 2019, porque el control ya no se centra en las amenazas sistémicas generadas por las mayorías populistas de determinados países, sino que se extiende a todos los Estados miembros. Se genera así una “falsa equivalencia” al situar en el mismo plano problemas que son de naturaleza distinta y a democracias consolidadas junto con gobiernos antidemocráticos.

Al plantear como lesiones del Estado de derecho que deben ser controladas por la UE cuestiones que se pueden resolver y se han resuelto siempre dentro del orden constitucional y democrático interno, se genera una tensión absurda entre la Unión Europea y las constituciones de los Estados miembros. Una tensión que extiende el recelo frente a las instituciones europeas y dificulta la construcción de una identidad europea. Los Estados miembros plenamente democráticos y la Unión Europea pierden legitimidad mientras que los gobiernos iliberales se refuerzan: esa es la consecuencia de una inadecuada comprensión de las cuestiones constitucionales por parte de las instituciones europeas.

Para que la Unión Europea pueda salir de todos estos círculos viciosos que ha generado el modelo de integración es necesario avanzar en integración política, democratización y constitucionalización interna, así como en proyección internacional y transformación tecnológica. La vertiente interna y externa no pueden desvincularse: la mayor integración, necesaria para hacer frente a la globalización en el ámbito externo, requiere mayor democratización y constitucionalización, así como el reforzamiento de la identidad europea. El camino es difícil y el tiempo disponible es escaso. Ojalá que de la conferencia para el futuro de Europa salgan las claves que hagan posible una transformación sustancial de la Unión Europea que la sitúe en el siglo XXI.

La parte monográfica del número 35 de la *ReDCE* está dedicada a la crisis sanitaria. Encabeza esta sección, y el propio número 35, un texto de Peter Häberle y Markus Kotzur sobre “La pandemia del covid-19 analizada desde la perspectiva científico-cultural de una teoría constitucional europea y universal”. En él se señalan algunas de las paradojas a que la crisis sanitaria está conduciendo, desde una perspectiva constitucional. Pero, al mismo tiempo se da cuenta de lo que supone de oportunidad para generar una nueva narrativa europea que contribuya a aportar más legitimidad el proyecto de integración. Seguidamente publicamos un trabajo de Ugo Adamo, dedicado también a la pandemia: “Medidas de emergencia epidémica y métodos de adopción: cuestiones constitucionales e impactos en el ordenamiento italiano”. Se trata de un texto denso y sugerente en el que se abordan cuestiones muy relevantes al hilo del análisis de la situación italiana, sobre la que se concluye que se ha dado una respuesta proporcionada y adecuada a la emergencia sanitaria. Por último, cierra esta sección monográfica el trabajo de Eloísa Pérez Conchillo: “Revisión de la doctrina del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la pandemia”. Es un derecho que se ha visto especialmente afectado por las condiciones derivadas de la pandemia, pese a la relevancia que tiene precisamente en ese contexto. De ahí la importancia de este estudio jurisprudencial, que trascien-

de con mucho al caso concreto objeto de análisis y que, como señala su autora, refleja una tendencia positiva por parte del TEDH en el reforzamiento de este derecho.

La sección de artículos comienza con el texto de Ricardo Alonso García sobre “La puesta en práctica por la Corte Costituzionale de la protección multinivel de derechos en la UE” en el que destaca el modo en que la Corte Costituzionale ha conseguido articular una colaboración fructífera con el TJUE para “avanzar como es debido en el complejo entramado que representa la protección multinivel de derechos sobre la que descansa la Unión Europea y que, debido precisamente a su naturaleza multinivel, reclama una participación colectiva en su desenvolvimiento, con los más Altos Tribunales como principales protagonistas”. Una posición que contrasta inevitablemente con la tan justamente cuestionada por la doctrina europea STCFA de 5 de mayo de 2020. El siguiente artículo “Populismo y crisis de la representación” de Alberto Lucarelli, tiene su origen en el libro recientemente publicado por su autor *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, que ha tenido un gran impacto en Italia, con reseñas y comentarios de Silvio Gambino (Critica del Diritto), Claudio De Fiores (AIC), Michele Della Morte (Nomos), Alessandro Morelli (Consulta Online) o Gennaro Ferraiuolo (DPER online). Agradecemos a Alberto que haya tenido la gentileza de atender mi sugerencia de preparar este artículo para la *ReDCE*, que seguramente despertará también el interés del público por esa interesante obra en España y en otros países. Por último, la sección de artículos incorpora también el texto de Angelo Golia y Gunther Teubner sobre “El constitucionalismo social: una década de fragmentos constitucionales” cuyo alcance y significado no necesitan ser destacados. Tenemos que agradecer a Daniela Dobre no sólo la traducción del artículo sino también la gestión para su publicación en nuestra revista.

La Sección Perfiles incorpora dos textos dedicados a Paolo Ridola. En primer lugar, el que preparara Peter Häberle para la Giornata di studio in onore di Paolo Ridola que se celebró en Roma a finales de 2019 y que se ha publicado en su versión italiana en las Actas de la Jornada en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. En segundo lugar, una semblanza preparada por mí, que intenta reflejar el significado que ha tenido para quienes formamos el equipo de redacción de esta revista la figura de Paolo Ridola. Las palabras siempre parecen pobres en estas ocasiones pero, aun así, deben ser ofrecidas a las personas que como Paolo merecen nuestro respeto y admiración.

La Sección de textos clásicos incluye uno del gran jurista italiano Franco Modugno (v. referencia al autor en mi artículo sobre “La teoría de las fuentes del Estado Constitucional”, publicado en la *ReDCE*, n. 34) sobre el concepto de “Función”,

publicado inicialmente en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XVIII (Foro –. Giudizio), Giuffrè Editore, Varese, 1969.

La Sección de Jurisprudencia incorpora un estudio muy completo de Bettina Steible sobre “Tribunal de Justicia de la unión, tribunales nacionales y salvaguardia del estado de derecho en la UE” en el que resalta el papel que los tribunales nacionales y el TJUE están cumpliendo en la defensa del Estado de Derecho: “frente a la inacción o acción insuficiente por parte de las instituciones europeas y de los Estados miembros, la vía judicial se ha impuesto como el último recurso para salvaguardar los valores de la Unión, especialmente el Estado de Derecho”.

En la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer incorpora normativa de la Unión Europea sobre diferentes materias. Dentro de esa normativa tiene especial relevancia el Reglamento (UE) del Parlamento y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

En el Foro de este número publicamos por primera vez en la historia de la revista un texto en otro idioma. Se trata del artículo de Ingo Wolfgang Sarlet y Gabrielle Bezerra Sales sobre “Freedom of expression and hate speech regulation in social media platforms: considerations on the example of the so-called “German Network Enforcement Act” (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)”, una temática de especial interés en la actualidad.

En las noticias de libros incorporamos la que ha preparado Antonio Pérez Miras sobre el libro *Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional*, de Joaquín Sarrión Esteve (Editorial Comares, Granada, 2020). Como dice Antonio Pérez Miras, “el Profesor Sarrión aborda con claridad la doctrina de los límites constitucionales a la integración europea desde un paradigma pluralista y multinivel, que le permite comprender las relaciones entre los ordenamientos nacionales y europeo y observar la dinámica que surge entre el Tribunal de Justicia y los Altos Tribunales nacionales con jurisdicción constitucional, que se explicita en el denominado diálogo entre Tribunales. Todo ello siempre con una honda preocupación por la tutela de los derechos fundamentales y sus estándares de protección”. Estamos ante una temática fundamental y decisiva para el futuro de Europa en la que resulta necesario potenciar los elementos de integración, como hace Joaquín Sarrión, en la línea que hemos visto en este número de la revista en el artículo de Ricardo Alonso por referencia a la Corte Costituzionale italiana.

Como se podrá ir viendo en los próximos meses, la *Revista de Derecho Constitucional Europeo* está iniciando una transformación importante en su estructura con el propósito, compartido por su equipo de redacción, de convertirla en un instrumento más dinámico de comunicación y reflexión sobre las temáticas constitucionales y eu-

ropeas de nuestro tiempo. Sin alterar su estructura actual, se añaden un Consejo de Redacción y nuevas secciones temáticas dirigidas por especialistas, que articularan el debate más allá de los dos números anuales que se publiquen. Anticipación de artículos y publicaciones monográficas serán también parte del nuevo diseño de la revista. En el apartado de agradecimientos debemos mencionar, en primer lugar, a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle. En el ámbito nacional hay que referirse al Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución”. En el ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, al Proyecto Jean Monnet “The constitutional bases of Europe: building a *common European constitutional culture*” y a la Cátedra Jean Monnet “Integration of asylum-seekers and refugees in the European Unión”.

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



Estudios



**LA PANDEMIA DEL COVID-19 ANALIZADA
DESDE LA PERSPECTIVA CIENTÍFICO-
CULTURAL DE UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL
EUROPEA Y UNIVERSAL^{1*}**

**The Covid-19 pandemic analyzed from the
scientific-cultural perspective of a european
and universal constitutional theory**

PETER HÄBERLE

Catedrático emérito de la Universidad de Bayreuth (Alemania)

MARKUS KOTZUR

Catedrático de la Universidad de Hamburgo (Alemania)

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Una tesis de partida.
- III. Tesis particulares.
- IV. Una conclusión final.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19, desde febrero/marzo de 2020, ha desafiado los fundamentos de las sociedades políticas en todo el mundo². Un reto que ha

* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte.

1 Publicado en NJW 3/2021.

2 Entre las primeras tomas de posición en marzo de 2020: MÖLLERS, “Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus” (www.verfassungsblog, visitado 26.3.2020); MÖLLERS/MEINEL, “Eine Pandemie ist kein Krieg”, FAZ, 20.3.2020; KLAFKI, “Neue Rechtsgrundlagen im Kampf gegen Covid- 19” (www.verfassungsblog.de. Visitado el 19.3.2020). Desde una perspectiva internacional, A. VON BOGDANDY/P. A VILLARREAL, “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”, *Max Planck Institute Research Paper Series*, núm. 2020-7. La sombra de la llamada gripe española, que

alcanzado a reflexionar sobre las condiciones necesarias para la construcción de una comunidad política y el sistema en el que tales reflexiones se llevan a cabo. Esto es así, en especial, respecto a dos elementos de la organización constitucional, que se condicionan y limitan recíprocamente: la seguridad y la libertad. El Estado constitucional, incluso si vive en la preeminencia de la libertad³, no conlleva una ponderación definitiva. La garantía de seguridad es simplemente una concreción de la garantía de libertad, pues la realización de la libertad necesita una base de seguridad (libertad en la seguridad) y, al revés, la seguridad sin libertad desembocaría en estructuras autoritarias, que debilitarían la libertad (no hay seguridad, al menos en sentido constitucional, sin libertad). El balance extremadamente complejo entre libertad y seguridad puede estimular la polarización y las respuestas simplistas. Ninguna de las dos opciones es aceptable, ni en el discurso político ni en la reflexión científica, como prueba una vez más el actual debate sobre la pandemia. En el foro de una teoría constitucional⁴ científico-cultural, conjugada en modo europeo⁵ y vinculada a la dignidad humana, esto es, universal⁶, se deben establecer los fundamentos teóricos que permitan una ponderación pensada más allá del Estado. Este “modelo de búsqueda”⁷, propio de una teoría constitucional como la descrita, evita la polarización aguda y pretende un acercamiento al problema a través de preguntas que tengan en cuenta la dimensión cultural de toda libertad.

Las siguientes tesis no pretenden dar una respuesta vinculante ni tampoco tienen la pretensión de ofrecer una perspectiva completa del problema. En realidad,

costó cerca de 50 millones de vidas tras el final de la segunda guerra mundial en MORENS/TAUBENBERGER, “The Mother of All Pandemics is 100 Years Old (and Going Strong)!” , *American Journal of Public Health*, 2018, 1452; HUFEN, “Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID- 19-Pandemie”. Informe jurídico emitido para la Asociación federal de organizaciones de mayores, noviembre 2020.

3 Respecto a esa primacía o preponderancia, véase G. DÜRIG en su comentario original sobre el principio de igualdad (MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 3 Rn. 135 [1973]).

4 HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998.

5 HÄBERLE/KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8.ª ed. 2016.

6 HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*, 2013; también, *Die “Kultur des Friedens” – Thema der universalen Verfassungslehre*, 2017.

7 La metáfora se la debemos a VOLKMANN VVDSrL 67 (2008), 57 (pp. 88 y ss.) y fue asumida por A. V. ARNAULD VVDSrL 74 (2015), 39 (40).

son acercamientos para proporcionar impulsos críticos al actual debate, que debe ir más allá de una pandemia tan grave⁸.

II. UNA TESIS DE PARTIDA

El “*status culturalis*”⁹ encierra los estatus descritos por la teoría de Jellinek¹⁰, todas las dimensiones de los derechos fundamentales y su reforzamiento con una concepción global el “*status mundialis hominis*”¹¹. El Estado constitucional y la sociedad plural que lo funda parten del ser humano en su circunstancia cultural (*status culturalis vel civilis*) y no de su estado de naturaleza (*status naturalis*). Desde esta premisa, toda libertad es una libertad cultural. El uso de la libertad nada tiene que ver con el origen anárquico que se asocia a la metáfora del estado de naturaleza; la libertad siempre está condicionada y embebida culturalmente, es una realización cultural. La comunidad política, por tanto, debe procurar que la libertad se extienda y generalice sin que se pierdan las condiciones y vínculos de dicha libertad¹². No se pueden garantizar resultados buenos o adecuados, pero sí establecer el marco cultural necesario para un uso óptimo de la libertad con responsabilidad.

Esta variante cultural de la libertad debe ser enriquecida con la dimensión de la responsabilidad¹³, siendo directriz para toda actuación pública en tiempos de pandemia. La respuesta correcta, aunque no la única, solo puede proceder de los actores políticos, que han de decidir con una gran incertidumbre y presión de tiempo, pese al asesoramiento científico que reciben¹⁴. En estas circunstancias no se ha de esperar una ponderación perfecta entre libertad y seguridad. Se ha de esperar, en cambio,

8 Ya tenemos las primeras monografías, por ejemplo, BROSDA, *Ausnahmel/Zustand. Notwendige Debatten nach Corona*, 2020; KERSTEN/RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020; H. SCHMIDT, *Covid-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2.ª ed. 2020; SLAVOJ, *Pandemic! Covid19 Shakes the World*, 2020. Los artículos y los capítulos de libro hoy son ya casi inabarcables. Este número de publicaciones ejemplifica la conmoción que la pandemia ha provocado sobre la ciencia.

9 HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, p. 85; HÄBERLE/KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, p. 1406.

10 BRUGGER, *AöR* 136 (2011), 1.

11 HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, p. 724.

12 Incluido el “status activus processualis”, HÄBERLE VVDStRL 30(1972), 43, pp. 86 y ss.

13 SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984; SCHUBERT, *Das “Prinzip Verantwortung” als verfassungsstaatliches Rechtsprinzip*, 1998; también, DEPENHEUER, VVDStRL 55 (1996), 90.

14 Así, la Academia Nacional de las Ciencias “Leopoldina” (con sede en Halle) recomendó un confinamiento duro tras las navidades de 2020, para frenar las infecciones y las muertes, SZ. 9.12.2020, 1.

que se tenga en cuenta la relevancia sistémica de toda la comunidad y se dé importancia a la dimensión cultural en el proceso de decisión. La amenaza a la pura existencia que conlleva el COVID parece arrojar al ser humano al “*status naturalis*” –una forma de “*bellum virorum contra omnes*”–, parafraseando en términos pandémicos el famoso giro de Thomas Hobbes¹⁵. La actuación política no puede ofrecer una imagen de ese tipo.

III. TESIS PARTICULARES

1. La tarea estatal de procurar una existencia cultural

Pensar con categorías propias de la libertad cultural tiene en primer lugar consecuencias para la acción y la vida cultural entendida en sentido estricto. Por ejemplo, en tiempos de pandemia permanece la tarea estatal de salvaguardar la existencia cultural¹⁶. El cierre de museos, galerías, teatros, cines, etc. ha de ser la última ratio¹⁷, sobre todo cuando se adoptan medidas higiénicas y se mantiene la distancia, pues el riesgo de contagio es menor que, por ejemplo, cuando se hace la compra¹⁸. Asimismo,

15 Justo al comienzo de la pandemia, el presidente francés Macron le declaró la guerra al virus (www.faz.net/aktuell/politik/corona-krise-infrankreich- visitado 22.12.2020]). Una retórica similar fue utilizada por el Premier británico, cuando comparó la lucha contra el coronavirus con las guerras napoleónicas: “En esta ocasión sabemos en nuestro corazón que debemos ganar y que vamos a ganar. Las armas de la ciencia vienen en nuestra ayuda y con ella cogeremos la misma moral que dieron las trompetas y conmocionaron a los prusos en el ataque de Wellington a Waterloo” (en el *die Mail on Sunday*, citado por el SZ 12.12.2020, p. 55).

16 Véase HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, p. 10.

17 BROSDA, “Hier geht mehr verloren als eine Art der Freizeitgestaltung” en *Zeit online*, 2.11.2020 (www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krisebeschluesse-: “Debemos construir los fundamentos, para que nuestros líderes, en el futuro, piensen dos veces sobre los límites al arte y la cultura. Esto no significa que tales límites no se den en una situación de excepción como la actual pandemia, ni que tales límites sean inadecuados. Significa que debemos confiar en que el Ejecutivo sabe lo que hace. Que al menos no dañe políticamente las condiciones culturales de nuestra sociedad. Debemos reflexionar colectivamente sobre el valor que un espacio público tiene para nuestra vida en común. Solo así podemos lograr que las limitaciones actuales a la cultura sean una excepción y no acaben siendo definitivas”.

18 De nuevo BROSDA (www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krisebeschluesse-), que establece una comparación entre cultura y culto: “en las sociedades seculares los ciudadanos y ciudadanas ya no buscan sentido y confianza solo en las Iglesias, Mezquitas o Sinagogas, sino que a menudo recurren a espacios culturales, que en noviembre han vuelto a ser cerrados. Mucha gente encuentra el sentido en los estrenos teatrales del sábado o en los del cine el jueves, y tienen aquí la ocasión para discutir sobre lo bueno y lo malo de nuestra sociedad, como aquellos que el domingo acuden al servicio religioso”.

mo, los artistas deben recibir ayuda financiera, dado que, en los tiempos del confinamiento parcial, sin ingresos se quebraron sus fundamentos vitales. El Estado no es, sin embargo, el único responsable. Las cargas financieras desorbitadas reclaman una división de trabajo entre el Estado y la sociedad; por ejemplo, con arrendadores responsables frente a las instituciones culturales o con formas innovadoras de cooperación entre actores estatales y no estatales (*Private Public Partnerships*¹⁹).

2. Política sensible en tiempos de crisis

La libertad en responsabilidad exige, precisamente en tiempos de crisis, una política responsable. Los actores políticos deben comunicar sus planes y aclarar sus decisiones. Solo así surgirá la base de confianza que da vida a las comunidades políticas libres. Solo así son aceptadas las medidas que establecen limitaciones significativas a los ciudadanos y ciudadanas. Solo así se evita la ineficacia de las apelaciones a la propia responsabilidad de la sociedad civil.

En el marco de un *responsive government*, los que toman las decisiones y los que se someten a ella están en una relación de *conversación y respuesta*; a los primeros se les exige que den respuesta a los segundos, siendo así responsables²⁰. La necesidad de una comunicación política clara afecta de igual manera al Ejecutivo y al Legislativo. Y la responsabilidad de explicarse crece en la medida en que aumentan las reglas, el conocimiento en el que se apoyan las decisiones es más incierto, las exigencias de valoración y ponderación del riesgo, más complejas y los derechos fundamentales son afectados de forma más intensa. En este contexto, los medios de comunicación son intermediarios ligados a esta responsabilidad explicativa, pero también la ciencia debe realizar su contribución a las explicaciones. Circunstancias mostradas con claridad por la crisis pandémica.

3. También en crisis existenciales, el Estado constitucional regula la necesidad

a) El Estado debe luchar contra aquello que “todo el mundo acepta” (el significado del griego clásico πανδημιος), contra la búsqueda de “una instancia fuerte y

19 Véase también SCHRALLHAMMER, *Public Private Partnership im Bereich Kunst und Kultur vor dem Hintergrund der historisch-traditionellen Begründung öffentlicher Kunst- und Kulturförderung in Deutschland*, 2006.

20 Con una mirada específica al proceso parlamentario de toma de decisiones MÜLLER-TERPITZ en BK-GG, Art. 42 (2.^a ed. 2013) par. 30.

protectora” y de “un orden social extremadamente regulado”²¹. La “libertad frente al miedo” ya fue mencionada como dato distintivo del Estado constitucional por el Presidente de los Estados Unidos F.D. Roosevelt en su discurso al Congreso el 7 de enero de 1941²², refiriéndose también a la precaria relación entre libertad y seguridad. “La seguridad en la inseguridad”, que libera del miedo, sin que ninguno deba temer por su libertad, requiere la cuadratura del círculo. Desde la fundación de la República federal, nunca se habían limitado de manera tan intensa la vida pública y privada (incluyendo el confinamiento domiciliario) de los ciudadanos y ciudadanas²³. Imagen que se ha repetido en los Estados de la Unión y en muchos otros Estados del mundo²⁴.

b) Debe recordarse la legislación de excepción húngara revisada hace poco, que lleva el Estado de Derecho a sus límites²⁵. En Polonia, de manera preocupante, crecen las tendencias autocráticas ya existentes antes de la crisis²⁶. El Estado constitucional, en virtud de sus garantías materiales, procedimientos e instituciones, debe acreditar, y este sería el núcleo de la tercera tesis, que la necesidad también tiene respuesta²⁷. Por otro lado, el Estado constitucional ha de tomarse en serio la obligación de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas, especialmente aquellos que están en una situación de mayor riesgo, manteniendo en cualquier caso un sistema de salud eficaz. Sin duda, la “libertad frente al miedo” no se encuentra en su mejor forma, allí donde se extienden los mitos conspiratorios, donde los negacionistas reclaman para sí la posesión de la verdad, surgen los llamados inconformistas, entre los que se incluyen algunos parlamentarios. Un equilibrio entre la libertad y la seguridad, asumible para el conjunto de la sociedad y tolerable para la comunidad política

21 PRANTL, “Staat, hilf!”, SZ 28./29.3.2020, 5.

22 Citado a través de KÜHNHARDT, *Die Universalität der Menschenrechte*, 1987, pp. 112 y ss.

23 En un tono provocador LEPSIUS, “Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie” (www.verfassungsblog.de, 6.4.2020); del mismo autor, “Recht und Politik” 56 (2020), p. 258; también EDENHARTER, “Freiheitsrechte ade?” (www.verfassungsblog.de, 19.3.2020) o “Kingreen, Whatever it Takes?” (www.verfassungsblog.de, 20.3.2020).

24 MÜLLER-JUNG, “Eine unvergleichbare Pandemie”, FAZ online, 14.3.2020; FERGUSON y otros, *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*, 2020.

25 SZ, 2.4.2020, 4.

26 SZ, 2.4.2020, 4.

27 Apoyándonos en KOHLER, *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechts und die Ereignisse unserer Zeit*, 1915.

en cuanto que comunidad de derechos fundamentales, solo puede lograrse bajo el precio de la confusión²⁸.

c) ¿A qué nos referimos? De un lado la dimensión del riesgo y de otro la inseguridad sobre la adecuación y la necesidad de las medidas, hacen difícilmente comprensible la medida clásica del principio de proporcionalidad. En la decisión ponderativa aparecen complejas preguntas preliminares y sobre los efectos. Veamos algunos ejemplos:

– ¿Hasta dónde alcanzan las obligaciones estatales del artículo 2 II de la Ley Fundamental? ¿En qué medida nos obligan a reflexionar sobre los efectos a largo plazo que conlleva un parón duradero de la actividad económica, que lastima de forma persistente el sistema de salud, hasta el punto de que en el futuro, bajo determinadas circunstancias, tengamos más víctimas que en la pandemia actual?

– ¿Lleva el confinamiento a una mayor violencia contra la mujer? ¿En qué medida incide en las posibilidades educativas de los niños, que durante largo tiempo han sido educados en casa?

– ¿Qué debe priorizar el Estado: las actividades privadas, la oferta cultural, los servicios religiosos?²⁹

– ¿Suponen graves interferencias a la autodeterminación informativa, las aplicaciones de los móviles que permiten conocer si el usuario ha estado cerca de un infectado (incluso si solo se tiene conocimiento de los movimientos del titular del móvil)?

– ¿Chocarían ciertas obligaciones forzosas del personal médico con la prohibición del trabajo forzoso (art. 12.II Ley Fundamental)?

– Y desde la perspectiva de los derechos fundamentales surge una de las preguntas más espinosas: ¿supondría una preferencia a favor de los pacientes más jóvenes con mejores expectativas de vida en el tratamiento de urgencia (triaje) una ponderación prohibida, en tanto que enfrenta “la vida contra la vida”?

4. La identidad del Estado constitucional

El Estado constitucional también debe asumir su identidad en una crisis existencial. Esta cuestión abre nuestra perspectiva y no es de menor importancia que la

28 MARAUHN, “Sicher und frei. Die Grundrechte dienen dem Staat und der Gesellschaft in der Pandemie als Kompass. Sie unterscheiden den demokratischen Rechtsstaat vom autoritären System” (SZ, 12.12.2020, 5).

29 Con un alegato incisivo BROSDA, “Hier geht mehr verloren als eine Art der Freizeitgestaltung”, Zeit online, 11.2020 (www.zeit.de/kultur/2020-11/kultur-corona-krise-beschluesse-lock-down-kunst-pandemie-beschaerung).

cuestión sobre la conformidad constitucional de las medidas concretas (sobre todo si están limitadas en el tiempo). En situaciones de excepción extrema³⁰, crece el anhelo de un Estado autoritario y experimenta un renacimiento ese modelo superado de un Estado paternalista³¹. Allí donde la ley parlamentaria cede frente al decreto, definitivamente se han superado las barreras de la democracia y el Estado de Derecho. Cuando las medidas restrictivas no están ligadas a espacios temporales limitados, no se garantiza el principio de proporcionalidad. En cualquier caso, todavía no podemos configurar de manera completa los discursos constitucionales, sociales y políticos que ha desatado la pandemia (como catástrofe biológica) y los cambios mundiales que tales discursos producirán³².

5. Ausencia de norma para la situación constitucional de la Unión

La situación de inseguridad esbozada afecta en la misma medida, sino en modo superior, a la Unión Europea³³. La crisis de la pandemia ha situado a la Unión frente a uno de los mayores retos de su historia, y eso que en su génesis no faltaron crisis³⁴. Ciertamente, las situaciones de crisis excepcionales funcionan como un catalizador de las fuerzas integradoras y las desintegradoras. Interrumpen los elementos cotidianos de la construcción política de la unidad (son crisis disruptivas) y pueden acelerar

30 En este contexto confróntese KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020; VOLKMANN, "Der Ausnahmezustand" (www.verfassungs-blog.de v. 20.3.2020).

31 BULL/CUNITZ/DRESSEL/OETTINGER/SCHUSTER/ZEH, *Was soll, was kann Demokratie? Erwartungen – Enttäuschungen – Hoffnungen*, 2018; KRÖNKE, *Governmental Paternalism*, 2018; BARNETT, *Paternalism Beyond Borders*, 2017; KOLBE, *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung. Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns*, 2017.

32 La ciencia jurídica ya se ha dedicado a este tema: SPIEGEL, *Die Allokation von Rettungsmitteln. Eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit*, 2019; GRÜNER, *Biologische Katastrophen. Eine Herausforderung für den Rechtsstaat*, 2017; KLAFKI, *Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien*, 2017; BREAU/SAMUEL, *Research Handbook on Disasters and International Law*, 2016; PÜNDER/KLAFKI, *Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung*, 2015; KLÖPFER, *HdB des Katastrophenrechts*, 2015; STEINAU-STEINRÜCK, *Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten. Rechtliche Rahmenbedingung, grundgesetzliche Schutzpflichten und Eingriffsgrenzen*, 2013; WITTE, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall. Bevorratung, Verteilung und Kosten knapper Arzneimittel im Falle eines Seuchenausbruchs*, 2013.

33 El vínculo entre crisis, situación constitucional de la Unión y la calidad constitucional del Derecho primario, en *Kadelbach/Günther, Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung*, 2014.

34 HÄBERLE, *AVR* 53 (2015), p. 409.

procesos de desarrollo (crisis transformativas). Se produce una nueva simultaneidad en la “que las fuerzas de integración y desintegración ya no se excluyen, sino que se realizan en paralelo”³⁵, choque de fuerzas que se hace especialmente nítido en la crisis del COVID.

Los ciudadanos y ciudadanas de la Unión esperan de “su” Unión decisión y medidas vinculantes para los Estados, sin embargo, pasan por alto que, en el ámbito de la salud, la Unión dispone de competencias limitadas y no estaría preparada para nuevas transferencias de competencias bajo la actual presión del ambiente euroescéptico. Los ciudadanos y ciudadanas de la Unión esperan de “su” Unión algo más que mera ayuda financiera, e incluso tienen la preocupación de que los Estados miembros pierdan parte de su autonomía financiera. Esas expectativas contradictorias hacen al mismo tiempo imposible y necesario (si se permite la paradoja), la idea de E. Renan de un plebiscito cotidiano³⁶.

6. Posibilidad para una nueva narrativa de la Unión Europea

Pese al escepticismo, la crisis del coronavirus ofrece la posibilidad de contribuir a escribir un capítulo fundamental en la explicación simbólica de la Unión. Si el constitucionalismo europeo quiere ganarse a los ciudadanos y ciudadanas de la Unión³⁷ y superar así un déficit central de legitimación, necesita (además de reformas jurídicas), introducir en la arquitectura constitucional una explicación simbólica creíble sobre nuestra unidad. Debe convencer de manera racional y conectar emocionalmente³⁸. Como en toda narrativa, no se trata de una descripción de la realidad, sino de una construcción ideal que, pensando en el origen, da sentido al destino y otorga legitimidad. Dar sentido y legitimidad son funciones centrales de toda narrativa. En tanto que narración, se vuelca en

35 GRIMMEL, *Die neue Europäische Union. Zwischen Integration und Desintegration*, 2020, 27 (p. 28).

36 RENAN, *Was ist eine Nation?, Rede am 11.3.1882 in der Sorbonne, übersetzt von Henning Ritter, mit einem Essay von Euchner*, 1996 (EVA-Reden, 20), 7, pp. 34 y ss.: “El ser de una nación es – permítanme la imagen- un plebiscito del día a día, así como el ser del individuo resulta de la valoración de toda su vida”.

37 SHUIBHNE, *CMLR* 52 (2015), p. 889; SCHRÖDER/OBWEXER, “20 Jahre Unionsbürgerschaft: Konzept, Inhalt und Weiterentwicklung des grundlegenden Status der Unionsbürger”, *Europarecht*, Beiheft 1/2015, 2015.

38 En este contexto cabe la remisión a GUIBERNAU, *Nations and Nationalism* 17 (2011), p. 302.

su público y abre una conexión comunicativa entre los ciudadanos y ciudadanas de la Unión. No se trata de crear un mito fundacional³⁹, sino de convencer a los ciudadanos y ganarlos para el proyecto de integración: competir por la pertenencia e invitar a la pertenencia. La lucha conjunta y solidaria frente a una amenaza existencial, que es sufrida de modo compartido y se supera en cooperación, es material narrativo muy apropiado (una revista médica afirmaba de modo llamativo: “la Unión asegura las vacunas de BioNTech. Ha evitado un obstáculo decisivo respecto a las primeras vacunas. Se ha cerrado un acuerdo con Pfizer y BioNTech”⁴⁰). Y la situación del Gobierno del Reino Unido es similar, en la búsqueda de una contranarrativa adecuada para el Brexit⁴¹.

7. Una perspectiva humana para el Derecho internacional

El Derecho internacional encuentra en la pandemia una nueva razón para reflexionar sobre una concepción vinculada al ser humano. Esta perspectiva ya se encuentra en el escrito filosófico de Immanuel Kant “Sobre la paz eterna”, un texto clásico y revolucionario. Hoy ya no basta con conceptualizar el Derecho internacional como Derecho de los Estados o de los pueblos, como simple “Derecho entre soberanos”⁴². El Derecho internacional es “Derecho de los seres humanos, que pretende proteger a todos los seres humanos y que tiene en los derechos humanos su última razón de ser”⁴³. Frente “a toda diferencia” se ha de subrayar “la unidad del género humano” y potenciar la famosa fórmula por la cual el “Estado lo es en voluntad de los ciudadanos” y no el “los ciudadanos

39 BOSTANCI, *Perspectives on European Politics and Society* 14 (2013), 172; BOTTICCI, *A Philosophy of Political Myth*, 2007; KHAN, *Putting Liberalism at its Place*, 2004; HALTERN, *Europarecht und das Politische*, 2005.

40 www.aerztezeitung.de/Politik/EU-sichert-sich-Biontech-Coronaimpfstoff-414508.html.

41 Así se decía en el SZ del 3.12.2020: “El Ministro de Salud Matt Hancock le dijo al entrevistador de Times, que la autoridad británica de control MHRA vuelve a ser una autoridad de categoría mundial y en virtud del Brexit ya no tiene que ir a la velocidad europea, que es más lenta. No obstante, se siguen los mismos procesos que en la Unión”. Véase también: “por el Brexit estamos en la situación de hacer un proceso más rápido” (www.sueddeutsche.de/politik/grossbritannien-impfstoff-brexiteu-corona-1.5135575).

42 HÄBERLE, *FS M. Kriele*, 1997, p. 1277.

43 HÄBERLE, „Nationales Verfassungsrecht, regionale „Staatenverbände“ und das Völkerrecht als universales Menschenheitsrecht: Konvergenzen und Divergenzen” en el libro del mismo autor, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften* (editado por Kotzur/Michael), 2009, 23, p. 232.

como voluntad del Estado”. El Derecho internacional está para la humanidad⁴⁴. El ser humano es la primera y la última razón de todo Derecho y de todo ordenamiento, incluido el internacional⁴⁵.

8. Rechazo al nacionalismo de las vacunas; apuesta por una prestación universal

La atención sanitaria, en tanto que parte de la dimensión cultural humana, pone en el horizonte el “*status mundialis hominis*”, del cual resulta el derecho de todos a acceder a la vacuna. La OMS y las Naciones Unidas tienen una responsabilidad coordinada (por eso la salida de Estados Unidos de la OMS bajo la Administración Trump fue un trágico error). Después de una larga discusión sobre las posibilidades de coordinación, la Asamblea General del 3 de diciembre de 2020 dio lugar a una cumbre especial sobre el coronavirus⁴⁶. Muy llamativa fue la reivindicación del Secretario General Guterres, para quien las vacunas deben ser “un bien público global”⁴⁷. La idea de este bien público global desempeña en el Derecho internacional del medioambiente un papel prominente⁴⁸ y es una figura de Derecho internacional que como pocas le da una dimensión humana a este ámbito jurídico. La idea fundamental, de que existe una posesión de la humanidad sobre la tierra parte de la filosofía política del XVII y XVIII (cítense pensadores como Grotius, Hobbes, Pufendorf, Selden, Filmer o Locke)⁴⁹ y hoy se aplicaría a cuestiones como los océanos, la Antártida e incluso internet. La supervivencia de la humanidad radica en la igual participación en estos bienes. Por ello, merece un consenso general la comprensión de las vacunas contra la pandemia como un “bien global”. No debe darse un “nacionalismo de vacunas”, reflexión que también ha expresado el Presidente Federal Steinmeier.

44 HÄBERLE en su libro, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften*, 231, p. 232.

45 IDS ALLOTT, *European Journal of International Law* 3 (1992), 219; ya antes, con un título tanto programático como enfático, *Eunomia – New Order for a New World*, 1990.

46 En junio de 2020, el Consejo de seguridad ya había emitido una resolución sobre el coronavirus.

47 www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-nachwirkungen-corona-krise-guterres-100.html.

48 DURNER, *Common Goods – Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht*, 2001.

49 La indicación la tomamos de RISSE, *On Global Justice*, 2012.

IV. UNA CONCLUSIÓN FINAL

La tesis final parte de un cambio de perspectiva, que abandona la mirada estatal, de la Unión y mundial, para centrarse en la responsabilidad entre los seres humanos. En este punto debemos recordar el artículo 1.I de la Ley Fundamental y su imagen del ser humano⁵⁰.

“La imagen del ser humano recogida en la Ley Fundamental no es la de un individuo aislado y soberano; en verdad, la Ley Fundamental se ha decidido por la tensión individuo/sociedad en el sentido de una vinculación social, sin alterar el propio valor del ser humano. Esto se corresponde con una lectura general de los artículos 1, 2, 12, 14, 15, 19 y 20 de la Ley Fundamental”⁵¹.

El artículo 1.I reconoce el valor de la persona y su intangibilidad. Esto vale para la relación entre el Estado y el individuo, pero también tiene una dimensión social: “el reconocimiento recíproco del otro”, que el artículo 1.I de la Ley Fundamental ha concebido de manera universal y alcanza a la sociedad civil, siendo fundamento de toda comunidad humana⁵². La construcción de una comunidad política solo puede funcionar, allí donde los miembros de la comunidad se reconocen mutuamente⁵³. Cuando la dignidad humana ya no es fundamento de la comunidad, se pone en riesgo la democracia liberal sea a través de la dominación colectiva o de la exclusión social⁵⁴. Diversos autores ven la humanidad amenazada en primer lugar allí donde se pone en cuestión la solidaridad entre las personas⁵⁵. Una manifestación

50 HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4.^a ed., 2008, p. 47; BECKER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes* in *der Rechtsprechung des BVerfG*, 1996; HERDEGEN en MAUNZ/DÜRIG, *Art. 1 I Rn.* 28 (2009); en el mismo sentido BOGNER/MÜGGE, *Natur des Menschen. Brauchen die Menschenrechte ein Menschenbild?*, 2016.

51 BVerfGE 4, 7 (15 f.) = NJW 1954, 1235; BVerfGE 30, 1 (20) = NJW 1971, 275; BVerfGE 115, 118 (158 f.); ROBBERS en BK-GG, Art. 20 par. 53 (146 EL 2010).

52 Recuérdese el “status corporativus” de los derechos fundamentales, HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG*, 3.^a ed. 1983, p. 376 y ss.; MCCRUDDEN, *Understanding Human Dignity*, 2014, p. 6 y ss.

53 Respecto a los fundamentos, HONNETH, *Anerkennung. Eine europäische Ideengeschichte*, 2018.

54 Sobre la complejidad del tema, FUKUYAMA, *Identität. Wie der Verlust der Würde unsere Demokratie gefährdet*, 2019; véase también BEHRENDT, *Die Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit*, 1966. Se exige un mínimo de solidaridad, BVerfGE 4, 7 (15) = NJW 1954, 1235).

55 Tempránamente MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, 19; HÖRNLE, *ARSP* 89 (2003), 318 (p. 323 y ss.); hoy SCHLOEN, *Grundeinkommen und Menschenwürde. Ein Weckruf für mehr Selbstbestimmung, Solidarität und Plutokratieabwehr*, 2019, p. 16.

de esa solidaridad ha sido la atención prestada a las personas más amenazadas por el COVID. Todavía no sabemos si después de la pandemia tendremos “una nueva medida del mundo”⁵⁶ del Estado constitucional, pero siempre habremos de recordar ese “nosotros responsable” sin el que no puede vivir el Estado constitucional. Este “nosotros responsable” en una última instancia nos remite al ideal de un “contrato social mundial” bajo garantía de Naciones Unidas, siendo una columna esencial de una teoría constitucional universal. En concreto, las vacunas son un derecho de prestación universal, aunque siempre bajo “la reserva de lo posible”.

Resumen

En el último año, la pandemia del coronavirus y sus consecuencias ha ocupado el centro de la discusión jurídica, y lo ha hecho desde todas las perspectivas, civil, penal, laboral, social y de Derecho público. En este trabajo, los autores se acercan al tema desde la perspectiva científico-cultural de la teoría constitucional e intentan desde este nivel superior encontrar los principios que den soluciones a los problemas que han surgido en torno a los derechos fundamentales, el Estado de Derecho o la democracia. Igualmente se señalan los problemas relativos al Derecho internacional y al Derecho de la Unión.

Palabras clave

Coronavirus, teoría constitucional, cultura.

Abstract

In the last year, the coronavirus and its consequences have occupied the center of legal discussion, and it has done so from all perspectives, civil, criminal, labor, social and public law. In this work, the authors approach the subject from the scientific-cultural perspective of constitutional theory and try from this higher level to find principles that provide solutions to the problems that have arisen around fundamental rights, the rule of law or the democracy. Likewise, problems related to international law and Union law are pointed out.

Keywords

Coronavirus, constitutional theory, culture.

Recibido: 4 abril de 2021
Aceptado: 22 de abril de 2021

⁵⁶ Usando el juego de palabras utilizado en 2005 en la novela de KEHLMANN “La medida del mundo”.



MEDIDAS DE EMERGENCIA EPIDÉMICA Y MÉTODOS DE ADOPCIÓN: CUESTIONES CONSTITUCIONALES E IMPACTOS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO*

Epidemic emergency measures and methods of adoption: constitutional issues and impacts on the italian legal system

UGO ADAMO

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

SUMARIO:

- I. Legislación de emergencia epidemiológica: cuestiones constitucionales.
- II. La experiencia italiana en el ámbito de la legislación para confrontar el SARS-CoV-2.
- III. Un balance necesariamente variable en la transición de una fase a otra en los tiempos del Coronavirus.
- IV. La necesidad de la “*reductio ad unum*” con sus excepciones, para una conducción unitaria de la emergencia, al menos en fase 1. En fase 2... pruebas de diferenciación (motivadas) en modo “*stop and go*” y rechazo de un (nuevo) confinamiento generalizado (menos para los días festivos).
- V. Primeras conclusiones entre “*oggetto ben distinto*” de la profilaxis internacional y la positivización (?) de una cláusula de emergencia.

I. LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA EPIDEMIOLÓGICA: CUESTIONES CONSTITUCIONALES

Toda emergencia tiene su propia especificidad y puede someter a distintas variaciones las tensiones que se pueden generar sobre la resistencia global de la Carta constitucional, ya que es imposible proporcionar una respuesta igual y generalmente válida para cada situación, por el solo hecho de que esta se defina como emergencia nacional.

* Traducido del italiano por Elda Serra.

En concreto, la emergencia epidemiológica se caracteriza por su mutabilidad, es decir, las medidas regulatorias que se adopten para tutelar y garantizar la salud –que, como veremos más adelante, es el derecho fundamental sobre el que se basa el punto de equilibrio– tienen que acompañar la actividad pandémica y no pueden prefijarse a priori (de una vez por todas) para todo el estado de necesidad: lo diacrónico se imbrica en lo sincrónico. La epidemiología (en el caso de Italia) nos ha enseñado que a una primera fase de latencia siguió un pico de contagios, después una situación de meseta y posteriormente una fase de descenso que no llegó a la desaparición del virus (y su potencial contagioso); cuya constante latencia ha generado a su vez un movimiento recursivo, acelerado (entre otras cosas) por la aparición de las variantes víricas, al menos, hasta que no se haya experimentado un tratamiento específico y eficaz o, mejor aún, una vacunación masiva¹ a nivel global.

La respuesta regulatoria a la emergencia epidemiológica tiene que contextualizarse en el marco de su absoluta novedad y falta de herramientas disponibles para enfrentarla, aunque los planes anti-pandémicos deberían haberse definido plenamente ya en 2003. Además, los datos legislativos registran un alto nivel de flexibilidad debido a que estamos ante un *proceso* (nacional)² y no un *hecho* puntual en el tiempo³ ni homogéneo en el espacio. El análisis de las medidas legislativas adoptadas, por tanto, debe tener en cuenta el escaso conocimiento inicial del fenómeno que se ha expandido solo progresivamente. En todo caso, esta circunstancia fáctica puede debilitar el carácter prescriptivo del texto constitucional, que, una vez más, está demostrando saber ofrecer a las instituciones y a los ciudadanos la brújula necesaria para navegar a mar abierto la emergencia y la post emergencia⁴.

En el caso de la emergencia epidémica (aún) en curso, entre los muchos problemas que surgen⁵, ocupa un lugar central en el análisis constitucional el estudio del

1 L. VIOLINI, “Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione”, *Le Regioni*, núm. 5, 2020, pp. 1010 y ss.

2 Es por esto también que pronto la legislación contenida en el Código de Protección Civil ha quedado superada, ya que esta se planteó para otros tipos de calamidades. *Cfr.* DI COSIMO y G. MENEGUS, “L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione”, *BioLaw Journal, Special Issue* núm. 1, 2020, p. 185.

3 Sobre la peculiaridad de la emergencia epidemiológica respecto a las demás, *cfr.* A. LAURO, “Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità”, *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, pp. 1 y ss.

4 M. CARTABIA, “L'attività della Corte costituzionale nel 2019”, *Cortecostituzionale.it*, p. 18.

5 B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione*, Pisa, 2020, pp. 13 y ss.

contraste (temporal, potencial o concreto) entre la salud como bien (tanto privado como público) y la compresión de la libertad de circulación, así como otras libertades reguladas constitucionalmente.

En ese marco de equilibrios, ninguno de estos bienes constitucionales puede imponer una lectura iuspositivista de los valores y los principios, sino que solo cabe un punto de vista más dúctil de los derechos entre los derechos⁶. Los límites referidos al ejercicio del poder de decisión en el contexto de una crisis de emergencia constituyen una barrera rígida a la separación de poderes (y en particular de los poderes legislativo, reglamentario y administrativo) que actúa como parámetro de referencia para el Juez constitucional (y antes para el propio Ejecutivo). La emergencia epidemiológica aún no ha tenido el tiempo necesario para estimular, en los más diversos ámbitos de la acción pública (administrativa, penal, constitucional), una (significativa y consolidada)⁷ jurisprudencia, pero no cabe duda de que ésta

6 La misma calificación de *primario* del derecho a la salud, por ejemplo, no tiene que conferir una condición de *prius* axiológico con respecto a todos los demás derechos, sino que debe hacer imposibles las vulneraciones de su núcleo esencial, aplicándose esto a todos los derechos fundamentales; en efecto, “*non si può condividere l’assunto [...] secondo cui l’aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come ‘valori primari’ [...] implica una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. [...] La qualificazione come ‘primari’ [...] pertanto [significa] che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato –dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo– secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*”, véase la sentencia de la Corte const., núm. 85/2013, punto 9 *cons. en dir.* Más reciente, véase también la sentencia de la Corte const., núm. 162/2014.

7 En su reciente sentencia, núm. 4/2021, la Corte constitucional italiana ha suspendido una ley regional de Valle d’Aosta (Ley núm. 11, de 9 de diciembre de 2020), que permitía la adopción de medidas de contención de la propagación del contagio del COVID-19 de menor alcance en comparación con las medidas estatales. La Corte ha fallado que las intervenciones permitidas por el legislador regional se refieren al tema de la profilaxis internacional, reservada a la competencia exclusiva del Estado (art. 117.2 Const). Esto no excluye las diversificaciones regionales de la disciplina; pero estas deben adoptarse en el marco de una colaboración leal entre el Estado y las Regiones. La Corte también sostuvo que la aplicación de la ley hasta la discusión de fondo del asunto –fijada para el 23 de febrero de 2021– habría implicado “*il rischio di un irreparabile pregiudizio all’interesse pubblico [a una gestione unitaria dell’epidemia a livello nazionale nonché] il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per la salute delle persone*”. Sobre la base de este auto, posteriormente se ha resuelto la apelación en la sentencia de la Corte const., núm. 37/2011; sobre esta decisión véase más adelante en este texto, § 5.

seguramente intervenga, para confrontar la emergencia sanitaria, en el desarrollo de la disciplina.

En el juicio, que el legislador ha impuesto, sobre el equilibrio entre las libertades constitucionales, el Juez constitucional podrá valorar, en caso de impugnación, las diversas limitaciones a las libertades, ratificadas por la legislación, con el objeto de confrontar la emergencia sanitaria. Sobre estas limitaciones la doctrina constitucional (y no sólo ésta) se ha cuestionado de forma especial, por el respecto constitucional de la legislación para la emergencia sanitaria (decretos-leyes, decretos del Presidente del Consejo de ministros, ordenanzas de la protección civil, de los presidentes de los ejecutivos regionales y de los alcaldes). Esta legislación, que se sucedió en un corto período de tiempo (y de forma muchas veces cuestionable en cuanto al tipo de fuentes utilizadas, y en cuanto al mismo solapamiento entre las fuentes regionales y estatales) regula, entre otras cosas, las medidas de confinamiento domiciliario, consideradas necesarias para confrontar la difusión de la pandemia.

Si bien en una primera fase se recurrió a fuentes del derecho exclusivamente de emergencia, en la transición de una fase a otra de la respuesta regulatoria a la epidemia, la producción normativa debería haber experimentado una plena recuperación de la función de producción de derecho por parte de su principal titular. Esto se hizo cada vez más evidente, a medida que el estado de necesidad fue prorrogado⁸ y pareciese como si la extraordinaria urgencia y necesidad estuviese estructurada, es decir, asumida como ordinaria⁹, normalizando la emergencia.

El uso de condicionales revela que todo esto ha sucedido solo de forma parcial –como subrayaremos más adelante– y sobre todo por la mutabilidad y la falta de estabilización de una emergencia que sigue siendo tal.

Las medidas adoptadas en ese marco fueron tales que generaron un fuerte debate entre el Estado y las regiones sobre la división concreta de competencias en

8 Especialmente en la primera fase, la urgencia de dar una respuesta (de naturaleza comprensiblemente incierta) fue tal como para referirse a un instrumento normativo que se fundamentaba en (sin identificarse y por tanto sin sustituir a los) decretos-leyes, pero que tenía un carácter aún más inmediato; siendo, este último, el único instrumento capaz de dar una respuesta sanitaria a las urgencias epidemiológicas cotidianas. Véase M. BIGNAMI, “Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria”, *Questione Giustizia*, núm. 2, 2020, pp. 11; *Id.*, “Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus”, en F. S. MARINI y G. SCACCIA (dirs.), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, pp. 39 y ss.

9 M. LUCIANI, “Avvisi ai naviganti del Mar pandemico”, *Questione Giustizia*, núm. 2, 2020, p. 6.

materia de salud en cuanto a la regulación para la lucha contra la pandemia, acompañado de un debate (igualmente intenso) sobre la fuente utilizada por el Presidente del Consejo para disponer de las medidas que se consideraban necesarias (en base a las valoraciones del Comité Técnico Científico¹⁰, y no solo de él).

Hay dos categorías conceptuales que queremos enunciar en la fase de introducción, porque estas –una vez elevadas a una comparación paramétrica– nos permitirán evaluar lo sucedido en el último año y, por tanto, proponer una primera valoración inicial respecto a(los) derecho(s) constitucional(es) en caso de emergencia¹¹. El primer paradigma –de orden dogmático general– se refiere a la ausencia de una jerarquía axiológico-sustancial entre los derechos y, en particular, la falta de primacía (abstracta, absoluta y perjudicial) del derecho a la salud sobre todos los demás derechos¹²; el segundo –de orden fáctico– se refiere a la falta de una ley sobre la emergencia pero no de una disciplina (jurídica) sobre el estado de necesidad, cuya declaración, además, puede incluso ser objeto de control jurisdiccional¹³. A la luz

10 Instituido por el Jefe de Departamento de la Protección civil. Por todos, *cf.*: A. IANNUZZI, “Leggi ‘science driven’ e CoVid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria”, *BioLaw Journal, Special Issue*, núm. 1, 2020, pp. 119 y ss.

11 Para resumir, ya desde el título, el número monográfico que acabamos de mencionar de *Questione giustizia*, núm. 2, 2020. Para un enfoque teórico, aunque con posturas discrepantes, *cf.*: A. LO CALZO, “I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell’emergenza, con particolare riferimento alla pandemia”, en B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione*, *cit.*, pp. 23 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020; A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; S. AGOSTA, “Il potere d’ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto”, *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (dirs.), Torino, 2011, pp. 197-225; A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.

12 No se puede no remitir a la sentencia de la Corte constitucional núm. 85/2013.

13 M. LUCIANI, “Avvisi ai naviganti del Mar pandemico”, *cit.*, p. 9. Aunque, según el art. 7.1 del Código del Procedimiento Administrativo “[n]on sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico”; lo cual, obviamente, no puede tener relevancia ya que la disposición que se acaba de referir no solo es impugnable sino también inaplicable; sobre la aporía de la noción y sobre su necesaria superación, incluso legislativa, no podemos no hacer referencia al trabajo monográfico de A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, 2020. Véase también la sentencia de la Corte const., núm. 81/2012 donde “l’ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un’azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l’esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità

de la valoración de este segundo aspecto del contexto, entonces se podrá evaluar la resistencia de la Constitución ante el reto pandémico o si es necesaria la constitucionalización de una norma de emergencia, porque, si la curva epidémica “algo nos ha enseñado (y de hecho hay muchas lecciones que se pueden extrapolar) es que no sabemos cuándo seremos capaces de” confinar “el virus ni si nos veremos obligados a lidiar con una nueva pandemia y cuándo”.

II. LA EXPERIENCIA ITALIANA EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN PARA CONFRONTAR EL SARS-COV-2¹⁴

Las premisas expuestas en el párrafo anterior permiten dar paso a otras dos consideraciones generales, que hay que tener en cuenta a la hora de analizar (también) la experiencia italiana en materia de legislación para la lucha contra la epidemia del coronavirus. En primer lugar (en el momento en el que se escribe este artículo estamos nominalmente en la llamada fase 2)¹⁵ nos encontramos, no en un estado de excepción¹⁶, sino de necesidad, de emergencia; en segundo lugar, y por la razón que acabamos de mencionar, nuestro análisis asume que la fase actual es excepcional, y por lo tanto las medidas que se adopten para hacerle frente deben ser limitadas¹⁷ *per definitionem* en el tiempo y por ningún motivo pueden encuadrarse en lo que muchas veces se define como emergencia perenne: una situación, esta última, que aparece cada vez más innata a la devenir del mundo contemporáneo. Es evidente que una situación de emergencia que no se limita a un tiempo definido es, por tanto, una situación incapaz de ofrecer

e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate”. La sede *rationae materiae* es la de la jurisdicción administrativa.

14 El nombre que se le da a la nueva cepa de coronavirus identificada en humanos y detectada en 2019 es SARS-CoV-2, entendido como síndrome respiratorio agudo severo, mientras que COVID-19 es el nombre que se le da a la enfermedad asociada al virus. Por ello, el texto hablará de SARS-CoV-2, ya que la tarea del legislador es limitar la expansión contagiosa del virus, anticipando al máximo la aparición de la enfermedad COVID-19.

15 Para detalles no solo de nomenclatura, véase *infra* nota 73.

16 Para una correcta crítica véase, entre todos, también la bibliografía aquí citada, A. ALGOSTINO, “Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti”, *Costituzionalismo.it*, núm. 1, 2021, pp. 15 y ss.

17 Véase la sentencia de la Corte const., núm. 15/1982, punto 7 *cons. in dir.*: “nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo”.

razonabilidad a las medidas (excepcionales) que limitan las libertades constitucionales, y no puede definirse como de urgencia (pensemos en situaciones que, incluso si se han vuelto ordinarias siguen definiéndose de urgencia: residuos, sanidad, crisis económicas, lucha contra el terrorismo)¹⁸.

Además, las conclusiones a las que se llegará sobre una legitimación global de las medidas restrictivas de las libertades constitucionales no pueden tomarse como un precedente al que referirse para dar respuesta a necesidades de distinto orden (público, social, económico, político)¹⁹.

Para arrancar el análisis, hay que empezar por los actos de la Organización Mundial de la Salud, que declaró un estado de emergencia de salud pública de importancia internacional el 30 de enero de 2020²⁰, y el de la Declaración del estado de emergencia como consecuencia²¹ del riesgo sanitario vinculado a la aparición de patologías derivadas de agentes virales transmisibles, deliberado por el Consejo de Ministros (fechado al día siguiente y que permanecerá vigente, de momento dadas las tres prórrogas²², hasta el 30 de abril de 2021) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7.1 letra c), d. lgs. n. 1 del 2 de enero de 2018 Código de Protección Civil²³ y,

18 Además, en un sistema ya marcado por defectos estructurales –alarmantes por sí mismos y que a su vez generan desigualdad–, con el agravante de la limitación de las libertades personales: S. STAIANO, “Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia”, *Rivistaaic.it*, núm. 2, 2020, p. 548; M. D’AMICO, “Emergenza, diritti, discriminazioni”, *Gruppo di Pisa*, núm. 2, 2020, p. 30, donde se habla de “discriminazione intersezionale”.

19 Las mismas preocupaciones se perciben en la doctrina más autorizada: G. AZZARITI, “I pieni e solitari poteri del capo del governo extra-ordinem”, *Il Manifesto*, de 19 de marzo de 2020; *Id.*, “Il diritto costituzionale d’eccezione”, *www.costituzionalismo.it*, núm. 1, 2020. *Cfr.* también, F. RESCIGNO, La gestione del coronavirus e l’impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo, *Osservatorio Aic*, núm. 3, 2020, pp. 16 ss.; W. NOCITO, “Le fasi dell’emergenza nazionale covid-19: notazioni costituzionali”, *Studiare la pandemia. Diseguaglianze e resilienza ai tempi del Covid-19*, Roma, 2020, p. 228.

20 Con la siguiente declaración de la Organización Mundial de la Salud del 11 de marzo de 2020, la epidemia de COVID-19 se define como pandemiadebido a los niveles de expansión y gravedad alcanzados a nivel mundial.

21 La duración del estado de emergencia a nivel nacional no puede superar los doce meses, pudiéndose prorrogar por un máximo de otros doce meses. En referencia al derrumbe del Puente Morandi, el d.-l. núm 162, de 30 de diciembre de 2019, núm. 162, convertido con modificaciones por la Ley núm. 8, de 28 de febrero de 2020, dispone que puede prorrogarse hasta un total de tres años.

22 Las del 29 de julio de 2020, la del 7 de octubre de 2020 y, la última –al menos hasta el momento en el que se redacta este texto– del 13 de enero de 2021.

23 Este d. lgs. constituye la legislación de emergencia nacional (sobre la constitucionalidad

por tanto, por el art. 25 por lo que las normas 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”.

Con respecto a la legislación estatal básica –pero también del sector– en materia de salud y protección civil, hay que recordar los artículos 32 de la ley n. 833/1978 (Institución del servicio nacional de salud) y 50 del d. lgs n. 267/2000 (Ley del Régimen Jurídico de las Entidades Locales), que reconoce la potestad de ejecución a las regiones y autoridades locales por motivos de higiene y salud pública, con el límite de eficacia limitado al territorio de referencia.

Sentadas estas premisas y dejando a un lado el artículo recién mencionado, ante la emergencia (también) sanitaria pero que afecta a todos los sectores de la vida pública y privada, se ha procedido mediante actos primarios²⁴, en los que se basa casi toda la legislación de emergencia, caracterizada por el que definiríamos como el tándem decreto-ley (fuente primaria)/ decreto del Presidente del Consejo de Ministros (fuente subordinada de emergencia), con la consecuencia de que los DPCM (atribuibles a actos secundarios y con categoría de ordenanzas ejecutivas)²⁵

de esta previsión véase, por lo menos, la sentencia de la Corte const. núm. 15/1982: “[d]i fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza”, p.to 5 cons. dir., 418/1992). Las bases para la deliberación (y renovación) establecidos *ex lege* siempre son impugnables, claro está. Recordemos que no está previsto el control previo de legitimidad del Tribunal de Cuentas.

24 Esta segunda, constituye, una distinta “filiera” o “catena”, distinta aunque conectada a la primera (R. ROMBOLI, “L’incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano”, *Consulta online*, núm. 3, 2020, p. 519), capaz de disponer un cuadro normativo *especial* en el respecto 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).

25 G. BRUNELLI, “Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria”, *Rivistaic.it*, núm. 1, 2021, p. 388.

encuentran su legitimación en los decretos *ex* 77 Const., y no en la legislación de la Protección Civil²⁶.

Se decidió proceder de esta manera, también para limitar los derechos fundamentales con la activación de una cadena regulatoria que partía del respecto y cumplimiento de la fuente constitucional y, por tanto, del decreto-ley, para establecer –con mayor rigor que las áreas normativas del sector– los criterios adecuados para delimitar la discrecionalidad del organismo al que se ha atribuido el poder²⁷;

“[u]na delle ragioni può essere consistita nella percezione dell’inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento a diversi tipi di emergenza (quella sulla protezione civile come quella sulla sanità) di fronte a un’epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana”²⁸.

Son muchas las tensiones a las que se ve sometida la Constitución con la adopción de los actos producidos hasta el momento; en este estudio hemos decidido valorar las limitaciones paulatinamente de las libertades, así como tratar de proponer (con la debida cautela) un primer (y parcial) balance sobre la razonabilidad de las medidas adoptadas y, sobre todo, valorar si éstas realmente se mueven en el marco del poder constituido.

Siempre como premisa metodológica, queremos enfatizar desde ya, que entre las muchas (muchísimas) libertades constitucionales sometidas a estrés, quizás la única que actualmente está formalmente libre de intervenciones específicas sea la libertad personal²⁹. Por lo tanto, en nuestro análisis no tiene cabida el art. 13 de la

26 Que, según el art. 5 d.lgs. núm. 1/2018, pertenecen *in primis* al Presidente del Consejo de ministros.

27 *Cfr. infra*, nota 56.

28 C. PINELLI, “Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibri rapporti fra Stato e Regioni”, *Rivista di Diritti comparati*, núm. 1, 2020, p. 6.

29 De acuerdo con M. BIGNAMI, “Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus”, *Questione giustizia*, núm. 6; A. CERRI, “A margine del coronavirus: note minime in tema di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri”, *www.criticadeldiritto.it*, núm. 2: la restricción a la libertad de circulación la impone directamente la ley a una categoría transversal de personas y no la autoridad administrativa; si desaparece el control del ejercicio del poder administrativo, por parte de la autoridad judicial (reserva de competencia), por lo tanto, no estaríamos en el marco de la libertad personal *ex* art. 13 Const.; además, no priman las fallas de comportamiento de un individuo (que implicarían la coacción), sino siempre la protección de la salud colectiva y la limitación del contagio del virus. Para un amplio debate crítico véase R. CHERCHI y A. DEFFENU, “Fonti e provvedimenti

Constitución, que garantiza la inviolabilidad de la libertad personal. Esto tiene un impacto considerable en el análisis a realizar, y sobre las respuestas que se darán, porque las garantías en defensa de la libertad personal son mucho más estrictas que las demás, ya que (aunque lo mismo ocurre, por ejemplo, para el domicilio) el derecho está garantizado no solo por la institución de la reserva de ley (de tipo absoluto), sino también por la reserva de jurisdicción. De no ser así (la no relevancia del art. 13 de la Constitución) llegaríamos a la paradoja según la cual imponer una limitación a los desplazamientos por motivos de salud –como la introducida para contener la propagación del COVID-19– equivaldría a conminar la pena de reclusión con el correspondiente procedimiento jurisdiccional y sentencia por parte de un juez. Y esto también se aplica a las medidas que –más que otras– han afectado a la libertad de las personas (cuarentena, deber de confinamiento domiciliario, deber de aislamiento) si solo se toman como referencias interpretativas el art. 16 (“*Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*”) y también el art. 23 de la Constitución.

El “*in via generale*” que se lee en el art. 16 significa (tanto para la doctrina como para la jurisprudencia consolidada)³⁰ que los límites establecidos por la fuente primaria deben aplicarse a la generalidad de los ciudadanos y no a categorías individuales. En otras palabras, “*in via generale*” no permite al legislador distinguir entre categorías (preestablecidas) de ciudadanos y entre ciudadano y ciudadano. Si, por lo contrario, distinguimos en virtud de las cualidades o las responsabilidades personales, entonces entraríamos en el ámbito de protección del art. 13 de la Constitución, que cuenta con garantías relativas, sobre todas aquellas de intervención de la autoridad judicial que juzga el comportamiento de esa persona individual, mediante la adopción de un acto que es, precisamente, para ella y solo para ella. Sin embargo, la medida de confinamiento es proporcionada y limitada por motivos de salud, independientemente de las características personales de quienes la padecen, tanto es así que se ha hablado –y con razón– de límites despersonalizados³¹ para la circulación y la residencia.

dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni”, *www.dirittiregionali.it*, núm. 1, 2020, pp. 659 ss.; V. BALDINI, “Proporzionalità e adeguatezza nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche”, *Dirittifondamentali.it*, que llega a hablar de “stato di prevenzione”, p. 149.

30 Véase ya en las sentencias de la Corte const., núm. 2/1956; 6 y 20/1956.

31 Véase D. MORANA, “Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte”, en F. S. MARINI y G. SCACCIA (dirs.), *op. cit.*, p. 143.

Las medidas más propiamente *ad personam* (art. 1, cc. 6 y 7, d.-l. 33/2020), como las que determinan la prohibición absoluta de movilidad, incluidas la vigilancia activa sanitaria, la cuarentena y el deber de aislamiento, de hecho, no afectan a la libertad protegida por el art. 13 de la Constitución³², ya que dichas medidas no se imponen a las personas como consecuencia de una valoración (procesal) degradante de las cualidades personales³³ de quien es obligado a permanecer en su casa, ya que las razones de esta imposición son imputables por “*ragioni oggettive di precauzione sanitaria che prescindono del tutto da qualunque ulteriore valutazione di caratteristiche personali*”³⁴.

En estos casos, se puede hacer referencia conjuntamente tanto al art. 16 de la Constitución (que concierne a todos en general) como a la reserva de ley, pero no tanto a la del art. 32 de la Constitución³⁵, sino a la que indica el art. 23 de la Constitución³⁶, según la cual ninguna prestación personal puede ser impuesta sino por medio de la ley. Así, se puede imponer la obligación de un comportamiento específico (permanecer confinado en el domicilio durante un período

32 *Cfr.*, entre muchos, G. L. GATTA, “I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena”, *Consulta Online*, núm. 3, 2020, pp. 200 y ss.

33 Sentencia de la Corte const., núm. 210/1995, punto 2 *cons. in dir.*: no se puede “*sovrapporre la tutela apprestata dall’art. 13 alla tutela apprestata dall’art. 16 della Costituzione: che, cioè [...], mentre i due precetti costituzionali ora ricordati presentano una diversa sfera di operatività, nel senso che la libertà di circolazione e soggiorno non costituisce un mero aspetto della libertà personale, ben potendo, quindi, configurarsi istituti che comportano un sacrificio della prima ma non per ciò solo anche della seconda, perché la libertà personale venga effettivamente incisa deve verificarsi una ‘degradazione giuridica’ dell’individuo nel senso dell’averarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell’assoggettamento all’altrui potere in cui si concreta la violazione dell’habeas corpus*”. Véase también la sentencia de la Corte const., núm. 11/1956. Sobre el art. 16 Cost., véase, entre otros, C. MAINARDIS, *Art. 16 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 128; G. D’AMICO, *La libertà “capovolta”. Circolazione e soggiorno nello stato costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 49 y ss.

34 D. MORANA, “Le libertà costituzionali in emergenza”, *cit.*, p. 144.

35 De hecho, no estamos ante ningún tratamiento sanitario obligatorio, por la sencilla razón de que el confinamiento no es un tratamiento relacionado con la salud de quien está en cuarentena (se garantiza con la salud de la colectividad), pero también porque, aunque lo imponen las autoridades sanitarias, carece de todo tipo de acto de *facere* sobre el sujeto. *Cfr.*, entre otros, L. CUOCOLO, “I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19: la reazione italiana, en I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata” (dir. *id.*), *federalismi.it*, núm. 1, 2020, pp. 13 y ss.

36 Y siempre por la doctrina que estamos citando, véase D. MORANA, “Le libertà costituzionali in emergenza”, *cit.*, 145.

determinado) para aquellos que se identifican como portadores en un cuadro epidémico grave. Y, sin embargo, parece que, al menos en nuestra opinión³⁷, el art. 16 de la Constitución puede abarcar los casos concretos de las personas que sufren limitaciones con el único propósito de aislar casos de contagio presunto o confirmado; de hecho, la Corte constitucional también afirmó que la frase “*in via generale*” puede “*venire incontro alle pubbliche esigenze di sanità e di sicurezza anche rispetto alle situazioni di carattere individuale*”³⁸. Las categorías a las que se refiere el legislador no son portadoras de intereses, sino que son transversales (por vía general) porque conciernen a los infectados por el virus o a los residentes en zonas donde la infección es más intensa³⁹. En este contexto, el concepto de por vía general tiene (podría tener) un nuevo precipitado en el sentido de que se permiten las limitaciones, en la medida en que las situaciones que las hacen impostergables tengan un carácter general, y sean comprobables con una buena dosis de objetividad (científica).

Si por un lado, tal y como se ha dicho hasta ahora, la Constitución italiana no reconoce de manera escrita y formal el estado de emergencia, por otro lado, esta sí prevé posibles limitaciones a la libertad por motivos de salud o seguridad pública (arts. 16, c. 1; 14, c. 3; 17, c. 3; 32, c. 2, de la Constitución), así como la posibilidad

37 Véase también G. BATTAGLIA y B. BRANCATI, “L’impatto della pandemia sui diritti costituzionali”, en B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione*, cit., 122 s.

38 Sentencia de la Corte const., núm. 68/1964, punto 2 *cons. in dir.*: “[i]l fatto che l’art. 16 accomuni, mettendole sullo stesso piano, le ragioni di sanità e di sicurezza è indice che non può trattarsi solo di ragioni di carattere generale, non essendo pensabile che motivi di sanità attinenti alla pericolosità di singoli individui possano non essere validi ai fini delle limitazioni consentite dalla norma costituzionale. Ed anche il fatto che lo stesso art. 16 esclude le restrizioni determinate da ragioni politiche conferma che le limitazioni possono essere adottate per motivi di carattere individuale, non essendo concepibile una misura ispirata da motivi politici se non in vista dei personali convincimenti e comportamenti di individui e di gruppi. D’altra parte, se il costituente avesse avuto la volontà di circoscrivere le limitazioni ai soli casi di carattere generale, avrebbe certamente preveduto, magari imponendo particolari garanzie, la possibilità di adottare provvedimenti di carattere individuale almeno nei casi urgenti. E sarebbe strano il fatto che, mentre per le restrizioni della libertà personale l’art. 13 prevede che la legge indichi i casi urgenti in cui l’autorità di pubblica sicurezza può intervenire, l’art. 16 avrebbe escluso in via assoluta che la legge possa statuire limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno che non siano di carattere generale”.

39 F. PALLANTE, “Il diritto costituzionale e l’emergenza Covid-19”, en O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (dirs.), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, p. 22.

de modificar las relaciones entre los organismos que constituyen la República (“*nel caso di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica*”: art. 120 de la Constitución), que se pueda y se deba hacer frente a los casos extraordinarios de necesidad y de urgencia (art. 77 de la Constitución), y que se pueda decretar el estado de guerra (art. 78 de la Constitución). Que la situación actual se encuadre sólo en el primer caso es *in medias res*⁴⁰, y a la luz de esto tenemos que valorar si la actual limitación de derechos debe considerarse legítima o no. Y, de hecho, que la Constitución no prevea formalmente un estado de emergencia, no quiere decir que –precisamente para la tutela de la *salus rei publicae suprema lex esto* y del *primum vivere*– no existan medidas conformes a la Constitución para abordarlo⁴¹, ni que estas tengan características específicas, ya que, *id est*, tienen que ser proporcionales, adecuadas, razonables –también científicamente⁴²– y, sobre todo, adoptadas para un tiempo limitado, y circunscrito a su ineludible necesidad⁴³. La disciplina normativa que analizaremos, por lo tanto, debería caracterizarse no en términos absolutos ni rígidos, sino más bien por un enfoque metodológico dúctil. Esta ductilidad, sin embargo, conviene subrayar, debe significar flexibilidad y no indeterminación de las normas, que a menudo parecen excesivamente vagas y desprovistas de ese carácter inequívoco que las debe caracterizar, para el respeto de la seguridad jurídica⁴⁴.

40 S. STAIANO, “Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia, cit., 532. Nos permitimos de remitir a nuestro La metafora della guerra ai tempi del Coronavirus”, *Corriere della Calabria*, de 1 de abril de 2020. Cfr., entre otros, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell’emergenza coronavirus*, Modena, 2020, p. 60.

41 T. GROPPI, “Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale”, *ConsultaOnline*, núm. 1, 2020, pp. 192 y ss.

42 Entre todos, el estudio fundamental sigue siendo el de A. SPADARO, “Sulle tre forme di ‘legittimazione’ (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo”, en A. D’ALIOIA (dir.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2005, pp. 580 y ss.; Q. CAMERLENGO, “Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico”, *Le Regioni*, núm. 4, 2020, p. 739; C. ACCOCELLA, “Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico amministrative assunte per fronteggiare l’emergenza pandemica da COVID-19”, *Persona e Amministrazione*, núm. 2, 2020, pp. 270 y ss. Véase también, U. ADAMO, *Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge*, *ConsultaOnline*, núm. 1, 2018, pp. 296 y ss. También en el ámbito del saber científico, la discrecionalidad política no puede anularse ni auto excluirse de sus propias responsabilidades de criterio y decisión.

43 Véase la Sentencia de la Corte const., núm. 8/1956.

44 M. BELLETTI, “La ‘confusione’ nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità”, *Osservatorio costituzionale*, núm. 3, 2020,

Quedando, por supuesto, bien entendido que las limitaciones a las libertades son posibles por razones de salud (o de seguridad), estas limitaciones (dada una cadena normativa formal para la emergencia y, por tanto, una relación entre norma condicionante y norma condicionada)⁴⁵ –y con el fin de garantizar la reserva de ley (relativa)⁴⁶, presente en todo el texto de artículos que rige las propias libertades– se han introducido mediante decretos-ley, con la idea de brindar una cobertura normativa (habilitante)⁴⁷ a los decretos del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM), de las Regiones, de los Ayuntamientos y del Ministerio de Sanidad (art. 32 de la Ley n. 833/1978) para poder así dictar ordenanzas contingentes y urgentes en materia de higiene y salud pública.

El conjunto de actos normativos promulgados y adoptados –también por el contexto de gran inestabilidad y mutabilidad⁴⁸ que hemos venido esbozando– constituye una panoplia, un auténtico lío, ya que actualmente (hasta el 6 de abril de 2020) contamos hasta 344 actos del Gobierno que contienen medidas urgentes en

pp. 9, 12 y ss. Además de remitir *infra* a la nota 66, pensemos también en las fórmulas “imprecisas” contenidas en los distintos dd.-ll. y DPCM (art. 1.16-*bis*, cuarta frase del Decreto-ley núm. 33, de 16 de mayo de 2020; DPCM de 3 de noviembre, y también el de 2 de marzo de 2021) donde aparecen medidas ausentes de carácter vinculante (“*è fortemente raccomandato*” no hacer algo o hacerlo de forma moderada), pero capaces de infundir sentimientos de culpabilidad en aquellos ciudadanos que si tuviesen comportamientos no recomendados serían señalados como apestados. Con respecto a este “*effetto collaterale*” véase también A. ALGOSTINO, “Costituzionalismo e distopia”, *cit.*, p. 27.

45 M. LUCIANI, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, en *Liber amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, Vol. II. Il diritto pubblico della pandemia*, Collana di studi di Consulta OnLine, Genova, 2020, p. 2.

46 Sentencia de la Corte const., núm. 68/1964, ord. núm. 161/1980. Para cuya implementación se hace referencia a medidas gubernamentales nacionales, regionales y locales: M. MAZZIOTTI, “Circolazione (libertà di)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Roma, p. 22; U. DE SIERVO, Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di), en *Nuovissimo Digesto italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 820; F. SORRENTINO, “Riflessioni minime sull’emergenza Coronavirus”, *Costituzionalismo.it*, núm. 1, 2020, p. 136. S. CURRERI, *Lezione sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, p. 479; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, 2ª ed., p. 269.

47 Una base legal a través de una “auto”-delegación por parte del propio Gobierno. *Cfr.* A. CARDONE, “Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, p. 327.

48 A. MORELLI, “Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza”, *Diritti regionali*, núm. 1, 2020, p. 519.

materia de contención y gestión de la emergencia epidemiológica por COVID-19, mientras que el número de normas de rango local y regional está totalmente descontrolado⁴⁹.

Los actos que más repercusión directa tienen sobre el tema en análisis son 12 decretos-leyes (el segundo de los cuales deroga el primero)⁵⁰ y 25 DPCM⁵¹.

Los derechos constitucionales que sufren una limitación son los del trabajo (arts. 4 y 35 de la Constitución), de circulación y residencia (art. 16 de la Constitución), de libertad de reunión (art. de la 17 Constitución), de libertad de culto (art. 19 de la Constitución), educación (infancia, primaria inferior y superior,

49 Calculado minuciosamente en el apartado “*Emergenza Covid-19*” gestionado por *Osservatorio sulle fonti.it*.

50 Decreto-ley núm. 6, de 23 de febrero de 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley 5 núm. 13, de marzo de 2020, y posteriormente derogado por el Decreto-ley núm. 19, de 25 de marzo de 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley núm. 35, de 22 de mayo de 2020. Decreto-ley núm. 33, de 16 de mayo de 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley núm. 74, de 14 de julio de 2020. Decreto-ley núm. 83, de 30 de julio de 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley núm. 124, de 25 de septiembre de 2020. Decreto-ley núm. 125, de 7 de octubre de 2020, convertido, con enmiendas, por la Ley núm. 159, de 27 de noviembre de 2020. Decreto-ley núm. 158, de 2 de diciembre de 2020, derogado por la Ley núm. 6. Decreto-ley núm. 172, de 18 de diciembre de 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley núm. 6, 29 de enero de 2021. Decreto-ley núm. 1, de 5 de enero de 2021, derogado por la Ley núm. 6. Decreto-ley núm. 2, de 14 de enero de 2021, convertido, con modificaciones, por la Ley núm. 29, de 12 de marzo de 2021. Decreto-ley núm. 12, de 12 de febrero de 2021, derogada por la Ley núm. 29, de 12 de marzo de 2021. Decreto-ley núm. 15, de 23 de febrero de 2021, derogada por la Ley núm. 29, de 12 de marzo de 2021. Decreto-ley núm. 30, de 13 de marzo de 2021. Decreto-ley núm. 44, de 1 de abril de 2021. Estamos en presencia de decretos “autónomos” y no reiterados; sobre su plena constitucionalidad, para todos, véase R. ROMBOLI, “L’incidenza della pandemia da Coronavirus”, *cit.*, p. 522; 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”, *cit.*, pp. 369 y ss. Véase también, *infra* en la nota 98, para algunas características problemáticas. Desde el principio, en doctrina, *cfr.* G. BRUNELLI, “Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento”, *cit.*, pp. 395 y ss.

51 Los distintos decretos-ley han sido *implementados* por los siguientes dDPCM: el 23 de febrero; de 25 de febrero; de 1 de marzo; de 4 de marzo; de 8 de marzo; de 9 de marzo; de 11 de marzo; de 22 de marzo; de 1, 10 y 26 de abril; de 17 y 18 de mayo; de 11 de junio; de 14 de julio; de 7 de agosto de 2020, de 7 de septiembre de 2020; de 13, 18 y 24 de octubre de 2020; de 3 de noviembre de 2020; de 3 de diciembre de 2020; 14 de enero de 2021 y 14 de febrero de 2021; de 2 de marzo de 2021. Y por los siguientes dd.-ll. núm. 30, de 13 de marzo de 202 y núm. 44, de 1 de abril de 2021.

universidad y especialización posterior: arts. 33 y 34), actividades económicas (art. 41 de la Constitución), derechos de propiedad (art. 42), y de las mismas libertades políticas (aplazamiento de las elecciones administrativas y del referéndum abrogativo de conformidad con el ex art. 138 de la Constitución). Hasta el propio derecho a la salud individual (art. 32 de la Constitución) se ha visto limitado en la medida en que se ha pospuesto toda atención no urgente. Además, muchas de las disposiciones íntegramente dispuestas por decreto-ley, se refieren a la regulación de la justicia y al reparto de competencias legislativas y administrativas entre el Estado y las regiones⁵².

En una situación fisiológica es el Parlamento, a través del instrumento legislativo, quien puede limitar los derechos o equilibrarlos según la razonabilidad, siguiendo la reserva legal (absoluta y relativa) siempre presente en la protección de las libertades. En una situación de emergencia, la disciplina se aborda siempre desde una fuente primaria⁵³ pero diferente a la ley, a saber, el decreto-ley (d.-l.) al que se refiere el art. 77 de la Constitución. La adopción de los decretos-leyes es requerida por el carácter excepcional del momento⁵⁴.

Si, por un lado, la situación de emergencia permite y garantiza una rápida respuesta regulatoria a través de la adopción de los decretos-leyes, por otro, no devalúa la Constitución como un mero oropel, ya que todas las garantías de control de las acciones del Gobierno, cuando éste decida disponerlo bajo su propia (y colectiva) responsabilidad quedan firmes en el marco legal. Esta fuente se somete a un doble control (además de los que luego se pueden activar a través de los tribunales). Estos son controles muy generalizados, porque son instantáneos o se determinan en un corto período de tiempo.

El primero lo ejerce el Presidente de la República quien emite el d.-l. (y al que puede oponerse a través de su poder de veto) ejerciendo un control preventivo; el segundo, en cambio, se inscribe en el circuito de la representación democrática, dejando al Parlamento la opción de convertir o no el contenido del decreto; en caso de no conversión, los efectos del decreto pierden efecto con carácter retroac-

52 Véase, entre todos, G. BATTAGLIA y B. BRANCATI, “L’impatto della pandemia sui diritti costituzionali”, en B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione*, cit., pp. 118 y ss.; F. S. MARINI y G. SCACCIA (dirs.), *op. cit.*

53 En la doctrina se exponen muchas dudas acerca de las limitaciones de derechos por d.-l.: L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, 4ª ed., Milano, 2020, pp. 215 ss.

54 F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, en F. S. MARINI y G. SCACCIA (dirs.), *op. cit.*, p. 65; M. MARONE, “L’emergenza Covid tra temporaneità dei poteri d’urgenza e crisi del regionalismo”, *Persona e Amministrazione*, núm. 2, 2020, pp. 124 ss.

tivo. El Parlamento, por tanto, no se despoja del ejercicio del poder legislativo y de la soberanía popular que representa, y sigue ejerciendo un espacio insustituible en el debate público y transparente entre la mayoría y la oposición (del que queda constancia). Además, el decreto legislativo, como fuente primaria, siempre puede ser cuestionado por la Corte constitucional.

Hasta ahora, sin embargo, la modalidad de respuesta a las emergencias ha mostrado el predominio absoluto del Gobierno y, dentro de él, del Presidente del Consejo de Ministros. Como puede comprobarse fácilmente con los datos anteriores, hasta la fecha el Parlamento ha desempeñado un papel evidentemente marginal, al menos hasta que se entró en la fase de conversión en ley de los decretos-leyes emitidos. Además, el eje Parlamento-Gobierno ha estado claramente sesgado a favor de este último, gracias no solo a los decretos de urgencia, sino también y sobre todo al uso masivo de los DPCM.

Desde este punto de vista, el uso de una fuente en lugar de otra tiene consecuencias significativas en la solidez de la protección de las libertades.

Si el uso del decreto-ley responde a la necesidad de limitar los derechos con una fuente de derecho primario sujeto a garantías, el uso de los DPCM plantea una serie de interrogantes, ya que, a diferencia de los d.-l.⁵⁵, estos no son actos con fuerza de ley, no son reglamentos en el sentido propio (y de hecho no son dictados por el Presidente de la República y son provisionales) y deben (*sic!*) ser utilizados mayoritariamente para el desempeño de las llamadas funciones de alta administración.

Los DPCM en cuestión, en cambio, ayudan a definir (de manera fuerte o débil) los límites de las libertades. Los DPCM, aunque hayan sido diseñados para tener una función de implementación (especificación)⁵⁶ y no de mera ejecución, en conjunto no parece que (en esta situación de emergencia) planteen problemas insuperables de constitucionalidad⁵⁷, en la medida en que el principio de legalidad está

55 Que, sin embargo, durante la fase de emergencia, parece que se habrían transformado de fuentes de producción a fuentes sobre la producción: G. MOBILIO, “La decretazione d’urgenza alla prova delle vere emergenze. L’epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, pp. 357 y ss.

56 U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021.

57 Sentencia de la Corte const., núm. 26/1961, punto 5 *cons. in dir.*: “[p]er quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula ‘in base alla legge’ o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formata principalmente nei riguardi dell’art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all’Autorità amministrativa l’emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i

garantizado (tanto es su lado formal como en el sustantivo)⁵⁸. Sin embargo, muchas veces el alcance de estas medidas, aunque esté limitado por un listado de las que deben llevarse a cabo, parece estar en las posibilidades de un poder altamente discrecional, más que el que normalmente corresponde al poder administrativo (incluso cuando la reserva legal es de tipo absoluto).

En este caso, dos ejemplos⁵⁹ son suficientes para mostrar como el DPCM ha afectado las libertades (o el principio de no discriminación) de una manera mayor que lo que ya se hizo con el decreto-ley que se suponía que se debía implementar: aunque la prohibición de alejarse del propio municipio se configuró con el d.-l. 6 de febrero de 2020, realmente fue el DPCM de antes del 8 de marzo, y después de 9 de marzo, el que tuvo un impacto mayor sobre el art. 16 de la Constitución en la medida en que se prohíbe el desplazamiento de personas dentro de los territorios municipales de la Región de la Lombardía, y luego en todo el territorio nacional. Si el d.-l. n. 19 de 25 de marzo de 2020 preveía la limitación de la circulación de personas, estableciendo también limitaciones a la posibilidad de alejarse de la propia residencia o domicilio –salvo para desplazamientos individuales limitados en tiempo y espacio o motivados por necesidades laborales, situaciones de necesidad o urgencia (no mejor especificada y por lo tanto afectada por la indeterminación), por razones de salud u otras razones específicas– es con el DPCM del 26 de abril de 2020 que se genera una desigualdad en la medida en que los movimientos se consideran como de necesidad para encontrarse con familiares y allegados o personas vinculadas por relaciones sentimentales más o menos estables; en esta última disposición, el principio de legalidad sustancial parece no respetarse.

Entre otras cosas, el abuso en cantidad y calidad del DPCM socava la propia configuración constitucional del Presidente del Consejo de Ministros⁶⁰, que ya no

criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. *Ex pluribus* Corte const., núm. 122/1957, 507/1988, 157 y 180/1996.

58 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”, *cit.*, p. 376.

59 G. DI COSIMO, “Tra decreti e decreti: l’importanza di usare lo strumento giusto”, *La Costituzione.info*, pp. 1-3; G. BATTISTELLA, “Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoVid-19”, *BioLaw Journal, Special Issue*, núm. 1, 2020, p. 157; M. BELLETTI, “La ‘confusione’ nel sistema delle fonti...”, *cit.*, p. 9.

60 Muy crítico acerca del “uomo solo al comando”, M. BELLETTI, “La “confusione” nel sistema delle fonti...”, *cit.*, p. 22; F. RESCIGNO, “La gestione del coronavirus e l’impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo”, *Osservatorio Aic*, núm. 3, 2020, p. 15.

es (solo) quien “dirige” la política general del Gobierno y “mantiene” la unidad de la dirección política y administrativa impulsando y coordinando las actividades del Gobierno (como quisiera el art. 95 de la Constitución), sino que se convierte en un organismo individual capaz de adoptar decisiones deónticas, dando al poder una connotación vertical y cada vez más discrecional⁶¹.

La fase más crítica fue sin duda la que se produjo después de la decisión sobre el estado de necesidad, cuando la situación de emergencia obligaba a la protección del derecho a la salud como interés de la comunidad de manera plena y absoluta. La misma criticidad se volvió a proponer (más tarde) en cada fase del resurgimiento del contagio del virus que ha caracterizado a las 3 oleadas que se han sucedido hasta ahora.

El uso de los DPCM para la concretización de los límites a las libertades para la protección (solo) del derecho a la salud (colectiva) no debió haber encontrado ese amplio espacio que se le otorgó, ya que las mismas finalidades se hubieran podido garantizar a través de los decretos-leyes (que producen efecto legal inmediato) con una (eventual) posterior implementación por decreto del Presidente de la República (dPR), añadiendo, además, más garantías de mayores controles externos. De hecho, los reglamentos (la fuente es el dPR) son actos de gobierno que clásicamente implementan disposiciones reglamentarias generales, elaboradas colectivamente para luego ser controladas y emitidas por el Presidente de la República. Por lo tanto, al menos en el futuro más cercano (aunque por el modus operandi de las tres prórrogas del estado de emergencia esto sería más bien una *petitio principii*)⁶² sería deseable un mayor uso del instrumento del decreto (como fuente de producción y no sobre la producción), más aún desde que las medidas de contención del virus han demostrado que (también) las Cámaras pueden trabajar en el respeto de las normas de seguridad sanitaria⁶³, ya que tienen que reunirse para desempeñar un servicio público esencial.

61 Implicando “una surrogazione della rappresentanza con la governabilità”, así A. ALGOSTINO, “Costituzionalismo e distopia”, *cit.*, p. 25.

62 Todo ahora cronometrado por una re-aceleración de las decisiones que se suceden en muy poco tiempo, dada la preocupante situación epidemiológica (octubre de 2020), en la que se observa una progresión exponencial de números (aumentan en “progresión geométrica”) y que requiere una gestión rápida para contener el contagio; la rapidez implica la posibilidad de tomar tales decisiones a través de DPCM (siempre en el respeto del d.-l. emitido). Véase, en todo caso, *infra* nota 73.

63 Sobre el papel desempeñado por el Parlamento, véase, por todos, C. TRIPODINA, “La Costituzione al tempo del Coronavirus”, *Costituzionalismo.it*, núm. 1, 2020, p. 85; G. SCACCIA y A.

Una vez visto todo el proceso para hacer frente a la emergencia –desde las medidas enfocadas en el sistema de protección civil hasta las de emergencia sanitaria y también las del binomio d.-l./DPCM⁶⁴–, todo lo que hemos venido afirmando hasta aquí (en términos críticos también) no nos permite llegar a sostener que todos los actos emanados hasta ahora (para entendernos, durante la llamada fase 1⁶⁵) pueden considerarse inconstitucionales, ya que la cobertura formal y sustancial ha sido asegurada por el decreto-ley, aunque no siempre de forma adecuada⁶⁶. De hecho, el primer d.-l. n. 6 de 2020 –además de no respetar la reserva de ley absoluta en materia penal⁶⁷– preveía en su art. 1 una serie de posibles limitaciones (aunque sea de forma muy general) de algunos derechos constitucionales, añadiendo en el art. 2 una especie de norma en blanco (en absoluto la disposición más cuestionada de todas las normas de emergencia, por no respetar la reserva de ley)⁶⁸ que (como hemos recordado antes) reconocía la posibilidad para el Presidente del Consejo de Ministros de asumir todas las “*ulteriori misure*” –adoptadas por DPCM– que resultasen necesarias, y no preveía ninguna temporalidad ni ningún vínculo de

CARBONI, “Funzionalità del Parlamento e modalità di voto nell’emergenza”, en F. S. MARINI y G. SCACCIA (dirs.), *op. cit.*, pp. 93 ss.; G. LAURI, “Governo e Parlamento di fronte all’emergenza”, en B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione, cit.*, pp. 73 y ss.; V. LIPPOLIS, “Il rapporto Parlamento – Governo nel tempo della pandemia”, *RivistaAic.it*, núm. 1, 2021, pp. 268 y ss.

64 Sobre los motivos que han inducido el Gobierno a tomar el camino del d.-l. en lugar de las simples ordenanzas del Ministerio de Sanidad y de Protección civil, *cf.*: M. CAVINO, “Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo”, *www.federalismi.it*, de 18 marzo 2020, p. 6; C. PINELLI, “Un sistema paralelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana”, *Diritto pubblico*, núm. 2, 2009, pp. 317 y ss.; sobre este tema véase también A. CARDONE, *op. cit.*, p. 333; G. MOBILIO, *op. cit.*, p. 353; M. MARONE, *op. cit.*, pp. 131 ss.

65 Por “fase 1” entendemos el periodo del primer confinamiento, es decir, la prohibición (sostenida por altas sanciones administrativas y penales en el d.-l. 6/2020, finalmente abrogado) de circular libremente en un territorio, un área... salvo en casos justificados (autocertificación) de necesidad o de salud y que pueden variar según la intensidad (zonas rojas) por áreas territoriales específicas.

66 Fuertemente contrarios son M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI y F. SALMONI, “Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela”, *Rivistaaic.it*, núm. 1, 2021, p. 417.

67 “Concretada” por circulares y por FAQ (*Frequently Asked Questions*): *¡sic!*

68 Nos referimos al art. 2 del d.-l. núm. 6 (de 23 de febrero), que permite la posibilidad de adoptar medidas ulteriores no incluidas en las previstas a modo lista, y caracterizándose como medida evidentemente inconstitucional. De hecho, ha sido abrogada (aunque no tan pronto) por el siguiente d.-l. núm. 19 (de 25 de marzo).

proporcionalidad de las medidas indicadas en los decretos de los DPCM. Estos actos podían decretarse, por tanto, sin las debidas garantías de control, aunque, *ex art. 3*, en todo caso, para su adopción, estaba prevista la adquisición previa de dictámenes (no vinculantes) o de acuerdo con algunos Ministros y Presidentes regionales interesados⁶⁹.

Esta especie de poder en blanco se colocó tan al límite de la solidez constitucional de la norma que debemos de celebrar (por el respeto del principio estricto de legalidad sustancial) la adopción (con una inversión del orden cronológico de las fuentes que es una característica de toda la fase de emergencia) del siguiente d.-l. n. 19, de 25 de marzo de 2020, que sustituye la cláusula de aplazamiento/delegación en blanco por una lista exhaustiva de todas aquellas medidas que siempre podrían haberse adoptado con el instrumento (flexible) del DPCM.

Por lo tanto, la legislación de emergencia producida hasta el momento se caracteriza por el tándem decreto-ley y DPCM para la gestión integral de la emergencia y para el equilibrio y restricción de los derechos y libertades fundamentales, y para la adopción de las ordenanzas (de la Protección civil⁷⁰, de los propios Ministros así como de los Presidentes de Región y de los alcaldes⁷¹) ur-

69 Esta delegación en blanco ha sido criticada casi de forma unánime por toda la doctrina constitucional. Aquí nos limitaremos a citar a G. SILVESTRI, “Covid-19 e Costituzione”, *UniCost.it*, 04/10/2020, p. 3; M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 3; A. LUCARELLI, “Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria”, *Rivistaaic.it*, núm. 2, 2020, p. 572. Por no espetar, además, el rigor y determinación que impone la reserva legal (tanto absoluta como relativa): F. RESCIGNO, “La gestione del coronavirus e l’impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo”, *Osservatorio Aic*, núm. 3, 2020, p. 4.

70 Véase, por lo tanto, la Deliberación del Consejo de Ministros del 31 de enero de 2020. Téngase en cuenta que, gracias al d.lgs. núm. 1, de 2 de enero de 2018 *Código de Protección civil*, art. 25, se pueden adoptar las ordenanzas y, por ejemplo, a través de estas se estableció el Comité técnico-científico, que es el órgano central para la adopción de todos los DPCM (y no solo de estos) y para garantizar la razonabilidad científica de la decisión adoptada finalmente por el órgano político. Con estas ordenanzas también se dispuso el suministro de instrumentación y el ya famoso equipo de protección personal, especialmente tras el nombramiento del comisario Arcuri. Sobre los comités de expertos véase, entre todos, A. IANNUZZI, “Leggi ‘science driven’ e CoVid-19”. *cit.*, pp. 123 y ss.

71 El art. 35 d.-l. núm. 19, de 2 de marzo de 2020, prohíbe adoptar estas ordenanzas: “[a] *seguito dell’adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l’emergenza predetta in contrasto con le misure statali*”, y también “*regionali*”, anexo que viene de la ley de conversión (Ley núm. 35/2020). La disciplina está ahora en el d.-l. núm. 33/2020, que

gentes y contingentes para hacer frente a cuestiones circunscritas que requieren mucha rapidez de respuesta, debido a la transitoriedad de la decisión administrativa (mediante actos provisionales).

Por todo ello, se puede reconocer una licencia de legitimidad⁷² para los actos elaborados porque la fase 1 se ha caracterizado por medidas limitantes de carácter temporal⁷³ (limitadas a la fase de emergencia declarada y deliberada por el Consejo de Ministros)⁷⁴, adecuadas, proporcionales y científicamente

corroborar todo lo que se acaba de exponer. *Cfr.* G. ALBERICO, “Le ordinanze contingibili e urgenti nella gestione dell’emergenza sanitaria: il ruolo dei Sindaci nella disciplina del D.L. 33/2020”, *Dirittifondamentali.it*, 1º junio de 2020, pp. 1 y ss.; N. PIGNATELLI, “La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell’emergenza sanitaria nazionale: un potere ‘inesauribile’”, *Diritti regionali*, núm. 2, 2020, p. 81; C. SALOI, “Regioni ed enti locali di fronte alla pandemia”, en B. BRANCATI, A. LO CALZO y R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione*, cit., p. 111. TAR Campania, Napoli sez. I, dec., 1 de junio de 2020, núm. 1120. Véase *infra* nota 84 ss.

72 Ilegítimo porque el cierre de puertos que atenta contra el derecho a la salud y la vida (así como al asilo) de los migrantes no cumple con los criterios establecidos. En este sentido, A. ALGOSTINO, “Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione”, *OsservatorioAic*, núm. 3, 2020, p. 4.

73 E. GROSSO, “Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. È proprio vero che ‘nulla potrà più essere come prima?’”, *Federalismi*, núm. 16, 2020, p. 6.

74 Para el período que se extiende entre el 31 de enero y el 31 de julio de 2020; pero con las resoluciones de 29 de julio de 2020, de 7 de octubre de 2020 y nuevamente de 13 de enero de 2021 –actualmente hasta el 30 de abril de 2021– se ha prorrogado el estado de emergencia en todo el territorio nacional en relación con el riesgo sanitario asociado a la aparición de patologías derivadas de agentes virales transmisibles. No obstante, se prevé que las condiciones para la resolución del estado de emergencia nacional estén siempre presentes [art. 7.1 c)], es decir, se trata de hechos que deben ser afrontados con medios y poderes extraordinarios, o en su inminencia. Como intentaremos demostrar a lo largo de este texto, la fase 2 de la pandemia (el presente texto se escribe durante el mes de octubre, en plena segunda oleada) es (y será) caracterizada por una tendencia variable que hace pensar que a la emergencia sanitaria (si bien sigue siendo tal) se puede (se podía, se podría haber hecho) hacer frente con medios y poderes ordinarios. Decimos esto porque una prórroga no debe basarse en el mero miedo (basado en el futuro) y, por tanto, en la mera previsión de una agravación del hecho calamitoso, sino que requiere que exista un estado de emergencia actual. Con esto ciertamente no queremos decir que no se pueda declarar *ex novo* un estado de emergencia nacional en virtud de la variación de intensidad o de extensión de la emergencia; hipótesis que tendría cabida en la responsabilidad (siempre controlable) del Gobierno. Igualmente, controlable seguiría siendo la elección de la prórroga. Asumiendo el procedimiento del Gobierno italiano (el plazo se extendió primero al 15 de octubre, luego al 31 de enero) se pue-

razonables para la tutela de la salud como interés colectivo⁷⁵. En esta fase, la emergencia ha sido caracterizada por la modulación de la intensidad de las limitaciones de las libertades con el único fin de la protección (lo más extensa posible) de la salud.

III. UN BALANCE NECESARIAMENTE VARIABLE EN LA TRANSICIÓN DE UNA FASE A OTRA *EN LOS TIEMPOS*⁷⁶ DEL CORONAVIRUS

“Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuarne uno che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro’. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente ricons-

de suponer que el estado de emergencia se extenderá hasta el inicio de la llamada Fase 3, es decir aquella caracterizada por la revitalización económica ante la adopción de tratamientos realmente efectivos o, mucho más probable, la validación y distribución generalizada y avanzada de una o más vacunas. A destacar que, si bien la declaración del estado de emergencia fue aprobada por el Consejo de Ministros, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Protección Civil, las prórrogas, en cambio, fueron seguidas inmediatamente por la elaboración de un decreto-ley específico para permitir la discusión parlamentaria en la fase de conversión.

75 Se acentúa este punto porque el derecho a la salud no debe entenderse en su dimensión liberal e individual de rechazo de la atención, cuya cuestión se deja enteramente al consentimiento informado, sino a la dimensión colectiva de la salud y del sistema de salud en su conjunto. También por razones de corporativización del sistema de salud y difusión generalizada (especialmente en la zona norte del país) de una política sanitaria dirigida a impulsar la privatización del mismo, con el consecuente cambio de paradigma de una atención cada vez más *hospitalocéntrica*, y por ende de tratamiento y ya no de prevención de la patología; además de la drástica reducción del personal sanitario y de la infraestructura que literalmente puso de rodillas al sistema hospitalario, que pronto se habría derrumbado si hubiera conocido una afluencia constante de pacientes durante un tiempo prolongado. De ahí el carácter obligatorio de las medidas a favor de la atención de la salud individual para la protección de la colectiva. Nos resulta importante subrayarlo también para denunciar lo que hasta ahora también ha empobrecido a la investigación científica.

76 La referencia es a la novela de G. GARCÍA MÁRQUEZ *El amor en tiempos del cólera*. Sin embargo, mientras que el premio Nobel escribía sobre una epidemia ya pasada (“en tiempos”), hoy la emergencia sigue estando en curso y no se sabe todavía para cuanto tiempo (“en los tiempos”).

*ciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*⁷⁷.

Ahora es necesario verificar si las medidas adoptadas hasta ahora se ajustan a esta máxima que no solo es doctrinal sino, como acabamos de ver, también jurisprudencial⁷⁸. Mientras en la fase 1 de la emergencia se impuso el carácter preeminente⁷⁹ del derecho a la salud sobre los demás derechos de la persona, en la fase 2 –a la luz también de la tesis por la que no puede existir una jerarquía entre derechos fundamentales– se requiere revalorizar un equilibrio fisiológico, continuo y recíproco entre principios y derechos fundamentales –sin pretensión de “*prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di uno di loro*”⁸⁰–, y esto es posible solo a través de una fuente primaria, es decir, debido a la emergencia, a través del decreto-ley.

El punto de equilibrio de esta ponderación se puede valorar *in primis* durante su conversión en el Parlamento, teniendo en cuenta su carácter dinámico, y que tiene que seguir valorándose según los criterios de temporalidad, proporcionalidad⁸¹

77 Sentencia de la Corte const., núm. 85/2013, punto 9 *cons. dir.*

78 Sobre la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la educación, nos permitimos remitir a U. ADAMO, “Salute e istruzione, alla ricerca di un bilanciamento ragionevole”, *LaCostituzione.info*, de 15 de enero de 2021.

79 Véase *retro*, nota 5, para las especificaciones metodológicas.

80 Sentencia de la Corte const., núm. 58/2018, punto 3.1, *cons. in dir.*

81 El art. 1.2 del d.-l. núm. 19/2020 hace referencia explícita a los principios de adecuación y proporcionalidad. Por otro lado, siempre está abierto el camino para que, a través del recurso judicial, se revise el DPCM adoptado en presunta violación de estos principios. En la jurisprudencia de la Corte constitucional se utiliza el principio de proporcionalidad como sinónimo de razonabilidad o junto a ella –o, en todo caso, nunca como un verdadero test– así como afirma la autorizada doctrina de M. CARTABIA, “I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana”, Relación presentada en ocasión de la Conferencia trilateral de los Tribunales constitucionales italiano, portugués y español, Roma, Palacio de la Consulta, 24-26 de octubre de 2013, en el website telemático de la Corte constitucional, p. 6. En otras experiencias de justicia constitucional, de hecho (véase nota 5), el principio de proporcionalidad (así como teoriza R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007) se basa en una secuencia estandarizada de actos del legislador y se divide en cuatro fases: 1. “*di legittimità*”: es decir de verificación de la conformidad con los principios fundamentales; 2. “*di valutazione delle connessione razionale*”, dada la valoración de que debe haber entre los medios (predispuestos) y los fines (a perseguir); 3. “*della verifica della necessità*” del menor sacrificio que en cualquier caso se requiere de otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes después de la elección legislativa realizada; 4. “*della*

y razonabilidad; requisitos cuya presencia es necesaria para no sacrificar el derecho en su núcleo esencial.

En la fase 1 las limitaciones se han determinado ex art. 16 de la Constitución con respecto a la libertad de circulación⁸² (“*per motivi di sanità o di sicurezza*”) y ex art. 17 de la Constitución con respecto a la libertad de reunión (“*per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica*”) y se han considerado legítimos para la tutela del art. 32. de la Constitución. A la luz de estas limitaciones, todas las demás libertades –mencionadas anteriormente– han encontrado una contracción constitucionalmente orientada para hacer efectivos los límites y por tanto la protección de la salud, con la aclaración, sin embargo, de que los límites nunca han sido de tipo absoluto (con suspensión del derecho) reconociendo a todos los derechos afectados la capacidad de su re-expansión (solo se permiten movimientos motivados por necesidades laborales comprobadas o situaciones de necesidad o por razones de salud). Esto se afirma conscientes de que la libertad de circulación es prodrómica a todos los demás derechos; una vez que se limita ésta se impide el ejercicio de las demás libertades. La fase 1 se caracterizó por el alto grado de peligrosidad que determinó un equilibrio concreto a favor del preeminente interés colectivo de la salud. La razonabilidad como parámetro aplicado en la práctica (después de la fase 1) ha llevado a reconsiderar el equilibrio en una fase en la que el alcance del peligro es menos fuerte⁸³ y requiere la ampliación de la protección de más derechos, de la forma más amplia y progresiva posible. Este equilibrio hay que volver a valorarlo, una y otra vez, considerando que, debido al fracaso en el control de la propagación del virus, en lugar de permanecer en la fase 2 o incluso progresar a la fase 3 existe el riesgo de volver a la fase 1.

Por tanto, ante la persistencia de la situación pandémica, el paso de una fase a otra modela, en la contingencia concreta, los diferentes instrumentos normativos a adoptar para la implementación o la ejecución del decreto-ley/ley de conversión: los DPCM, los reglamentos o las ordenanzas⁸⁴.

proporzionalità in senso stretto”, donde se examinan los efectos del acto legislativo en la concreción del sistema jurídico (ponderación).

82 G. DI COSIMO, “Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, p. 566; R. ROMBOLI, “L’incidenza della pandemia da Coronavirus”, *cit.*, p. 538.

83 En una fase en la que la tutela de la salud (colectiva) tiene de hecho una garantía (siempre mayor): el famoso índice de contagio R-t del virus está por debajo del R-1 y se aproxima al R-0.

84 El Estado puede decidir las condiciones sustantivas de riesgo para la salud; además, el DPCM de 26 de abril lo recoge en su texto y en sus anexos que se resumen al final en los diagramas de flujo

La fase 2⁸⁵ por tanto, debería haberse abierto a la necesidad de un retorno a las relaciones ordinarias entre poderes y competencias constitucionales. Esto habría sido posible por la “necesidad” de responder rápidamente a situaciones desconocidas y que comprometerían seriamente la vida como, pero que a su vez habían disminuido claramente. Pero esto no pasó y seguramente tardará en pasar, más ahora que la tercera ola se hace más presente y la transición a la fase 3 está cada vez más lejana.

El instrumento del decreto-ley –que debió haberse utilizado limitado a esa fase concreta de transición⁸⁶– garantiza el pleno cumplimiento de la reserva legal, además de estar elaborado por un órgano colegiado, y garantizar una cadena de mecanismos de control muy concreta: por parte del Presidente de la República en el momento de la emisión, por parte del Parlamento en la fase de conversión, nuevamente por parte del Presidente de la República en fase de la promulgación, y finalmente por parte de la Corte constitucional.

Las reglas deben regirse con una fuente primaria y deben referirse a las categorías como un todo unitario (para no crear desigualdades: pensemos en el acercamiento con allegados y no con amigos, la apertura de solo algunos y no otros negocios, de medidas que solo podrían afectar a los ancianos y no a todos los sujetos en riesgo de co-morbilidades, etc.) y las limitaciones deben adaptarse racionalmente a la fase de la epidemia, aquella de convivencia con el virus, en la medida en que sea posible limitar al máximo la transmisibilidad.

del anexo n. 10. En la doctrina, véase A. LUCARELLI, “Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria”, *cit.*, 566.

85 Durante el cual estamos llamados a convivir con la presencia amenazante del virus, contando ahora con medidas para prevenir la propagación de la infección (distanciamiento anti droplet, mascarillas, saneamiento, ...), un nivel avanzado de conocimiento del estado epidemiológico de la infección y las medidas diseñadas para contenerla con herramientas de diagnóstico (PCR y pruebas serológicas). Todo este conocimiento era inimaginable hace solo unos meses. Esto dato cambia el estado de contingencia y la evaluación de la razonabilidad del equilibrio. A diferencia de lo que se repite con insistencia –desde el pasado 3 de junio de 2020 (inicio de movimientos interregionales y casi todas las actividades privadas)– no hemos entrado por tanto en la llamada “fase 3”, habiendo definido la “fase 2” como la de “coexistencia con el virus”. La “fase 3” tendrá que ser muy diferente a la que empezó el pasado 3 de junio, porque se entrará en esta fase cuando se proclame el fin de la emergencia (del estado de emergencia nacional, aunque siempre prorrogable) y la restauración de la máxima protección de las libertades y con ella de la *reconstrucción y revitalización* económica. A partir de ese momento, ya no serán posibles las legítimas excepciones a una emergencia que habrá terminado.

86 G. AZZARITI, “Per la transizione decreti-legge e leggi ordinarie”, *Il Manifesto*, de 30 de abril de 2020. Por otro lado, no estamos negando que se pueda, por eso ello, excluir un cierto margen de discrecionalidad administrativa, ya que se trata de algo que fisiológicamente siempre está previsto.

En definitiva, un (nuevo) decreto-ley que defina un (nuevo) marco siempre que sea necesario por la evolución concreta de los estudios epidemiológicos, como, por ejemplo, en la transición de una fase a otra. El instrumento unilateral del DPCM en la contingencia actual (que se enfrenta a una apertura sustancialmente escalonada y una activación, aunque tardía y poco adecuada, en la app llamada Inmunes⁸⁷) no es por su naturaleza capaz de definir el equilibrio de derechos; y esto no solo desde un punto de vista formal, sino también sustancial, porque el grado de discrecionalidad a adoptar sería considerablemente amplio, ya que el DPCM no se limitaría a elegir de una lista ya elaborada qué medidas adoptar⁸⁸. El contexto con el tiempo se ha ido reconfigurando y ha producido un equilibrio, diríamos, más equilibrado, necesitando un movimiento ya no por sustracción, sino por decisión evaluativa proactiva.

Y, de hecho, se emitió el d.l. n. 33 del 16 de mayo, aunque hasta hace poco por su implementación se remitía no tanto a los dPR, sino a los DPCM.

Con el art. 1 del d.l. n. 33 del 16 de mayo de 2020 de Medidas ulteriores y urgentes para hacer frente a la emergencia epidemiológica por COVID-19, el marco cambia radicalmente:

“cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica”.

El nuevo equilibrio⁸⁹ (que también requiere –habría requerido– una nueva fase de colaboración entre instituciones cada vez más leales) hace que, de una fase de limitación generalizada de libertades, se haya pasado a una en la que es posible hacer todo lo que no esté expresamente prohibido⁹⁰. No obstante, no se ha reconocido (de

87 Con la predisposición de un equilibrio específico entre los derechos a la salud (y no solo estos) y el derecho a la intimidad: C. BERGONZINI, “Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali”; C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, “App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali”, todos en *Dirittifondamentali.it*, núm. 2, 2020, pp. 735 y ss.

88 Esta lista ya se incrementó, por ejemplo, con el art. 1.1. a) del d.-l. 125/2020 mediante la introducción de la letra hh-*bis*.

89 A. G. LANZAFAME, “Il lockdown, l'avvio della ‘fase due’, e i problemi della ‘fase tre’. La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra diseguglianze ingiuste e diseguglianze necessarie”, *Dirittifondamentali.it*, núm. 2, 2020, pp. 498 y ss.

90 O. CHESSA, “Il permesso di essere liberi”, *LaCostituzione.info* (22 mayo de 2020); M.

inmediato) una expansión más amplia, a todos los derechos, lo cual suscita mucha perplejidad.

Mientras en el primer periodo de la fase 2 (desde mayo de 2020) las libertades han tenido limitaciones coherentes con las garantías de las llamadas medidas de protección con distanciamiento social (físico) (tanto es así que todas las actividades comerciales volvieron a abrir, se amplió el derecho de reunión en lugares públicos, privados y abiertos al público, y se permitió asistir a funciones religiosas) el derecho a la educación (también la universitaria) ha seguido estando regulado como si estuviésemos todavía en fase 1, y no se ha permitido el regreso a las clases presenciales⁹¹ durante un periodo de tiempo mucho más largo (hasta el comienzo del nuevo curso escolar y/o académico). Sin perjuicio de la precaución ante el contagio, no se ha motivado la decisión de poder ir de vacaciones, a la piscina, al gimnasio, etc. (siempre con la prohibición de aglomeraciones *ex art.* 1.8 y, en todo caso, en función de los datos epidemiológicos) y ni siquiera la de volver a la escuela o la Universidad. En otras palabras, no se ha tenido en cuenta que las medidas que limitan el derecho en cuestión “pueden adoptarse respetando los principios de adecuación y proporcionalidad”.

Como decíamos, el DPCM ha seguido desempeñando un papel importante y su parlamentarización (para un control preventivo más eficaz) no ha sido resolutive. En la fase de conversión del d.l. n. 19 se ha añadido otro párrafo al art. 2.1, por el que el Presidente del Consejo de Ministros o un Ministro por él delegado

“illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere”.

Es decir, el dictamen no es vinculante y la urgencia que caracteriza al estado de necesidad en sí mismo podría invalidar la disposición legislativa que se acaba de mencionar⁹².

D'AMICO, “Emergenza, diritti, discriminazioni”, *cit.*, 28. Sin embargo, esta fase es inestable porque la omnipresencia de los límites será cambiante dada la tendencia concreta de la curva epidemiológica y la capacidad de gestión del territorio y la red hospitalaria.

91 Para este tipo de actividad siguió aplicándose el art. 2 del d.-l. núm 19, de 2020. Véase la nota anterior.

92 Tal y como ocurrió, además, con el DPCM del 18 de octubre de 2020 que modificó el DPCM, que entró en vigor tan solo unos días antes (el 13 de octubre) y, con él, las medidas urgentes para contener el contagio en todo el territorio nacional.

La expresión “*tenere conto*” es una fórmula mucho más blanda con respecto a la que idealmente indica (art. 7.1. l.n. 234/2012), es decir, aquella por el que el Gobierno, una vez reconocida la directiva definida por el Parlamento,

“assicura che la posizione rappresentata dall’Italia in sede di Consiglio dell’Unione europea ovvero di altre istituzioni od organi dell’Unione sia coerente con gli indirizzi definiti dalle Camere in relazione all’oggetto di tale posizione”.

Incluso la mera referencia a la obligación de informar a las cámaras de las medidas adoptadas no prevé (por obligación) –obviamente– ningún voto por parte de estas; por lo que, de hecho, el DPCM no está parlamentarizado.

Resumiendo, los sucesivos decretos-leyes (básicamente la referencia sigue siendo el 19 y 33/2020, que pueden considerarse como los “decretos-madre”) definen una lista de medidas detalladas (cuya implementación⁹³ se encomienda a los DPCM) que constituyen el marco que establece el espacio de intervención de las regiones y las instituciones locales. Ahora, con el gobierno de Draghi, la ejecución de los decretos madre se confía a otros decretos-leyes⁹⁴; por lo tanto, el esquema no cambia de paradigma⁹⁵ como hubiera sido, si se hubiera basado en una ley estatal⁹⁶, cuya implementación se hubiera llevado a cabo mediante reglamentos gubernamentales. Por otro lado, las líneas de acción del gobierno de Draghi evidencian dos cuestiones críticas: primero, la persistencia de la pandemia, cuanto más se expande, más disminuye la presencia de las condiciones para los decretos de emergencia; en segundo lugar, los decretos-leyes en vigor tienen una duración de pocas semanas o, como mucho, de 30 días, y por lo tanto inferior a la duración exigida por la Constitución para que se conviertan en ley, que es de 60 días. El Parlamento, en lugar de volver a jugar un papel decisivo en la fase de control de la epidemia, sigue siendo vencido.

93 Mejor dicho, la elección de qué medidas activar de la lista elaborada en el decreto-ley. *Cfr.*, en la doctrina, G. CANALE, “Gli effetti dell’emergenza sanitaria sul sistema delle fonti”, en B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (dirs.), *Coronavirus e Costituzione*, cit., p. 62. Esta consecuencia produce otra anomalía constitucional en la medida en que no todo el contenido del decreto-ley entra en vigor de manera inmediata, en la medida en que depende de la adopción encomendada al DPCM o de las distintas ordenanzas que se adopten en los distintos niveles de gobierno territorial respecto a lo que requerido por la legislación nacional.

94 DPCM de 2 de marzo de 2021; Decreto-ley núm. 13 de marzo de 2021; Decreto-ley núm. 44, de abril de 2021.

95 En este sentido, véase. E. C. RAFFIOTTA, “I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti”, *Rivistaaiaic.it*, núm. 2, 2021, p. 14.

96 Es esta la tesis, clara y compartida, especialmente en tiempos de prorrogas, de A. ALGOSTINO, “Costituzionalismo e distopia”, cit., p. 13. Véase también M. MARONE, *op. cit.*, p. 133.

Es más, en el decreto-ley n. 44 de 2021 –el último, al menos hasta el momento en que escribimos– se certifica lo que venimos diciendo: la marginalización de las asambleas parlamentarias.

En el art. 1.2, última parte, emerge entre la panoplia de las fuentes de derecho anti-pandemia también la de la resolución del Consejo de Ministros (que hasta ahora se utilizó solo para declarar el estado de necesidad, así como previsto por el d.lgs n. 1/2018), que debería permitir, dadas las condiciones, la derogación de lo dispuesto por el mismo decreto-ley que la disciplina; tanto es así que –si se permita la libertad de nuevo cuño– estaríamos delante de una deliberación de deslegalización (aunque de manera bastante forzada ya que se trata de una derogación y no de una abrogación). Entendiéndose que una vez que la situación epidémica ha cambiado, siempre puede intervenir un nuevo decreto-ley, la remisión a esta “nueva” fuente de derecho si por un lado se hace referencia a una fuente colegial, por otro desaparece aquella parlamentarización a la que se sometía el DPCM, que –aunque reducida a simple subrogado⁹⁷– en todo caso tenía la ratio de “incluir” al Parlamento en la fase de gestión (ordinaria) de la pandemia. Continúa inexorablemente la exclusión de la asamblea del circuito de responsabilidad y, por tanto, de decisión política.

En un contexto epidémico que sigue requiriendo una actualización constante de las medidas a adoptar para contener la propagación del patógeno SARS-CoV-2, la práctica de ejecutar decretos-leyes con otros decretos-leyes comportará que las consecuencias que surgirán en el corto plazo se llegarán a considerar fisiológicas al sistema, con el riesgo de que no se puedan limitar las praxis generalizadas a los casos de absoluta excepcionalidad, además de porque éstas no tienen fundamento en ninguna motivación plausible, tampoco en la emergencia decisoria. Los fenómenos estigmatizados son múltiples: la falta de conversión de una serie de decretos-leyes que tienen plazos anteriores al plazo de conversión y, que, por tanto, carecen en sí mismos de la necesidad de conversión; el plazo de conversión (de hecho) se acorta más allá de toda medida por la confluencia de varios decretos-leyes emitidos en distintos momentos que no solo congestionan los trabajos del Parlamento, sino que también se traducen en el largo contenido de los decretos-leyes asociados, configurando un Parlamento de facto monocameral⁹⁸. Decimos esto porque la segunda cámara no solo se limita a ratificar la decisión adoptada en el primer examen, sino que debe trabajar con mucha prisa.

97 Cfr. *retro* en nota 91. En la doctrina se habla de una “*soluzione debole e insufficiente*”: G. BRUNELLI, “Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento”, *cit.*, p. 390.

98 A. MANZELLA, *Elogio dell’Assemblea, tuttavia*, Modena, 2020, p. 21.

Esta forma de actuar podría llevar a nuestro ordenamiento jurídico a adoptar la praxis de derogar la norma de un decreto-ley en fase de conversión, no respetando el plazo máximo de 60 días para la conversión del decreto “absorbido”⁹⁹, en la medida en que éste no decae, sin que los efectos (hasta entonces producidos) contenidos en la ley de conversión del decreto “absorbente” hayan entrado en vigor.

Más allá de que la confluencia entre los distintos decretos-leyes deba considerarse en sí mismo un fenómeno patológico, y que el Gobierno no debería regular mediante decreto-ley las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de los decretos no convertidos¹⁰⁰, más estrés aún conlleva la invitación de la Corte constitucional para que las deformaciones y la extensión en las formas gubernamentales no sean el producto de violaciones causadas por ponderaciones irracionales, que produzcan un irracional desequilibrio en los procedimientos parlamentarios y, por lo tanto, una vulneración grave y manifiesta en las atribuciones a los parlamentarios¹⁰¹.

Parece, además, que la técnica normativa que venimos observando, aporta “*pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell’ordinamento, in conseguenza dell’uso del tutto anomalo della legge di conversione*”¹⁰², también porque preserva los efectos anteriores de una norma primaria antes de que caduque el plazo para la conversión del decreto-ley original en el que estaba contenida.

IV. LA NECESIDAD DE LA *REDUCTIO AD UNUM* CON SUS EXCEPCIONES, PARA UNA CONDUCCIÓN UNITARIA DE LA EMERGENCIA, AL MENOS EN FASE 1. EN FASE 2... PRUEBAS DE DIFERENCIACIÓN (MOTIVADAS) EN MODO *STOP AND GO* Y RECHAZO DE UN (NUEVO) CONFINAMIENTO GENERALIZADO (MENOS PARA LOS DÍAS FESTIVOS)

Abordar la razonabilidad de las limitaciones de los derechos fundamentales implica, entre otras cosas, que sobre estos pueden tener repercusiones muchas institu-

99 Con respecto a algunas de las cuestiones que se acaban de exponer, se ha pronunciado con autoridad institucional el propio *Comité para la legislación* el pasado 9 de diciembre de 2020 y el 12 de enero 2021: *www.camera.it*. Véase E. ROSSI, “Appunti sull’abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell’emergenza Coronavirus)”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, pp. 641 y ss.

100 Art. 15.2 d) de la Ley núm. 400/1988.

101 Sentencia de la Corte const., núm. 17/2019 y 60/2020.

102 Sentencia de la Corte const., núm. 58/2018, punto 2.2 *cons. in dir.*

ciones¹⁰³, cualificadamente las regiones y los ayuntamientos, mediante una multitud de actos (no sólo legislativos).

Enfrentarse a una emergencia pandémica implica que exista una institución (el Estado) que asuma la competencia para adoptar todo tipo de medidas (valoradas en su conjunto) reactivas y adecuadas¹⁰⁴, que no pueden ponerse en discusión nada más ser emitidas¹⁰⁵, porque si así fuera (y muchas veces, demasiadas, así ha sido) no se conseguiría dar respuesta de forma adecuada y resolutive a las consecuencias dramáticas producidas por la pandemia. Medidas que además han de variar en el tiempo.

No obstante, los dos primeros decretos-leyes permitieron una cierta descentralización¹⁰⁶.

El d.-l. n. 6, derogado posteriormente por el n. 19, regula en su art. 3.2:

“Nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità e urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell’articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell’articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell’articolo 50 del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”.

Los poderes de emergencia, tal y como se deduce de la normativa a la que se refiere el propio d.-l., se encontraban ya en las disposiciones procedentes de los presidentes regionales y de los alcaldes: por lo tanto, con el fin de dar una precedencia homogeneizante a los DPCM que iban a implementar el d.-l., se condicionaba el

103 G. DELLEDONNE y C. PADULA, “Accentramento e differenziazione nella gestione dell’emergenza pandemica, en *Le Regioni*”, núm. 4, 2020, pp. 753 y ss.

104 Por todas, Sentencia de la Corte const., núm. 37/2021. En la doctrina: G. DI COSIMO, “La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)”, *LaCostituzione.info.it*, de 21 de marzo de 2021; L. CUOCOLO y F. GALLARATI, “La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale”, *Corti supreme e salute*, núm. 1, 2021; V. BALDINI, “Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte costituzionale”, *Dirittifondamentali.it*, núm. 1, 2021, pp. 439 y ss.

105 Con graves consecuencias sobre los propios estudios epidemiológicos, con debilitamiento de su capacidad predictiva.

106 Art. 1.2 del d.-l. 6/2020, pero también del núm. 19. Se trata de materias que forman parte de la potestad concurrente: protección civil, salud, educación, valorización de bienes culturales y ambientales. Entre las residuales: asistencia social, industria, comercio, artesanía, turismo *etc.*

poder de emergencia a la presencia de dos condiciones: “*nelle more*” de los DPCM y en los “*casi di estrema necessità ed urgenza*”.

El problema interpretativo, que no favorecía la *reductio ad unumum*, fue que se dejó a la discrecionalidad (político-institucional) de los máximos órganos ejecutivos, la definición de las medidas concretas a adoptar, más allá de la interpretación por la que la expresión “*nelle more*” podía implicar que el *dies a quo* volvía a empezar al día después de la adopción de un nuevo DPCM. La avalancha de actos adoptados (una verdadera hipertrofia) demuestra la inaplicabilidad del artículo recién mencionado¹⁰⁷.

Un objetivo para alcanzar en el corto plazo ha sido el de limitar la actuación de los entes locales. Así, el d.-l. n. 19 ha prescrito *ex art. 2.2.*, que

“Nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri¹⁰⁸ di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all’articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell’articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833”.

Las ordenanzas, por tanto, de acuerdo con esta lectura sólo podrían ser adoptadas por el Ministro de Salud, y ya no por los presidentes regionales, ni por los alcaldes. Si bien estos últimos fueron (de hecho) coartados para ejercer el poder –directa¹⁰⁹ pero también indirectamente¹¹⁰, permaneciendo como un espacio de intervención

107 Aunque una interpretación restrictiva (y más que razonable) era absolutamente posible: M. LUCIANI, “Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza”, *cit.*, pp. 20 y ss.; R. CHERCHI y A. DEFFENU, “Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni”, *cit.*, p. 672.

108 Se adoptará también a propuesta del Ministro de Sanidad, del Presidente de la Región (en lo que respecta a las competencias) y también, tras obtener el dictamen no vinculante de los demás ministros y de los Presidentes de las Regiones interesadas (si son todos, por el presidente de la Conferencia de Regiones). Sobre las Conferencias, véase, entre todos, E. CATELANI, “Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l’emergenza Covid-19? Più forma che sostanza”, *Osservatorio sulle fonti*, núm. 2, 2020, pp. 502 y ss.

109 Art. 3.2 del d.-l. núm 19/2020: “[i] Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l’emergenza *in contrasto* con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1”.

110 En la medida en que las medidas cada vez más restrictivas son ahora prerrogativa de las Regiones y esta posibilidad se expresa formalmente, el contraste se da (más allá del alcance concreto de la medida, si más o menos liberal, no es relevante) siempre que la misma se regule de manera diferente.

residual–, a las regiones se les seguía reconociendo un poder de ordenanza¹¹¹, limitado a la introducción de medidas restrictivas que –si bien “*nelle more*”¹¹²– podían adoptarse “*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 las autoridades locales durante la fase de emergencia deben, por tanto, velar por la adecuación (de las medidas) y la diferenciación (de las valoraciones) para responder localmente a las necesidades de emergencia nacional de una forma cada vez más instantánea y eficiente. De hecho:

*“in presenza di emergenze di carattere nazionale, dunque, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell’emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali”*¹¹³.

El cambio de paradigma se registró después con el decreto n.33. La primera fase de la emergencia supuso una reconducción hacia la unidad para unos análisis epidemiológicos uniformes en vista de las correspondientes medidas. Estos deben mantenerse, pero al mismo tiempo se requiere una gestión más abierta a las autonomías y, por tanto, a la diferenciación para dar respuesta a situaciones epidemiológicas concretas a nivel local.

Por tanto, a partir de una capacidad de diferenciación sólo *in peius* fue posible entonces ejercer el poder de autonomía también *in melius* (al menos para las actividades económicas, productivas y sociales).

El ejercicio de la diferenciación es posible según el conocido criterio de supletoriedad:

“[L]e attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi conte-

Los alcaldes, por tanto, siguen siendo el poder de emergencia limitado a lo que no encuentra disciplina alguna (estatal y regional), limitado a la partición territorial sobre la que tiene jurisdicción.

111 Art. 3.1, d.-l. núm. 19/2020.

112 De un DPCM cuya posible adopción ni siquiera se conoce, con la consecuencia de que el DPCM no tiene un plazo máximo de efectividad.

113 Así Consejo de Estado, secc. I, dictamen del 7 de abril de 2020, núm. 735 punto 8.5 *Considerato*.

nuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16".

Entonces, según el art. 1.16, d.-l. n. 33, se puede permitir un sistema que incluya una flexibilidad notable con respecto a los vínculos de naturaleza sustancial y procedimental:

“per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, le regioni monitorano con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale. I dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle regioni al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni. In relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020 e sue eventuali modificazioni, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2”.

La normativa regional, por tanto, requiere de motivos y bases científicas en las que fundamentar sus propias medidas de diferenciación, a través de una verdadera fase sumarial.

Con el d.-l. n. 33/2020 (art. 1.16-bis) entonces se abandona la senda de las medidas nacionales, y se empieza a elaborar una respuesta territorialmente definida, ponderada para áreas geográficas específicas, a excepción de los días festivos, que “requieren” de medidas generalizadas¹¹⁴.

De ahí la coloración quincenal (como mínimo) de las Regiones sobre la base de índices establecidos (también) en la Conferencia Estado-Regiones (anexo n. 10 del DPCM del 30 de abril de 2020) y decididos por Orden del Ministerio de Salud. Una vez más, el poder de decisión no es gubernamental, sino solipsista, aunque an-

114 Véase el art. 1 del d.-l. n. 158, de 2 de diciembre 2020; d.-l. núm. 30, de 13 de marzo 2021.

clado a un vínculo científico no evaluativo, que tiene como finalidad aplicar nuevas medidas para contener el contagio en algunas zonas del territorio nacional, con el fin de asegurar de manera uniforme en los territorios regionales la protección del derecho a la salud de la población, y ser ejercido de manera obligada de acuerdo con las condiciones de hecho y de derecho que señale la legislación nacional.

Sin embargo, la curva epidemiológica (que detecta un proceso) ha vuelto una vez más a imponer la redefinición de las relaciones entre instituciones limitando y coartando la capacidad decisoria de las regiones que, en una fase (la actual, en la que la propagación del virus, con el que seguimos conviviendo, ha vuelto a ser especialmente amplia y contagiosa) que requiere volver a una gestión central y centralizada, y las regiones pueden intervenir, eventualmente, solo con más restricciones; las eventuales medidas de ampliación ya no pueden tomarse por mera comunicación, sino solo después de un acuerdo con el Ministro de Salud. La modificación (mediante el d.-l. n. 125/2020) es la siguiente:

“restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d’intesa con il Ministro della salute, anche ampliative”.

Una vez más, se pone la cuestión de la flexibilidad de las relaciones que, en virtud del principio de colaboración leal, deberían de asegurar la dirección por parte del Estado, que tiene potestad exclusiva para determinar los niveles esenciales de los servicios en materia de derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional; lo mismo con respecto a la profilaxis internacional y a la coordinación informativa estadística e informática de los datos de la administración estatal, regional y local. En el contexto de emergencia de la SARS-CoV-2, estas materias se conectan con las de tutela de la salud y de protección civil, ambas ubicadas en el catálogo de las materias de competencia concurrente, para las cuales las regiones tienen un poder legislativo salvo en la determinación de los principios fundamentales, cuya disciplina compete al Estado.

Considerada la evolución de la situación epidemiológica y el crecimiento exponencial de los casos en todo el territorio nacional, a pesar de estar todavía en la fase 2, asistimos a un continuo ajuste del equilibrio entre los derechos predominantes para la tutela de la salud, y las restricciones sociales (libertad de reunión), así como a las remodelaciones de los métodos de enseñanza (aumento de la educación a distancia, especialmente para los últimos cursos de institutos de segundo grado) y a la descongestión de los servicios de transporte público. Como se ve, se avanza de forma paulatina con el fin de controlar la evolución de la pandemia y de evitar volver a la

fase 1 (de confinamiento nacional, más allá de los días festivos). En este sentido, por ejemplo, teniendo en cuenta la evolución de los datos epidemiológicos del país, el DPCM de 18 de octubre de 2020 había previsto algunas modalidades específicas de cierres territoriales, aunque no quedaba del todo claro quién era el órgano responsable para adoptar las decisiones en cuestión:

“[d]elle strade o piazze nei centri urbani, dove si possono creare situazioni di assembramento, può essere disposta¹¹⁵ la chiusura al pubblico, dopo le ore 21,00, fatta salva la possibilità di accesso, e deflusso, agli esercizi commerciali legittimamente aperti e alle abitazioni private”.

V. PRIMERAS CONCLUSIONES ENTRE “OGGETTO BEN DISTINTO” DE LA PROFILAXIS INTERNACIONAL Y LA POSITIVIZACIÓN (?) DE UNA CLÁUSULA DE EMERGENCIA

Teniendo en cuenta lo que está provocando la experiencia de la emergencia sanitaria en Italia, podemos decir que la Constitución resiste¹¹⁶.

115 La *ratio* de esta norma es la de evitar un confinamiento general, mediante medidas de cierre temporal y territorialmente circunscriptas. El órgano competente para adoptar dichas medidas –además de los alcaldes, que tienen la potestad contingente y urgente de emanar ordenanzas *ex art.* 50 y 54 TUEL– es el Comité provincial para el orden y la seguridad pública, un comité de órganos presidido por el prefecto y compuesto por el jefe de la policía, el alcalde del municipio capital de provincia, el presidente de la Diputación, los jefes provinciales de las Guardia Civil, así como por los alcaldes de otros municipios que puedan estar interesados. La tarea de dar seguimiento a las futuras órdenes emitidas por los alcaldes, para los consiguientes controles, debe encomendarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

116 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, p. 204; U. ALLEGRETTI y E. BALBONI, “Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus”, *Forum di quaderni costituzionali*, núm. 1, 2020, p. 543; S. STAIANO, *op. cit.*, p. 532; U. DE SIERVO, “Emergenza covid e sistema delle fonti: prime impressioni”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, p. 309. Muy interesante, en este mismo sentido, véase TAR Calabria (Primera Sección), sent. núm. 841, de 9 de mayo de 2020. “Anticipada” por U. ADAMO, S. GAMBINO y 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., y anotada por F. PAGANO, A. SAIITTA y F. SAIITTA, “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 ss.; A. SAPORITO, “Il principio di leale collaborazione al tempo dell’emergenza sanitaria”, *Dirittifondamentali.it*, núm. 2,

La declaración del estado de emergencia nacional es un procedimiento previsto por ley y la Constitución permite que el decreto-ley responda con prontitud a las situaciones de emergencia, y que al mismo tiempo este sea controlado. No se trata de ninguna laguna constitucional; toda disposición de la Constitución relativa al estado de emergencia debe evitar en cualquier caso la posibilidad de confiar a alguien “plenos poderes”, incluso después de una declaración de guerra¹¹⁷.

Por medio de una sentencia en cierto modo rompedora –no tanto por sus conclusiones (las Regiones no tienen título alguno) sino por la forma en que llega a ellas (la materia estatal de profilaxis internacional tiene un objeto propio, autónomo y omnicompreensivo)¹¹⁸– la Corte constitucional¹¹⁹ ha asignado de forma exclusiva la gestión de la emergencia al legislador estatal, ya que la profilaxis internacional es “*comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla*”¹²⁰.

Tal y como hemos venido subrayando en más ocasiones, se ha hecho referencia repetidamente al principio de colaboración leal con relación a materias tanto estatales como concurrentes que afectan la legislación anti-pandémica por una especie de vínculo inextricable. Descartando el camino de la subsidiariedad y/o de la sustitución *ex art.* 120 de la Constitución¹²¹, el Estado decidió basarse en la concertación con las regiones para adoptar las medidas en cuestión; sin embargo, esto no ha evitado el surgir de controversias (con la Región del Valle de Aosta) hasta llegar ante

2020, pp. 887 y ss. Sobre este tema, *cf.* E. LONGO, “Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, pp. 398 y ss.; A. LOLLO, “Il giudice amministrativo dichiara illegittimo l’allentamento, predisposto dalla Regione Calabria, delle misure nazionali per il contenimento dell’emergenza epidemiologica (nota a T.A.R. Calabria, Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841)”, *OsservatorioAic*, núm. 6, 2020.

117 En este caso, se trataría de poderes “necesarios”: G. SILVESTRI, “Covid-19 e Costituzione”, *cit.* 1.

118 Hasta ahora, la *profilaxis internacional* no se había utilizado de forma independiente, sino que *en disposición combinada*, por ejemplo, con la tutela de la salud, pero siempre de forma subsidiaria; esto es lo que ha ocurrido recientemente en el tema de la obligación de vacunación (sentencia de la Corte const., núm. 5/2018, punto 7.2.2, *cons. in dir.*).

119 Sentencia de la Corte const., núm. 37/2021, punto 7 *cons. in dir.*

120 Sentencia de la Corte const., núm. 37/2021, punto 7 *cons. in dir.*

121 G. DELLEDONNE y C. PADULA, “Accentramento e differenziazione nella gestione dell’emergenza pandemica”, *cit.*, p. 777; N. PIGNATELLI, “Brevi note sul regionalismo nell’emergenza sanitaria”, *Persona e Amministrazione*, núm. 2, 2020, p. 106.

la Corte constitucional, con todo lo que esto implica, en termino de repercusiones consistentes, de cara al futuro a corto y a más largo plazo.

La Corte se deshace del inextricable entrelazamiento de las materias de competencia estatal (también transversal) y regional a la que hasta ahora se habían vinculado las medidas anti-SARS-CoV-2, y lo hace de una forma sencilla, es decir, sin reconocerlas, optando por el camino de la competencia plena de la profilaxis internacional –de forma que más que un bien material, la profilaxis se parece un fin a perseguir¹²²–.

En primer lugar, la protección de la salud (competencia concurrente) es distinta con respecto a la de la profilaxis internacional, que incluye la disciplina de la materia “pandémica”. Esto significa que no se trata de ningún entrelazado de materias o del predominio de una sobre otra, sino de dos materias distintas: las medidas para prevenir y contrastar la pandemia de SARS-CoV-2 recaen (pertenecen) enteramente a la competencia legislativa exclusiva del Estado como profilaxis internacional y, por lo tanto, el legislador regional no puede invadir este “espacio” con una disciplina propia en materia de pandemia.

En segundo lugar, las regiones pueden restringir o aliviar las medidas nacionales, pero solo si están respaldadas por datos científicos que comprueben el agravamiento de la situación epidémica. En otras palabras, la autonomía regional puede ejercerse sólo dentro de espacios limitados reconocidos por la legislación nacional.

En tercer lugar, el principio de colaboración leal puede dejarse de lado en la medida en que la competencia sea estatal; el uso de formas de acuerdo con las regiones (independientemente de que sean “fuertes” o “débiles”) no es necesario no solo porque no marca la potestad concurrente, sino también porque no se ha activado el camino de la sustitución y de la “llamada” de subsidiariedad.

Estas son las conclusiones de la sentencia de la Corte, que también repercutirán en la gestión de la crisis y su capacidad para resolverla adecuadamente a las formas constitucionales o no.

La Corte, por lo tanto, excluye el parámetro al que se refiere el art. 117.3 de la Constitución, la tutela de la salud, no considerando necesario “ampliar” el alcance del contenido de los principios encomendados al Estado, haciendo referencia a aquella jurisprudencia según la cual la norma

122 No solo la legislación nacional resalta la dimensión vertiente de la *profilaxis internacional* en su dimensión de carácter esencialmente fronterizo (art. 126 d.lgs. n. 112/1998), sino que (en el caso específico) a nivel supranacional e internacional tampoco existen normas que requieran *implementación* alguna. Estas características han sido perfiladas por los autores citados *retro* en nota 103.

“sebbene a contenuto specifico e dettagliato, è da considerare per la finalità perseguita, in rapporto di co-essenzialità e di necessaria integrazione con le norme-principio”¹²³ [que caracterizan el sector en cuestión].

La extensión del “principio”, sin embargo, choca con el límite del mismo que, aunque extendido, no es capaz de identificar (también) a los sujetos competentes para tomar esta decisión (esto habría quedado para la legislación de detalle). Abandonado el camino de la potestad concurrente, entre las materias exclusivamente estatales hay al menos dos que podían recordarse o, al menos para la primera, citarse: la coordinación estadística e informática de los datos de la administración estatal, autonómica y local, y la determinación de los niveles esenciales de servicios 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 renovado Título V, cabría esperar que la intervención estatal se recondujera bajo este paraguas, también a la luz de esa jurisprudencia, que no tardó en reconocer la capacidad de la intervención del Estado para alcanzar todo nivel de detalle (siempre asegurando la razonabilidad). A diferencia de lo que hubiera sucedido siguiendo el camino de ampliar el alcance de los principios fundamentales de la materia concurrente de la tutela de la salud, la influencia de la legislación podría haberse reconocido no solo en la disciplina legislativa, sino también en la administrativa, superando (en fase de emergencia) el reenvío de la búsqueda de la colaboración leal requerida, por ejemplo, en la “llamada de subsidiariedad”¹²⁴ pero no en la determinación de los niveles esenciales de servicios en materia de derechos civiles y sociales que deben garantizarse en todo el territorio nacional (art. 117. 2, lett. m)). Sin embargo, en el caso que nos ocupa no nos enfrentamos –siempre según la Corte– a ninguna transversalidad de la materia (como es aquella del art. 117. 2, lett. m), a ninguna materia-objetivo, materia-valor, o a una materia no materia. Aunque no justifique adecuadamente la conclusión a la que llega, para la Corte la profilaxis internacional no es una competencia que che

“ha tratti di trasversalità, come obietta la difesa regionale, per inferirne che essa si limiterebbe a sovrapporsi alla disciplina legislativa regionale altrimenti competente. La materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben

123 Sentencia de la Corte const., núm. 37/2021, punto 7, *cons. in dir.*

124 Sentencia de la Corte const., núm. 303/2003.

distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina”¹²⁵,

aunque poco tiempo después la misma Corte debe reconocer que el Estado está obligado a apoyarse en la organización regional de salud para implementar sus propias medidas profilácticas, pese a que, en el mismo punto en derecho, recuerda que puede hacerlo “perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall’art. 120 Cost.”¹²⁶.

Volviendo a la cuestión de si es necesaria o no la constitucionalización de una disposición de emergencia, podemos afirmar que si para el futuro alguien quiere tomar el camino de prever una cláusula constitucional de emergencia –pese a la constatación objetiva que “l’assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale”¹²⁷– tendrá que hacerlo, pero teniendo en mente lo que Ackerman escribía para la memoria futura poniendo en guardia y recordando que “[d]elineare un regime costituzionale per uno stato limitato di emergenza è una faccenda complicata. Se non si assumono attente precauzioni, le misure di emergenza hanno la tendenza a perpetuarsi ben oltre il tempo in cui sono necessarie”¹²⁸.

La disciplina constitucional del estado de emergencia (que obviamente no se puede institucionalizar mediante reformas constitucionales mientras se vive en el estado de emergencia)¹²⁹ no debería de tener el fin de atribuir poderes extra ordinem –que de hecho se afirmarían in re ipsa por la necesidad– sino más bien debería delimitar los límites de un poder que, al ser libre en sus fines, podría conducir a una ruptura. Dicho de otra manera, la cláusula de emergencia tiene que limitarse a respetar los fundamentos del constitucionalismo y, por lo tanto, la limitación al poder. Esta es la interpretación que se puede dar a las cláusulas presentes en otros ordenamientos constitucionales, pero también en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde en su art. 15.1 se concede una derogación “con limitaciones”¹³⁰:

125 Sentencia de la Corte const., núm. 37/2021, punto 7, *cons. in dir.*

126 Sentencia de la Corte const., núm. 37/2021, punto 12, *cons. in dir.*

127 M. LUCIANI, “Avvisi ai naviganti del Mar pandemico”, *cit.*, p. 25.

128 B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza*, Roma, 2005, p. 15.

129 Para evitar meter mano a la Carta constitucional por cuestiones de mero mantenimiento, con el riesgo también de producir reformas miopes motivadas por la contingencia de los hechos.

130 A su vez sometidas 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 AIC*, núm. 3, 2020, pp. 341 y ss.

“[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”.

Mientras tanto, durante la contingencia (que puede ser una emergencia o una situación fisiológica), al legislador le debemos exigir un equilibrio constante entre derechos, que limite al máximo la contracción de cada uno de ellos, y no distorsione la correcta estructura de los derechos que debe regirse, siempre más, sobre el principio de cooperación leal. Esto sin pensar nunca que pueda haber lugar a una suspensión de las libertades, porque eso significaría cuestionar la propia Constitución, cuya legitimación descansa justo en la tutela de los derechos fundamentales, porque estaríamos provocando una *contradictio in adiecto* insostenible.

En conclusión, por tanto, se puede decir que Italia afronta la emergencia sanitaria de forma proporcionada y adecuada (en este momento y en todo caso teniendo en cuenta todas las cuestiones críticas identificadas hasta ahora); una emergencia, esta, que, a diferencia de la terrorista o las naturales conocidas hasta ahora, tiene la particularidad de afectar simultáneamente a todo el territorio nacional, así como a todos los países del mundo. Desde este punto de vista, se puede detectar una diferencia en la capacidad regulatoria para responder a la emergencia pandémica en la protección de las libertades constitucionales no solo –como es evidente– entre países democráticos y los que no lo son, sino también entre los que se encuadran en el mismo régimen de democracia. Es decir, existe una clara diferencia entre las respuestas a pandemia a la luz del arraigo de las razones del constitucionalismo entre las democracias maduras y consolidadas¹³¹ y las que –incluso de forma autónoma¹³²– llegan a definirse “iliberales” (constituyendo una degeneración de las primeras), ya que (solo) las segundas tienden a “utilizar” la emergencia sanitaria para acentuar más allá de lo indispensable el desequilibrio de poderes hacia el ejecutivo (extendiendo sine die los poderes normativos del Gobierno y sustituyendo el control parlamentario con

131 Véase U. ADAMO y S. GAMBINO, “Emergenza e rule of law nella prassi costituzionale italiana”, *La cittadinanza europea*, núm. 2, 2020, pp. 179 y ss.

132 No se puede pensar –tampoco semánticamente– en una democracia que sea iliberal: A. SPADARO, “Dalla ‘democrazia costituzionale’ alla ‘democrazia illiberale’ (populismo sovranista), fino alla ... ‘democrazia’”, *www.dpceonline.it*, p. 3878.

una obligación genérica de información) y para forzar las limitaciones a las libertades de manera desproporcionada, inadecuada e indefinida¹³³.

Con respecto a las (posibles) reacciones desequilibradas de la población afectada (hasta hace poco) por los ataques terroristas y (ahora) por los efectos traumáticos de las crisis económicas producidas por la pandemia (como para inducir también un riesgo de quebrantamiento del orden público y de la propia democracia), parte de la doctrina sugiere que se positivice en el texto constitucional una cláusula que regule los Estados de excepción a través de la previsión de una “Constitución de emergencia” “che permetta di adottare misure operative efficaci per prevenire un secondo attentato nel breve termine ma che, con fermezza, stabilisca un límite alla loro durata”¹³⁴ –con respecto a la hipótesis de emergencia por terrorismo–, o que se permita adoptar medidas de contención de la difusión de la pandemia sin cuestionar el ejercicio del poder normativo en los casos de necesidad y urgencia, por parte, respectivamente, del Parlamento y del Gobierno. No por casualidad, bajo esta perspectiva, el análisis del académico norteamericano, donde explicitó una orientación similar, se tituló “Antes del próximo ataque”, preocupándose –el autor– de precisar cómo, además de límites procedimentales complejos (y garantistas) en la revisión del texto constitucional, la cláusula de emergencia tenía que preocuparse por regular el carácter temporal del “stato di emergenza”¹³⁵, evitando así autorizar limitaciones duraderas de derechos.

Como se argumentará de aquí en adelante, la constitucionalización del estado de necesidad (que sigue siendo una de las opciones políticas y de política jurídica, pese a que tal opción fue descartada expresamente durante el debate constituyente)¹³⁶ no es necesaria¹³⁷, pues la Constitución (y la jurisprudencia ordinaria y constitucio-

133 B. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 175.

134 *Ibidem*, p. 175.

135 *Ibidem*, 24.

136 Y no por “olvidarse”. En la doctrina, véase, entre otros, G. SILVESTRI, “Covid-19 e Costituzione”, *cit.*, pp. 1 y ss.

137 Pero sí oportuna, según G. DE MINICO, “Costituzionalizziamo l'emergenza?”, *Osservatorio sulle fonti*, edición especial, 2020, pp. 542 y ss., quien se pregunta si “*il soddisfacimento del bene 'sicurezza' inteso in senso soggettivo può comprimere la tutela dei beni specifici costituzionalmente protetti, subordinando il bilanciamento tra i medesimi all'obiettivo di rafforzare la percezione soggettiva della sicurezza stessa*” M. DOGLIANI, “Il volto costituzionale della sicurezza”, *Astrid Rassegna* (27 abril 2020). *Cfr.*, también, M. VILLONE y G. DE MINICO (dirs.), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia, Consulta onLine*, 2020. Sobre la conveniencia (mejor dicho sobre una verdadera necesidad) de una disciplina constitucional de la emergencia: A. RUGGERI, “Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto”, *cit.*, p. 213.

nal de las últimas décadas) ha demostrado cómo ella misma no pierde (no ha perdido) el carácter prescriptivo incluso bajo una situación de estrés extremo.

El ordenamiento jurídico se ha protegido en la medida en que la producción nomopoyética ha seguido cauces ya constitucional y legislativamente positivizados (nos referimos a la Constitución respecto del fundamento de las medidas adoptadas, y no al “hecho” de urgencia, ni a la mera necesidad de que no son fuente, sino hechos) y ha sido especialmente a través de la conversión en ley de las fuentes gubernamentales primarias, que el Parlamento ha podido controlar al Ejecutivo. Por otro lado, las garantías jurisdiccionales no solo no han flaqueado, sino que también han contribuido a mantener el inestable equilibrio entre órganos resolviendo las diversas antinomias causadas por una relación cuanto menos cuestionable, y no centrada realmente en el principio de colaboración leal. Esto ha permitido recomponer para el sistema, un marco que iba (en ocasiones con verdadero desconcierto) hacia una relación descompuesta por el continuo solapamiento entre actos excéntricamente¹³⁸ conflictivos, causados por algunos presidentes regionales o algunos alcaldes quienes –buscando más bien consenso y notoriedad¹³⁹– en ocasiones han emitido ordenan-

138 El uso del adverbio viene dictado por la singularidad de algunas disposiciones que fueron en clara y directa violación constitucional y legislativa: se anula la ordenanza del alcalde de Messina *“nella parte in cui introduce, senza alcuna base di legge, un potere comunale di previa autorizzazione all’ingresso e al transito sul territorio comunale (obbligo di ‘Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale ... del Nulla Osta allo spostamento), si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione previste dalla Parte I, Titolo I (Rapporti civili) della Costituzione, artt. 13 e 16”* (Consejo de Estado, sección I, ad. 7 de abril de 2020, *Considerato* 6.4); se anula la disposición del Presidente de la Junta de Calabria que disponía la obligación a ponerse la vacuna de la gripe para algunas categorías de personas, en la medida en que *“i trattamenti sanitari obbligatori, quale l’obbligo di vaccinazione antinfluenzale, sono coperti da riserva di legge statale, alla stregua dell’art. 32, comma 2 Cost., letto in combinazione con l’art. 3 Cost. e l’art. 117, comma 3 Cost.”* (Tar Calabria, Catanzaro, sección I, 15 de septiembre de 2020, núm. 1462, punto 4); anulación de la ordenanza del Presidente de la Región de Calabria en la medida en que autorizaba la reapertura de Bares, Pastelerías, Restaurantes, Pizzerías, Agriturismos solo con consumición en exterior, las medidas emanadas por razones de sanidad tienen que ser autorizadas por una ley anterior que, en este caso, no estaba (Tar Calabria, Catanzaro, sent. de 9 de mayo de 2020, núm. 841, punto 20). También se suspendió la disposición de cierre generalizado e injustificado de las escuelas de primer grado, siempre ordenada por el propio Presidente de la Junta, ya que la derogación más restrictiva de las disposiciones estatales a las que se refiere el acto impugnado [...] en todo caso debe basarse [...] en un] sumario procesal que les dé fundamento (Tar Calabria, Catanzaro, dec. 8 de enero de 2021, núm. 2).

139 Sobre este tema, véase V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia al tempo dell’emergenza*, Milano, 2020, p. 228.

zas claramente ilegítimas por ser contrarias a la Constitución o, en otras ocasiones, a la normativa nacional.

Por lo tanto, si quisiéramos hacer un balance de lo sucedido hasta ahora; en su conjunto podríamos afirmar que la autoridad no se ha encontrado en una situación en la que se tiene el “bisogno di diritto per creare diritto”¹⁴⁰. Asentir que no hemos pasado por ningún estado de excepción obviamente no significa que muchas veces no se haya producido un equilibrio desequilibrado¹⁴¹, aunque esto tiene que ver con la razonabilidad¹⁴² de la legislación y, por lo tanto, con el control siempre posible de su constitucionalidad (si se puede... nada más).

Resumen

El texto propone un análisis crítico de las repercusiones que se pueden determinar para el orden constitucional debido a situaciones de emergencia que requieran la adopción de medidas adecuadas para su atención. La estabilidad constitucional se asegura cuando el sistema es sólido y cuando la democracia es madura; siendo siempre posible limitar los derechos en equilibrio con otros derechos, así como con la tutela de la salud.

Palabras clave

Emergencia epidemiológica; Confinamiento; Fases; Fuentes del Derecho; Convalidación.

140 C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, en G. MIGLIO y P. SCHIERA (dirs.), Bologna, 1972, p. 40. Entre la más autorizada doctrina constitucionalista italiana, A. PIZZORUSSO, “Emergenza (stato di)”, en *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1993 –consultado en la web de la Enciclopedia–, en respuesta a la tesis de los *estados de excepción* de Santi Romano (S. ROMANO, “Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria”, *Rivista di diritto pubblico*, núm. 1, 1900, ahora en *Id.*, en *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1951, pp. 287-310), afirma “*il ragionamento su cui si fonda la tesi in esame sembra inaccettabile a causa della totale indeterminatezza delle conseguenze che si vorrebbero far derivare dalla constatazione dello stato di necessità, e della conseguente arbitrarietà degli atti che dovrebbero decidere i rimedi da adottare. Diverso è il caso quando una situazione di urgente necessità è assunta come fattispecie legittimante l'esercizio da parte di un soggetto di determinati poteri almeno in certa misura delimitati dal diritto vigente, come nel caso dei decreti legge, ora previsti dall'art. 77 della Costituzione italiana*”.

141 Muy crítica la postura de V. BALDINI, “Proporzionalità e adeguatezza nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche”, *Dirittifondamentali.it*, quien llega a hablar de “stato di prevenzione”, p. 144.

142 Entre todos, se considera el derecho a la educación, “desmedidamente sacrificado” [P. CIARLO, “La scuola come contropotere critico (ovvero in difesa della didattica in presenza)”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020] o, más en general, a las actividades culturales, los derechos políticos y, aún más en general, los derechos sociales.

Abstract

The contribution proposes a critical analysis of the consequences that can be determined in the constitutional legal system upon the occurrence of emergencies that require the adoption of suitable measures to deal with them. The constitutional system holds up if it is concrete and if democracy is mature. Upon the occurrence of these conditions, it is possible to limit the rights in the balance with other rights, respecting what is recognized by the same constitutive system and for the protection of health.

Keywords

Epidemiological emergency; Lockdown; Phases; Sources of law; Validation.

Recibido: 30 de marzo de 2021

Aceptado: 16 de abril de 2021

**REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL TEDH
SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL CONTEXTO
DE LA PANDEMIA. COMENTARIO A LA STEDH
CENTRO PARA LA DEMOCRACIA Y ESTADO
DE DERECHO, DE 26 DE JULIO DE 2020**
**Review of ECHR doctrine on the right to access
to public information in the pandemic context.
Comment to the judgement of the ECHR, centre for
democracy and rule of law v. Ukraine, 26 july 2020**

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO

*Investigadora predoctoral FPI. Departamento de
Derecho Constitucional Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I. El acceso a la información pública en el contexto de la pandemia del COVID-19. Una breve aproximación al estándar de protección del derecho de acceso a la información pública elaborado por el TEDH.
- II. STEDH asunto *Centro para la Democracia y Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de julio de 2020.
- III. Aplicación del estándar del TEDH al caso concreto: finalidad de la información, naturaleza de la información, rol del solicitante y que la información esté lista y disponible.
- IV. La injerencia en la libertad de información está prescrita por ley y persigue un objetivo legítimo.
- V. Ponderación de los intereses en conflicto: ¿la injerencia en la libertad de información resulta necesaria en una sociedad democrática?
- VI. Acerca de la cuestión de la motivación de la solicitud de información
- VII. Conclusiones.

I. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ELABORADO POR EL TEDH

El contexto de crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID-19 ha resultado todo un desafío para el Derecho Constitucional de nuestro tiempo. En lo que respecta a la información pública, se han notado carencias importantes en el seno de los Estados europeos para garantizar debidamente el acceso a la información pública como derecho esencial proclive al escrutinio. Así, si bien puede pensarse que una actuación transparente genera confianza y aproxima a la ciudadanía a lo público en circunstancias de normalidad, resulta una máxima para situaciones regidas por la excepción. Y es que, en efecto, el contexto de inseguridad e incertidumbre que ha acompañado la gestión de la pandemia, ha puesto claramente de manifiesto la importancia de la información pública y del acceso a la misma, como herramientas contra la desinformación.

Lejos de operar de manera unificada en Europa, y en España particularmente por la descentralización territorial, se ha evidenciado una descoordinación en la recopilación de los datos, en el número de fallecidos e infectados por el virus, así como grandes cantidades de desinformación, entre otras cuestiones que han favorecido graves problemas de confianza¹ en las instituciones, y aumentado la polarización y el sesgo informativo². Todos estos elementos coinciden en un punto común, y es

1 La pérdida de confianza en este contexto, seguida de la falta de información pública, encaja a la perfección con la explicación aportada por D. INNERARITY, *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, Galaxia Gutenberg, 2020, cuando señala que “una democracia constitucional institucionaliza la desconfianza hacia cualquier extensión de las prerrogativas del poder, desde la memoria histórica de que el poder suele estar irresistiblemente tentado a quedarse con ellas. Siempre es más fácil conceder nuevas competencias a quienes tienen a su cargo nuestra seguridad que devolverlas”.

2 Sobre desinformación durante la pandemia, se recomienda entre otros, la lectura de J. MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, “Noticias falsas. Confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ejemplar dedicado a “Coronavirus y otros problemas”, núm. 86-87, 2020, pp. 122-137; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Interpretación constitucional y populismo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 33, 2020; F. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 121-140; A. ABA-CATOIRA, “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, núm. 109, 2020, pp. 119-151. I. BLANCO ALFONSO, “Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública. Una aproximación desde la fenomenología”, *Revista*

la falta de acceso a la información pública que ha imperado durante este tiempo, acompañado de una falta de políticas comunicativas³ capaces de trasladar a la opinión pública parámetros comunes y determinantes de actuación⁴. De ahí que, como afirma Moretón Toquero se haya dado un “paradójico escenario en que la información resultaba vital (en el más amplio sentido de la palabra) pero, al mismo tiempo, la desinformación se extendió de forma desmesurada”⁵.

En este contexto y en el marco del constitucionalismo multinivel, no resulta baladí atender a la posición mantenida por el TEDH en el que ha sido su primer pronunciamiento sobre acceso a la información pública en pleno contexto de pandemia. Se trata del asunto *Centro para la Democracia y Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de julio de 2020, cuyo análisis será crucial para ver si el TEDH ratifica el estándar de protección del derecho iniciado con el asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, o por el contrario, retrocede en su interpretación. El asunto analizado introduce además algunos aspectos interesantes, tanto por el momento coyuntural en que se da el pronunciamiento, como por las implicaciones que derivan del fallo del TEDH para la garantía del acceso a la información pública, *ex art. 10 CEDH*.

de Estudios Políticos, núm. 187, 2020, pp. 167-186. MAGALLÓN ROSA, R, *Desinformación y pandemia. La nueva realidad*, Pirámide, 2020.

3 Sobre la narrativa y políticas comunicativas que han protagonizado la gestión de la crisis sanitaria, entre otros, por todos, X. PEYTIBI, “La comunicación de Gobierno durante la crisis sanitaria de la COVID-19”, en J. RENIU VILAMALA y J. MESEGUER SÁNCHEZ, (dirs.), *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 277-289; P. CANALETA, “Cambios y alteraciones de la comunicación política en un escenario de confinamiento”, en J. RENIU VILAMALA y J. MESEGUER SÁNCHEZ, (dirs.), *op. cit.*, pp. 291-304; C. COSTA-SÁNCHEZ y X. LÓPEZ-GARCÍA, “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, núm. 3, 2020, pp. 1-14.

4 Para un tratamiento en profundidad sobre los problemas generados en torno al derecho de acceso a la información pública en el contexto de la pandemia, permítase la remisión a E. PÉREZ CONCHILLO, “El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria”, *Revista de Derecho Político*, núm. 109, 2020, pp. 229-260.

Sobre las cuestiones mencionadas, puede verse también, por todos, J. SIERRA RODRÍGUEZ, “Estado de alarma, transparencia gubernamental y rendición de cuentas durante la crisis del COVID-19”, en J. RENIU VILAMALA y J. MESEGUER SÁNCHEZ, (dirs.), *op. cit.*, pp. 255-274.

5 M.^a A. MORETÓN TOQUERO, “Libertad de información y transparencia pública bajo el Estado de alarma decretado para afrontar la pandemia por Covid-19”, en P. BIGLINO CAMPOS, y F. DURÁN ALBA (dirs.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 6.

Por otro lado, interesa atender a la jurisprudencia del TEDH en esta materia al ser clave en el marco de las relaciones entre ordenamientos. En este orden de cosas, el TEDH ha construido un estándar de protección ciertamente reforzado sobre el acceso a la información pública en el marco del art. 10 CEDH. No obstante, esta protección se ha condicionado por el TEDH al cumplimiento de una serie de requisitos, que constituyen un test para dotar de iusfundamentalidad al derecho. Y ello en tanto se considera que, una vez superados tales elementos, el acceso a la información hace de derecho instrumental necesario para la efectiva realización de la libertad de información del art. 10 CEDH. Esta postura del Tribunal de Estrasburgo resulta especialmente clave para España en lo que concierne a la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional (art. 10.2 CE), pues por el momento, no ha sido asumida en el ámbito interno. El motivo principal de esta falta de cohesión interpretativa deviene del hecho de que en España el derecho de acceso a la información pública ha venido interpretándose exclusivamente en el marco de las relaciones con la Administración a tenor del art. 105.b) CE, y no como presupuesto del art. 20.1.d) CE.

Esta falta de acomodo y asunción en España respecto del estándar de protección que ostenta el derecho en el ámbito internacional ha llamado la atención de gran parte de la doctrina especializada⁶. No obstante, el contexto de la pandemia ha intensificado el debate, por el letargo e incluso suspensión de plazos para la tramitación de solicitudes de acceso, al que se ha visto sometido el derecho durante este tiempo. Esta debilidad, contrasta sin embargo con la importancia de la que ha sido dotado el derecho a través de una serie de consideraciones efectuadas por diversos organismos internacionales.

En este sentido, resulta destacable la publicación efectuada por la Secretaria del Consejo de Europa, de un conjunto de herramientas para los Gobiernos de los Estado miembros sobre el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho durante la crisis de COVID-19. Entre las distintas áreas que cubre el documento, destaca en lo que ahora interesa el apartado referido a “Libertad de

6 Entre otros muchos, se muestran críticos sobre la falta de adaptación de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información al contexto internacional, por todos, véase G. ROLLNERT LIERN, “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 349-368. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 13, 2017, pp. 188-206; L. COTINO HUESO, “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 279-316.

expresión e información, libertad de prensa, acceso a información oficial”. En éste, se subraya la importancia de salvaguardar el libre flujo de la información durante la gestión de la pandemia, así como la importancia del acceso a la información sobre la base de los principios establecidos por la jurisprudencia del TEDH⁷. En la misma línea, se ha publicado en el ámbito de las Naciones Unidas (ONU) un comunicado conjunto emitido por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión, el Relator Especial para la Libertad de expresión de la CIDH y el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, en el que se destacan las principales preocupaciones y líneas de actuación de los Estados en materia de información pública. Concretamente, en el considerando 3.º instan “a todos los gobiernos a ejecutar con rigor sus leyes de libertad de información para garantizar que todas las personas, y en especial los periodistas, tengan acceso a la información”⁸.

La Conferencia Internacional de Comisionados de Información también ha emitido una declaración sobre el acceso a la información pública en este contexto, en el que se subraya la relevancia de que el público acceda a información sobre decisiones vitales que afectan a la sanidad y a los derechos y libertades de las personas. Y, además, se pide a los Estados que compartan una visión abierta para comunicar de manera clara y transparente en una situación de emergencia sanitaria como la vida⁹. Se unen también a tales manifiestos, ONG internacionales de gran repercusión como son Access Info Europe y Artículo 19, que en este contexto han promovido activamente la garantía efectiva del acceso a la información pública¹⁰.

7 Véase el Informe de la Secretaria General del Consejo de Europa, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states”, SG/Inf(2020)11, 7 de abril de 2020. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/portal/-/coronavirus-guidance-to-governments-on-respecting-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law>.

8 Comunicado Conjunto emitido por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión, el Relator Especial para la Libertad de expresión de la CIDH y el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, sobre “COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso a y el flujo libre de información durante la pandemia – Expertos internacionales”, 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25729&LangID=S>.

9 Declaración de la Conferencia Internacional de Comisionados de Información (ICIC) sobre Acceso a la información en el contexto de una pandemia mundial, 14 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.informationcommissioners.org/covid-19>.

10 En este sentido pueden consultarse, <https://www.access-info.org/2020-04-16/eu-protect-rule-of-law-coronavirus-emergency/>; <https://www.access-info.org/2020-04-21/eu-council-maintains-ti>

Tras estas consideraciones, se procederá a continuación a realizar un examen más exhaustivo del asunto *Centro para la Democracia y Estado de Derecho*, para ver cuál ha sido el grado de compromiso del TEDH con el nivel de protección del acceso a la información pública en el difícil contexto del COVID-19.

II. STEDH ASUNTO *CENTRO PARA LA DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO C. UCRANIA*, DE 26 DE JULIO DE 2020

1. Supuesto de hecho y cuestión controvertida

La sentencia objeto de análisis trae causa de la demanda interpuesta por la ONG (Centro para la Democracia y Estado de Derecho) contra Ucrania, a la que las autoridades habían denegado el acceso a información que la ONG solicitó en el marco de su actividad. Tras la negativa reiterada a las pretensiones de la ONG por los distintos tribunales nacionales que conocieron del caso, se sustancia la demanda ante el TEDH en torno a la infracción del art. 10 CEDH. Y ello, bajo la consideración de que el acceso a la información era presupuesto instrumental para el ejercicio de la libertad de expresión e información, y su denegación conllevaba la vulneración del art. 10 CEDH.

El contexto particular en el que suceden los hechos acontece en el marco de las elecciones parlamentarias de 2014 en Ucrania, que siguieron a las presidenciales de ese mismo año. En este contexto, la legislación aplicable exige como requisito para presentarse a las elecciones que los candidatos al Parlamento presenten su *currículum vitae* (CV) a la Comisión Electoral Central (CEC). Así como que se publique en la web de la CEC, un extracto resumido del CV con determinada información de los candidatos.

Una vez tuvieron lugar las elecciones, surge el objeto controversial. Pues, conocidos los seis partidos que habían logrado representación en el Parlamento, y partiendo del gran interés y repercusión pública del contexto post electoral, la ONG solicitó a la CEC que le facilitara copia de los CV de los seis candidatos, amparándose en la ley de acceso a la información pública aplicable. En principio, la ONG solicitaba acceso a: a) historial de trabajo; b) historial de cualquier trabajo para el público, incluidos cargos electivos; c) familia; d) dirección; e) número de teléfono. Si bien debe destacarse que a lo largo del proceso, hay anuencia por parte de la ONG

meframes-responding-access-requests/; <https://www.article19.org/resources/safeguarding-media-freedom-and-pluralism-through-the-european-rule-of-law-mechanism/>.

en reducir el objeto de la solicitud de información a la formación educativa e historial laboral de las seis personas.

Dicha información constaba en efecto en los CV de los electos, pero la CEC se negó a proporcionar las copias entendiendo que se trataba de información que requería el consentimiento de los afectados para su divulgación, por su carácter confidencial. En este sentido, sólo se facilitó la información resumida, que contenía los aspectos curriculares mínimos de los candidatos, y que ya había sido previamente publicada en la web de la CEC.

En este orden de cosas, debe tenerse en cuenta una cuestión que no resulta baladí y que será desarrollada posteriormente, relacionada con el hecho de que la ONG demandante no expone en un primer momento el uso que daría a tales documentos. Sin embargo, a lo largo del proceso sustanciado ante los tribunales nacionales la ONG motiva el acceso en el propósito de facilitar información al público sobre los antecedentes curriculares de los candidatos que pertenecían a los partidos que habían ganado las elecciones¹¹. De manera que, para la ONG era relevante que su análisis se basara “en la información oficial suministrada de primera mano por los mismos candidatos”¹², a efectos de comprobar la veracidad de los méritos y la capacidad para el cargo. A esto se suma un propósito adicional, basado en “establecer un precedente general para que los CV de todos los candidatos a cargos políticos u otros cargos públicos fueran de libre acceso”¹³.

De la información inicialmente solicitada, y como se adelantaba anteriormente, la ONG está de acuerdo en sustanciar el proceso únicamente en relación con la información relativa a la formación de los candidatos electos y su historial de trabajo. Pues, son estos los datos controversiales de interés al caso, habida cuenta de que habían existido escándalos previos de falsificación de méritos por antiguos ministros. Así como a efectos de prevención de corrupción¹⁴.

Tales propósitos se insertan además entre las finalidades perseguidas por la ONG, teniendo en cuenta que se definía como un “grupo de reflexión y acción, centrando sus esfuerzos en ‘el desarrollo de medios de comunicación independientes, el apoyo a plataformas y movimientos civiles’, el desarrollo y la aplicación de

11 Véase la STEDH, *Centro para la Democracia y Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de marzo de 2020, § 60.

12 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 60.

13 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 61.

14 Así, STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 63-64.

leyes, la protección de la libertad de expresión y el logro de la responsabilidad del gobierno”¹⁵.

Una vez acotadas las circunstancias del caso, queda resaltar el objeto de pronunciamiento por parte del TEDH, centrado en determinar si la denegación de información a la ONG sobre la formación y el historial laboral de los candidatos al Parlamento, incluida en los CV que se facilitaron a la CEC en el contexto del proceso electoral, viola la libertad de información consagrada en el art. 10 CEDH¹⁶.

2. ¿Información de interés público que ha de publicarse o información confidencial?

El conflicto que subyace en el presente caso ejemplifica bien una de las tensiones del constitucionalismo actual en materia de derechos fundamentales. Por un lado, hay que destacar la relevancia e interés público que suscita en una democracia la celebración de elecciones parlamentarias. Al ser un momento donde se concentra la expresión de la voluntad popular, otorgando legitimidad a los representantes. De ahí que facilitar información a la ciudadanía sobre la cualificación y capacidad de los candidatos, que además luego son escogidos democráticamente para representar al pueblo en el Parlamento, sea una cuestión fundamental en democracia. Toda vez que traslada confianza a la ciudadanía y enraíza directamente con el principio de transparencia.

En otro orden de cosas, se dirime también en este asunto la posible injerencia en la esfera privada de los seis candidatos afectados por la difusión de la información solicitada. En tanto que la ONG demandante pedía información relativa a la formación académico educativa e historial laboral de dichas personas. Desde esta otra perspectiva se entiende que tales datos son confidenciales por tratarse de información personal que afecta a la vida privada de los candidatos (en el marco del art. 8 CEDH). Cuando además estos no habían consentido la divulgación de la referida información, más allá de los fines concretos electorales con que se facilitaron a la CEC por exigencia de la normativa.

Visto el conflicto entre el interés público de la información y la vida privada de los afectados, procede aclarar si se trata de información cuyo interés público justifique la prevalencia del derecho a saber de la ciudadanía, o si por el contrario, el daño en los derechos de los afectados solo legitima la divulgación de la información con

15 Así, STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 59.

16 *Vid.* STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 93 y 95.

consentimiento de esos afectados. Para ello, se incidirá en el pronunciamiento del TEDH, aunque no sin antes resaltar algunas de las alegaciones efectuadas por las partes para justificar sus pretensiones en uno u otro sentido.

La ONG centraba su argumentación en este punto sobre la base de que la Ley de acceso a la información pública señala que “la información que ostenta interés público no puede ser designada como confidencial”¹⁷. Por otro lado, la ley nacional de Elecciones Parlamentarias establece en el art. 63.2 que “la información contenida en los documentos presentados ante la CEC en el curso de la inscripción del candidato debe ser ‘abierta’ (accesible)”¹⁸, y entre tal información se encuentra la referida información sobre formación e historial laboral. En la misma línea, justifican su pretensión basándose en el art. 5 de la Ley de protección de datos que prescribe que “los datos personales pueden ser designados como confidenciales por la ley o por la persona interesada. Sin embargo, los datos relativos al desempeño de las funciones efectuadas por parte de funcionarios públicos no pueden designarse como confidenciales”¹⁹. No obstante, la ONG admite que la información sobre la educación adquiere carácter confidencial conforme a art. 11 de la ley de información. Si bien, atendiendo al art. 29 de esta misma norma se permite la divulgación de la información cuando sea de interés público, especialmente cuando sea necesaria para que los ciudadanos ejerzan sus derechos²⁰.

En otro orden de cosas, el Gobierno avala sus argumentos apoyándose en las decisiones de los tribunales nacionales, que a su vez apelaban a una decisión del Tribunal Constitucional ucraniano del año 2012. En ella, se efectúa una amplia definición de información confidencial en la que el Tribunal Constitucional sostuvo que toda información que afecte a la vida privada y familiar es confidencial. Con este precedente, los tribunales nacionales llevan a cabo una interpretación estricta y restrictiva del citado art. 11 de la Ley de información, en concreto del señalado “carácter abierto” de la información confidencial. En este sentido, se interpreta que si la normativa exige la publicación solo de algunas de las informaciones en la web de la CEC, puede inferirse que la ley de elecciones parlamentarias prohibía de forma implícita la difusión de cualquier otra información. Es cierto, no obstante, que el Gobierno reconoce la gran relevancia pública de la información solicitada, pero pese a ello, entiende que la ONG solicita información confidencial. Pues, en atención a

17 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 31.

18 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 38.

19 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 40.

20 Véase la STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 22 y 42.

los arts. 7 (2) y 10 de la Ley de información, “la CEC sólo podía utilizar los datos personales que se les habían facilitado para el fin para el que se habían proporcionado y sólo podía revelar información confidencial con el consentimiento de las personas afectadas”²¹.

III. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DEL TEDH AL CASO CONCRETO: FINALIDAD DE LA INFORMACIÓN, NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN, ROL DEL SOLICITANTE Y QUE LA INFORMACIÓN ESTÉ LISTA Y DISPONIBLE

Para resolver el conflicto planteado entre el art. 10 y el art. 8 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo recurre a la aplicación de los principios generales aplicables al caso, que fueron establecidos en su importante sentencia dictada en el asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016. Ya que, la aplicación de la doctrina sentada en este caso resulta fundamental para determinar en qué medida la denegación del acceso a la información pública puede constituir una injerencia ilegítima en la libertad de información garantizada en el art. 10 CEDH.

Como se apuntaba al inicio del texto, la doctrina elaborada por el TEDH en este sentido se basa en un test de cuatro criterios que va a determinar la iusfundamentalidad del acceso a la información pública como presupuesto de la libertad de información del art. 10 CEDH. Tal construcción doctrinal por parte del TEDH viene a significar que en aquellos supuestos en que, por las circunstancias del caso, el acceso a la información supere el test de los cuatro elementos, se considerará parte esencial de la libertad de recibir información, y por ende, gozará de la protección del art. 10 CEDH. Los elementos que constituyen el test de iusfundamentalidad son: a) la finalidad de la solicitud de la información; b) la naturaleza de la información solicitada; c) rol del solicitante de información; d) que la información esté lista y disponible.

Una vez sentados los principios generales aplicables, el TEDH pasa a analizar en el caso concreto si existe una injerencia legítima en la libertad de información del art. 10 CEDH, para lo que se plantea si estaba prescrita por ley; si responde a un fin legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática. En lo que respecta a la existencia de una injerencia, es donde el TEDH aplica los principios generales sentados en el caso *Magyar*, para ver en el caso concreto si concurren los cuatro elementos del test a efectos de determinar en qué medida resulta aplicable el art. 10 CEDH.

21 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 12 iii), 32-33.

1. Finalidad de la solicitud de información

Según señaló el TEDH en el caso *Magyar*, es un requisito del test de ius-fundamentalidad que la finalidad con la que se solicita la información sea la de “permitir al solicitante de información su ejercicio de la libertad de ‘recibir y difundir informaciones e ideas’ a favor de los demás. Así, el Tribunal ha puesto énfasis en si la recopilación de la información era un paso preparatorio relevante en las actividades periodísticas o en otras actividades que crean un foro para el debate público o que constituyen un elemento esencial del mismo”. Especifica el Tribunal que:

“para que entre en juego el artículo 10, debe comprobarse si la información solicitada era realmente necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión (...) Para el Tribunal, la obtención del acceso a la información se considera necesaria si su denegación obstaculizara o perjudicara el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del individuo (...) incluida la libertad de ‘recibir y difundir informaciones e ideas’”²².

Al aplicar este requisito al presente caso, el TEDH centra la argumentación en la actividad desarrollada y explicada por la ONG, basada en:

“su preocupación por la integridad de los candidatos a altos cargos, a la luz de anteriores controversias sobre las cualificaciones educativas de altos funcionarios y la necesidad de cotejar la información sobre el patrimonio de los candidatos con la información proporcionada de primera mano por los propios candidatos, sobre su historial laboral (...)”²³.

Precisamente, teniendo en cuenta “la alta exposición pública de los candidatos”²⁴ el TEDH parte de la consideración de que gran parte de la información ya era de dominio público, y que la ONG había explicado “de forma bastante convincente”²⁵ que necesitaba específicamente la información de los currículos, tal como habían sido presentados de primera mano por los candidatos a diputados, para cotejar los datos.

22 STEDH (Gran Sala), asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, § 158.

23 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 97.

24 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 98.

25 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 98.

Este requisito del test se entiende superado por el Tribunal, al igual que el segundo, con el que guarda íntima conexión. Pues, lógicamente la finalidad a la que se dirija la información irá de la mano de la propia naturaleza pública de la información²⁶.

2. Interés público de la información

A propósito del caso *Magyar*, el Tribunal realiza una aproximación al concepto de interés público de la información, determinando como regla general que dicho interés dependerá de las circunstancias del caso. No obstante, deberá concurrir una prueba de interés público de la información para que haya necesidad de divulgarla y ostentar la protección derivada del art. 10 CEDH. Para el Tribunal, tal necesidad “puede existir cuando, entre otras cosas, la divulgación proporciona transparencia sobre la forma de llevar a cabo los asuntos públicos y sobre asuntos de interés para la sociedad en su conjunto y, que por tanto, permite en general la participación del público en la gobernanza pública”²⁷. Precisa además el Tribunal que:

“el interés público se refiere a los asuntos que afectan al público en la medida en que pueda interesarse legítimamente por ellos, que atraen su atención o que le afectan en un grado significativo, especialmente en la medida en que afectan al bienestar de los ciudadanos o a la vida de la comunidad. Este también es el caso de asuntos que pueden dar lugar a una controversia considerable, que se refieren a una cuestión social importante o que implican un problema sobre el que el público tendría interés en ser informado. El interés público no puede reducirse a la sed de información del público sobre la vida privada de los demás, ni al deseo de sensacionalismo o incluso de voyeurismo del público”²⁸.

A la luz de las circunstancias del caso analizado, el TEDH no duda en considerar que la información solicitada por la ONG satisfacía el requisito del interés público, ya la información en particular gira en torno a figuras públicas de relevancia

26 En el mismo sentido, véase L. COTINO HUESO, “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, p. 289.

27 STEDH (Gran Sala), asunto *Magyar Helsinki...*, *cit.*, § 161.

28 STEDH (Gran Sala), asunto *Magyar Helsinki...*, *cit.*, § 162.

destacada. Así las cosas, el Tribunal “acepta que el público tenía interés público en conocer los antecedentes e integridad en el contexto inmediatamente posterior a las elecciones”²⁹.

3. Rol del solicitante

El papel desarrollado por el solicitante de información constituye el tercer elemento del test de iusfundamentalidad. Este criterio tiene especialmente en cuenta la labor desempeñada por el sujeto, cuyo derecho a solicitar información debe enmarcarse en el derecho a “buscar y recibir información” del público, *ex art. 10 CEDH*. Es por ello que para el desarrollo de esta función, y aunque el art. 10 CEDH se reconoce a favor de todas las personas, la Corte de Estrasburgo ha reconocido una posición especial a favor de la prensa, ONG, investigadores académicos, e incluso a favor de bloggers de Internet y usuarios populares de medios de comunicación social, que llaman la atención sobre asuntos de interés público. En definitiva, a favor de aquellos que ejercen una función democrática de “*public watchdog*”, (perro guardián o vigilante público), facilitando su conocimiento a la ciudadanía. Desde esta perspectiva, se trata por tanto de proteger a aquellos sujetos, que en términos similares a la prensa y medios de comunicación, ostentan una función esencial para trasladar a la opinión pública asuntos de interés general que contribuyen a la formación del debate público. Por ello, a juicio del TEDH en los casos en los que la información se constituye como presupuesto para el ejercicio de la función informativa desempeñada, el acceso a la información tiene especial relevancia. Toda vez que se constituye en instrumento necesario para el efectivo ejercicio de la libertad de información³⁰.

En el presente caso la función pública y de interés para la ciudadanía de la ONG no se discute. Pues como se deriva de la sentencia, la ONG centraba su actuación en “poner a disposición del público la información sobre los políticos”, con objeto de “llamar la atención sobre asuntos de interés público y crear y apoyar una plataforma para el debate público sobre cuestiones políticas”, desempeñando así su papel de “guardián”³¹.

29 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 99.

30 Véase la STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 164-168.

31 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 59.

4. La información debe estar lista y disponible

El último requisito del test radica en que la información controvertida ha de estar lista y disponible. Esto es, que no requiera ningún ejercicio de reelaboración o recopilación de ningún dato por parte del Gobierno. Según considera el Tribunal en este punto, “el hecho de que la información solicitada esté lista y disponible debería constituir un criterio importante en la valoración global de si una negativa a proporcionar la información puede considerarse una ‘injerencia’ en la libertad de ‘recibir y difundir información’, tal como se protege en dicha disposición”³².

La aplicación de este requisito al presente caso no plantea mayor consideración por parte del Tribunal, pues no hay duda de que la información solicitada por la ONG cumplía el señalado requisito de estar lista y disponible.

IV. LA INJERENCIA EN LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN ESTÁ PRESCRITA POR LEY Y PERSIGUE UN OBJETIVO LEGÍTIMO

Una vez analizados y superados los cuatro elementos que constituyen el test de iusfundamentalidad, concluye el Tribunal que en efecto ha habido una interferencia en el ejercicio de la libertad información. Pues, la denegación de acceso a la información a la ONG solicitante sobre la formación académica e historial laboral de los candidatos al Parlamento afecta a la esencia misma de sus derechos en virtud del art 10 CEDH³³.

En lo que sigue, y en el marco de los límites prescritos en el art. 10.2 CEDH, el Tribunal se centra en determinar si la injerencia en el derecho era legítima por tener cabida dentro del citado precepto³⁴. A tal efecto, se entenderá que la injerencia cumple con los requisitos del art 10.2 CEDH si está prescrita por ley, persigue un objetivo legítimo, y si dicha injerencia era necesaria en una sociedad democrática.

En cuanto a que la injerencia esté prescrita por ley, el TEDH concluye que no puede considerarse como irrazonable la interpretación restrictiva efectuada por los

32 STEDH (Gran Sala), asunto *Magyar Helsinki...*, cit., § 170.

33 Véase la *STEDH Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 102.

34 El art. 10.2 CEDH prescribe que “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

tribunales nacionales, “de que al exigir la normativa solo la publicación de alguna información sobre los CV de los candidatos, implícitamente la ley de elecciones parlamentarias estaba prohibiendo la divulgación de cualquier otra”³⁵. Además, se trata de disposiciones generales que contienen en su redacción términos vagos como puede ser el del “carácter abierto” de la información confidencial a la que se refiere el art. 11 de la Ley de información. No obstante, determina el Tribunal que aun siendo ésta una disposición de carácter general, “puede ser razonable interpretarla de forma restrictiva en ciertos contextos, como puede ser el de impedir la divulgación de información acerca del historial laboral de una persona, a fin de respetar su derecho a la intimidad”³⁶. Por esta razón, el Tribunal concluye que la injerencia estaba prescrita por Ley.

A continuación, el TEDH pasa a analizar si dicha injerencia persigue un objetivo legítimo. Este aspecto resulta aún menos controvertido que el anterior, que es objeto de un mayor carácter interpretativo por parte del Tribunal. Ya que simplemente acepta las consideraciones del Gobierno de que la limitación de la libertad de información en este caso persigue el objetivo legítimo de proteger el derecho a la intimidad de los afectados³⁷.

Por último, se pronuncia el TEDH sobre si la injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática. Hasta este punto del análisis del caso, el TEDH parece apuntar hacia la legitimidad de la intromisión en el derecho a la libertad de información, al haberse superado los dos criterios iniciales, esto es, que la injerencia está debidamente prescrita por Ley y que persigue un objetivo legítimo. Resta por tanto analizar el último de los presupuestos para ver si determina la vulneración del art. 10 CEDH. Así, atendiendo al papel fundamental que adquiere en el caso la ponderación de los intereses en conflicto, para valorar si tal injerencia era necesaria en una sociedad democrática, se analizará en el apartado siguiente.

V. PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO: ¿LA INJERENCIA EN LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN RESULTA NECESARIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA?

La valoración de si la injerencia en la libertad de información de la ONG resultaba necesaria en una sociedad democrática, exige conjugar y ponderar los intereses

35 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 109.

36 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 109.

37 Véase, STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 113.

en conflicto. A saber, la afcción de la vida privada de los candidatos afectados (art. 8 CEDH) y la libertad de información de la ONG para acceder a información de relevancia pública (art. 10 CEDH), con el fin de trasladarla a la ciudadanía.

En este orden de cosas, el TEDH tienen en cuenta que si bien es verdad que la información solicitada, –tanto la formación académica como el historial laboral– constituían datos personales, iban referidos a personas que ostentan gran relevancia pública. Tanto es así que el Tribunal señala que “la divulgación de dicha información no habría sometido a los dirigentes políticos a una exposición pública que superara la que hubieran podido prever al inscribirse como candidatos en los primeros puestos de las listas de los partidos que concurrían a las elecciones parlamentarias”³⁸. Esta idea es crucial, puesto que la envergadura democrática e interés público del contexto en que se efectúa la solicitud de información coloca a los afectados en una esfera de interés público desde la que difícilmente podía asumirse un resguardo especial de su intimidad en lo que respecta a esa información. Máxime cuando además se trata de información curricular, directamente relacionada con el cargo que van a desempeñar, en tanto que sirve para valorar la cualificación y aptitud de los sujetos para el ejercicio del cargo.

Este es el motivo que subyace de fondo para que el TEDH considere que “el Gobierno no ha demostrado que los intereses de los dirigentes políticos fueran de tal naturaleza y grado que pudieran justificar la aplicación del artículo 8 en un ejercicio de ponderación con el ejercicio efectivo del derecho de la organización demandante protegido por el apartado 1 del artículo 10”³⁹. Sin embargo, ello no es óbice para que el Tribunal considere que la protección de la información de los dirigentes pueda constituir en sí misma un objetivo legítimo. De ahí que, haya que valorar si los medios utilizados para proteger tales intereses particulares fueron proporcionados al fin perseguido⁴⁰.

Atendiendo a este particular, incide especialmente el Tribunal en el contexto post electoral en que se desenvuelve el caso. En concreto, hace hincapié en el papel eminentemente público de los sujetos, que en el marco de las elecciones parlamentarias nacionales facilitan sus currículos a la CEC a efectos de la presentación de sus candidaturas. De esta forma, no puede obviarse que estaban exponiendo y sometiendo sus cualificaciones e historial laboral a escrutinio público⁴¹.

38 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 115.

39 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 116.

40 Así, véase la STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 116.

41 Véase la STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 117.

Al entrar a valorar el juicio de ponderación efectuado por los tribunales nacionales, entiende el TEDH que estos no efectuaron el necesario juicio de ponderación. Ya que, no analizaron debidamente el daño potencial que podía causarse en los derechos de los afectados, frente al perjuicio que podía suponer la no divulgación de tal información para la libertad de información de la ONG. En particular, no se evaluó en el procedimiento tramitado en sede nacional “el grado de impacto potencialmente perjudicial para la privacidad de los políticos. Ni siquiera se explicó cómo la intimidad de los dos políticos que por su propia voluntad había publicado sus currículos podría haberse visto perjudicada en tales circunstancias”⁴².

El TEDH reconoce que la ONG no facilitó la tarea ponderativa a las autoridades nacionales, ya que no explicó los motivos de la solicitud en un primer momento. Esta cuestión será objeto de mención especial a continuación, por su interés en la doctrina del TEDH. No obstante, conviene tener en cuenta que esa falta de motivación se cubre posteriormente por la ONG a lo largo del procedimiento ante los tribunales. De forma que, no hay razón para pensar que con la información añadida relativa a los motivos de la solicitud, los tribunales nacionales no pudieran haberla tenido en cuenta, para atender debidamente a los intereses en juego y efectuar adecuadamente la tarea ponderativa. Al no ser así, concluye el TEDH por unanimidad que la denegación de la información no era necesaria en una sociedad democrática, y por tanto, ha habido vulneración del art. 10 CEDH⁴³.

VI. ACERCA DE LA MOTIVACIÓN DE LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN

Una de las cuestiones novedosas del presente caso radica en la posición sostenida por el TEDH sobre la motivación de la solicitud de información, al distar notablemente de la doctrina sentada previamente en la jurisprudencia del Tribunal. La cuestión de la motivación se plantea en el asunto objeto de estudio a propósito del análisis de la finalidad de la solicitud, (en aplicación de los criterios del test de iusfundamentalidad elaborados en el caso *Magyar*).

Una vez que el Tribunal encuadra la finalidad de la solicitud en el propósito de la ONG de comprobar la cualificación e integridad de los candidatos para cotejar los datos facilitados por ellos mismos, reconoce que “este propósito solo se explicó claramente en el procedimiento ante los tribunales nacionales y no cuando se hizo

42 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 118.

43 Véase la STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., § 119-121.

la solicitud de información por primera vez”⁴⁴. No obstante, en un intento del Tribunal de concebir abiertamente el acceso a tal información, y, por tanto, de amparar las pretensiones de la ONG, el TEDH señala que gran parte de la información solicitada ya era de dominio público, y que la ONG había explicado “de forma bastante convincente”⁴⁵ la necesidad de adquirir la información de primera mano por los candidatos.

En este contexto y dicho lo anterior, el TEDH reconoce abiertamente que la ONG no había facilitado la tarea ponderativa a las autoridades nacionales en la medida en que no había explicado los motivos de su solicitud. Sin embargo, acto seguido aclara que según el Derecho interno aplicable, la motivación de la solicitud no era un requisito obligatorio y que además, una vez que la ONG recibió la negativa de su solicitud, explicó los motivos de la misma en el procedimiento sustanciado en los tribunales nacionales⁴⁶. Razón por la que el TEDH estima positivamente que “no hay ningún indicio de que los tribunales internos se vieran impedidos, por alguna norma de Derecho interno u otras consideraciones, para tener en cuenta esa información adicional y reevaluar eventualmente las conclusiones de la CEC a la luz de tales circunstancias”⁴⁷.

Merece la pena detenerse sobre tal consideración del TEDH, pues en lo que concierne a la finalidad de la solicitud, parece alejarse de la motivación como presupuesto de aquella. Del párrafo anterior, puede comprobarse cómo el Tribunal enfatiza que según el Derecho interno no resulta obligatorio motivar la solicitud de información. Pero, además, una vez que tal motivación se sustancia en el procedimiento ante los tribunales nacionales, el TEDH se muestra claramente disconforme con el hecho de que no fuera un elemento valorado adicionalmente por los tribunales nacionales para realizar el debido juicio de ponderación.

Hasta este punto, parece inferirse una actitud abierta del TEDH sobre la no exigencia de motivación de las solicitudes de acceso a la información, y no le sobra razón para ello. Pues lo cierto es que la propia normativa del Consejo de Europa, en particular el art. 4.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos (“Convenio 205”), firmado en Tromsø, en 2009, señala que “un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”. En el mismo sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha

44 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 97.

45 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 98.

46 Véase la STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 119.

47 STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, *cit.*, § 119.

señalado en su Recomendación n.º R (81) 19, que “el acceso a la información no podrá denegarse por el hecho de que el solicitante no tenga un interés específico en el asunto”⁴⁸. Así como también, en la Recomendación (2002) 2 sobre el acceso a los documentos oficiales, se reconoce que “el solicitante de un documento oficial no debería estar obligado a dar razones para tener acceso a documentos oficiales”⁴⁹.

A la luz de tales consideraciones, resulta importante señalar que la esencia misma del derecho de acceso a la información pública es reacia a la exigencia de motivación de la solicitud de información, como ponen de manifiesto la mayoría de Leyes de Información Pública en el marco del Consejo de Europa⁵⁰.

No obstante, resulta llamativo que en lo que se refiere a esta cuestión el TEDH no aluda a su reciente sentencia dictada en el asunto *Studio Monitori Studio y Otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, en la que de forma diferente y cuestionable, mantiene una postura alejada de la defendida en este caso⁵¹. En el asunto *Studio Monitori*, el TEDH se muestra reacio a estimar las pretensiones de los demandantes entre los que se encontraba una ONG, que de manera similar al presente caso, pretendía sentar un precedente favorable al acceso a la información en Georgia. Concurría además la circunstancia de que la ONG no explicó en qué medida la información solicitada era necesaria para el ejercicio de su libertad de información. Y justamente,

48 Recomendación del Comité de Ministros, Consejo de Europa, núm. R (81) 19, 25 de noviembre de 1981. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f7a6e>.

49 Recomendación del Comité de Ministros, Consejo de Europa, rec. 2, de acceso a los documentos oficiales, apartado V.1, 2002, Disponible en: <https://rm.coe.int/16804c6fcc>.

50 Interesa en este punto traer a colación la valoración negativa que merece el requisito de la motivación de la solicitud destacada por J. L. PIÑAR MAÑAS, “El fortalecimiento de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública como objeto de la ley 19/2013”, en A. TRONCOSO REIGADO (dir.), *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, p. 122, al apuntar, “cuando en realidad la tónica general en la configuración del derecho de acceso es la de no exigir motivación alguna para el acceso e incluso ni tan siquiera la identificación del solicitante”.

51 Puede verse un comentario crítico sobre el mencionado asunto en D. VOORHOOF y R. Ó FATHAIGH, “Studio Monitori and Others c. Georgia: Access to Public Documents Must Be ‘instrumental’ for the Right to Freedom of Expression”, Strasbourg Observers, 23 de marzo de 2020. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2020/03/23/studio-monitori-and-others-v-georgia-access-to-public-documents-must-be-instrumental-for-the-right-to-freedom-of-expression/#more-4551>. Así mismo, véase D. LORETI y L. LOZANO, “Acceso a la información TEDH, Case of Studio Monitori c. Georgia, 30 de enero de 2020”, *Debates sobre Derechos Humanos*, pp. 353 a 359. Disponible en: <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/download/917/852>.

es esa falta de motivación la que supone en el caso que el TEDH no vea satisfecho el requisito de la finalidad de la solicitud (aplicando el test del caso *Magyar*). A juicio del TEDH, no podía valorarse en qué medida el acceso a esa información era necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información de la ONG. Así, en una dinámica más restrictiva que la presentada en el asunto *Centro para la Democracia*, el TEDH entiende que no hay vulneración del art. 10 CEDH.

El razonamiento aportado por el Tribunal en el asunto *Studio Monitori*, resulta preocupante, ya que tal como señalan Ó Fathaigh y Voorhoof, el TEDH se centra en que “dado que la ONG había publicado posteriormente un informe sobre el asunto relacionado con la solicitud de acceso a los documentos públicos podía ‘inferirse’ que la información solicitada no era ‘instrumental para el ejercicio efectivo de sus derechos de libertad de expresión’”⁵². Esto es, el hecho de que la ONG publicara finalmente un informe sobre el asunto respecto del que había solicitado información, (en base a la información de la que disponía y que no era la solicitada), se considera razón para entender que el acceso a la información requerida no era instrumental del art. 10 CEDH.

La consecuencia derivada del asunto *Studio Monitori* es que:

“las ONG, periodistas u otros watchdogs que soliciten acceso a documentos públicos tienen que motivar y aclarar en su solicitud que el acceso a los documentos que solicitan es instrumental, e incluso necesario, para sus reportajes periodísticos y que los documentos requeridos contienen información de interés público”⁵³.

Así, pese a que el Convenio de acceso a los documentos públicos del Consejo de Europa no exige la motivación de la solicitud, lo cierto es que viene siendo un elemento a tener en cuenta en la jurisprudencia dictada por el TEDH. Primeramente, a tenor del test elaborado en el caso *Magyar*, y pivotando sobre éste e interpretado de forma restrictiva, en el asunto *Studio Monitori*.

En este sentido, la distancia que marca en este punto el asunto *Centro para la Democracia* debe destacarse positivamente en la doctrina del TEDH. Toda vez que va en la línea no solo de la normativa del Consejo de Europa e interna de los Esta-

52 R. Ó FATHAIGH, y D. VOORHOOF, “Refusal to give access to ‘confidential’ information about politicians violated NGO’s Article 10 rights”, Strasbourg Observers, 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/27/refusal-to-give-access-to-confidential-information-about-politicians-violated-ngos-article-10-rights/#more-4632>.

53 D. VOORHOOF y R. Ó FATHAIGH, “Studio Monitori and Others...”, *cit.*

dos, sino con la propia esencia y significado del derecho de acceso a la información pública. No en vano, se trata de un derecho reconocido con carácter general a favor de todas las personas, sin que sea necesario alegar la condición de interesado o interés específico alguno en la solicitud⁵⁴.

No obstante, se trata de una cuestión problemática ya que si bien es cierto que la motivación de la solicitud no puede ni debe ser *per se* un elemento disuasorio para la viabilidad del derecho de acceso es cierto que puede facilitar la ponderación de intereses en conflicto. Esta cuestión se ve claramente en el ámbito interno español, donde la motivación no es un elemento obligatorio a tenor de la legislación de transparencia, sino potestativo⁵⁵. Ahora bien, en la práctica diaria manifestada en las resoluciones de los Consejos de Transparencia, es un elemento ponderativo útil para determinar el interés público de la divulgación de la información. Razón que justifica la existencia de propuestas doctrinales que apuestan por reflejar en la normativa la importancia de consignar los motivos de la solicitud, a razón de la existencia de mayores posibilidades de éxito⁵⁶.

VII. CONCLUSIONES

La sentencia dictada por el TEDH en el asunto *Centro para la Democracia y Estado de Derecho*, ha permitido realizar una aproximación al estándar de protección del derecho de acceso a la información pública en una situación excepcional como ha sido la pandemia del COVID-19. Se da la circunstancia de que el TEDH ya había sentado su doctrina en la materia en el año 2016 a propósito del caso *Magyar*. No obstante, la dificultad de las circunstancias vividas con la gestión de la crisis sanitaria invitaba a revisar el nivel de protección otorgado al derecho de acceso. Y ello principalmente por dos motivos. Uno, por el contexto democrático de elecciones parlamentarias nacionales que envuelven el asunto.

54 Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M. PÉREZ MONGUIÓ, *El derecho al acceso a la información pública en España*. Aranzadi, 2.ª ed., Navarra, 2020, p. 156.

55 El tal sentido, prescribe el art. 17.3 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”.

56 Realiza una propuesta normativa en tal sentido, L. COTINO HUESO, “Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información”, *Dilemata, Revista Internacional de éticas Aplicadas*, núm. 27, 2018, p. 274.

Y en esta línea, por la relevancia de trasladar a la ciudadanía información de interés público sobre los candidatos que han adquirido representación en el Parlamento. Y dos, por la coyuntura de máxima tensión y debilidad a la que el derecho de acceso a la información pública se ha visto sometido en general en el marco del COVID-19.

Del análisis del asunto *Centro para la Democracia* se confirma el compromiso del TEDH por garantizar la libertad de información, en la que también tiene cabida el acceso a la información pública, cuando como es el caso, se constituye en presupuesto necesario del art. 10 CEDH. No cabe obviar la conquista que supone el asunto, teniendo en cuenta que uno de los propósitos de la ONG solicitante de información era sentar un precedente nacional sobre la relevancia del derecho de acceso a la información.

Debe también destacarse el esfuerzo argumentativo del TEDH, que proporciona un análisis pormenorizado de todos los elementos en conflicto, en particular en lo que respecta al necesario juicio de ponderación. De hecho, a nivel argumentativo no solo parece que el TEDH se ratifique en su doctrina anterior, sino que incluso parece reforzar su protección en lo que atañe a la motivación de la solicitud de información. Pues, con el presente caso el Tribunal de Estrasburgo invita a restar valor al elemento de la motivación de la solicitud de información, al no utilizarlo como presupuesto de la finalidad de la misma.

Todo ello lleva a realizar una valoración positiva del primer pronunciamiento del TEDH en plena etapa pandémica sobre el acceso a la información pública. Lo que no resulta baladí para ratificar el compromiso del TEDH en la materia, y en este orden de cosas, para sentar un precedente significativo por las circunstancias que envuelven el caso.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la sentencia del TEDH Centro para la Democracia y Estado de Derecho c. Ucrania, de 26 de julio de 2020. La elección de este caso radica en que es el primer pronunciamiento del TEDH sobre el acceso a la información pública dictado en pleno contexto de pandemia. Esta circunstancia, hace que el asunto cobre especial relevancia para revisar el nivel de protección otorgado por el TEDH en la materia. Ya que, el Tribunal de Estrasburgo tiene desde 2016 una línea doctrinal definida a favor del derecho en el marco del art. 10 CEDH. Así pues, una vez contextualizada la relevancia democrática del derecho y las carencias a las que se ha visto sometido con carácter general en el marco de la crisis sanitaria, se reflexionará sobre la posición estratégica mantenida por el TEDH en este reciente e importante asunto.

Palabras clave

Derecho de acceso a la información pública, elecciones parlamentarias, opinión pública, democracia, COVID-19.

Abstract

The purpose of this paper is to analyse the judgment of the ECHR Center for Democracy and the Rule of Law v. Ukraine, 26 July, 2020. This case was chosen because it is the first decision of the ECHR on access to public information issued in the pandemic context. This circumstance makes the case particularly important when it comes to review the current level of protection granted by the ECHR in this matter, given that the Strasbourg Court has already had a defined doctrinal line in favor of the right since 2016 based art. 10 ECHR. Thus, once it is contextualized the democratic relevance of the right and the deficiencies which it has been in general subjected to the framework of the health crisis are contextualized, we will reflect on the strategic position maintained by the ECHR in this recent and important case.

Keywords

Right to access to public information, parliamentary elections, public opinion, democracy, COVID-19.

Recibido: 26 de mayo de 2021

Aceptado: 9 de junio de 2021



Artículos



**LA PUESTA EN PRÁCTICA POR LA *CORTE
COSTITUZIONALE* DE LA PROTECCIÓN
MULTINIVEL DE DERECHOS EN LA UE**
**The implementation of the multilevel rights
protection in the EU by the *Corte Costituzionale***

RICARDO ALONSO GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

1. Más de medio siglo habría de esperar el Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea (en adelante, TJUE) para verse, por vez primera, interrogado vía prejudicial por la *Corte Costituzionale* italiana (en adelante, CC)¹.

En efecto, mediante Auto 103/2008, de 13 de febrero, la CC vino a desmarcarse parcialmente de la doctrina sentada en su Auto 536/1995 de 15 de diciembre, en virtud del cual se auto-excluyó expresamente de su condición de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial; desmarque que, como señalaba, tuvo un carácter parcial, al constreñir su legitimación para tal activación al contexto de los recursos directos de inconstitucionalidad (habida cuenta de que, razonó la CC, “en tales procesos de constitucionalidad, a diferencia de lo que sucede en los promovidos vía incidental, este tribunal es el único juez llamado a pronunciarse sobre la controversia”, y “en consecuencia, si se negara la posibilidad de activar la cuestión prejudicial europea en los procesos de constitucionalidad promovidos vía principal, resultaría lesionado el interés general de la aplicación uniforme del Derecho comunitario, a la luz de su interpretación por el Tribunal de Justicia”).

1 Asunto *Regione Sardegna* (C-169/08), resuelto por la STJCE de 17 de noviembre de 2009.

La CC, no obstante, superaría la referida constrictión en su Auto 207/2013, de 3 de julio, mediante el cual volvió a dirigirse nuevamente a Luxemburgo², esta vez en el contexto de una cuestión de inconstitucionalidad, tras limitarse a recordar que en su Auto 103/2008 había ya “planteado una cuestión prejudicial de interpretación en el marco de un proceso principal”, y limitarse asimismo a añadir que “debe sostenerse que este tribunal también tiene la naturaleza de órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 234 TCE [actual 267 TFUE], tercer párrafo, en los procesos incidentales”.

2. Sería, sin embargo, la cuestión planteada en el año 2017 con ocasión del asunto *Taricco e.a.*³, la que sentó las bases sobre las que, desde la perspectiva de la CC, habría de discurrir el diálogo prejudicial con Luxemburgo en materia de derechos fundamentales.

En el citado asunto, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal italiano, el TJUE sostuvo que una normativa nacional (como la italiana) en materia de prescripción de las infracciones penales, que impidiera, como consecuencia de la brevedad del plazo de prescripción, imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea, o que estableciera, para el caso de fraudes que afectaran a los intereses financieros nacionales, plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión, sería contraria al Derecho de la Unión; concretamente, al artículo 325 TFUE, en virtud del cual los Estados miembros estarían obligados a combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas y, en particular, a adoptar, para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses.

Hasta ahí, ningún problema grave suscitaba el pronunciamiento del TJUE, que además dejaba en manos del juez nacional la verificación de tales extremos.

No podía decirse lo mismo, en cambio, en relación con las consecuencias de tal verificación, de llegar el juez nacional a constatar la contradicción del Derecho interno con el de la Unión: “Incumbe a éste [al juez nacional]”, concluyó el TJUE,

“garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que

2 Asunto *Napolitano* (C-418/13), resuelto por la STJUE de 26 de noviembre de 2014.

3 C-105/14, resuelto por la STJUE de 8 de septiembre de 2015.

impidan al Estado miembro de que se trate dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo”.

3. A tal conclusión llegó el TJUE, sin desconocer que “las personas afectadas podrían verse imponer sanciones que, con toda probabilidad, habrían evitado si se hubieran aplicado las disposiciones de Derecho nacional”.

Concretamente, el TJUE tuvo que abordar la cuestión de si ello resultaría compatible con el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), que consagra los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, según los cuales, en particular, “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional”.

Pues bien, en tal delicado contexto, el TJUE se limitó a señalar que:

“la inaplicación de las disposiciones nacionales controvertidas sólo tendrá como consecuencia impedir que se acorte el plazo de prescripción general en el marco de un procedimiento penal pendiente”, y que “en modo alguno resultaría de dicha inaplicación la condena de los imputados por una acción u omisión que en el momento de su comisión no constituyese una infracción sancionada penalmente por el Derecho nacional, ni la aplicación de una sanción que, en ese momento, no estuviera prevista por dicho Derecho. Al contrario, los hechos que se recriminan a los imputados en el procedimiento principal eran constitutivos, en el momento en que se cometieron, de la misma infracción y se castigaban con las mismas penas que las actualmente previstas”⁴.

En apoyo de tal conclusión, el TJUE se limitó a traer a colación:

“la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que consagra derechos que se corresponden con los

4 Con palabras de A.G. Kokott: “El principio de legalidad de las penas solamente exige, desde el punto de vista jurídico-material, que la ley defina claramente los tipos delictivos y las penas que llevan aparejadas. En cambio, las disposiciones sobre la prescripción en nada afectan ni a la punibilidad de una conducta ni a la intensidad de las penas, sino que únicamente versan sobre la posibilidad de perseguir un delito, de manera que no están comprendidas en absoluto en el ámbito de aplicación del principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

garantizados por el artículo 49 de la Carta, corrobora esta conclusión”. “En efecto”, continuó el TJUE, “con arreglo a esa jurisprudencia, la prórroga del plazo de prescripción y su aplicación inmediata no constituyen una vulneración de los derechos garantizados por el artículo 7 del referido Convenio, puesto que no puede considerarse que esta disposición impida la ampliación de los plazos de prescripción cuando los hechos imputados no han prescrito”⁵.

4. Así las cosas, la Corte de Apelación de Milán, apenas unos días después del pronunciamiento del TJUE, y la Corte de Casación, meses más adelante, se dirigían a la CC cuestionando la constitucionalidad de la Ley italiana de ratificación del Tratado de Lisboa; concretamente, en lo concerniente a la ratificación del artículo 325 TFUE, el cual, interpretado a la luz de la STJUE en *Taricco e.a.*, podría resultar incompatible “con los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano y con los derechos inalienables de la persona, en particular con el principio de legalidad en materia penal”, en la medida en que *Taricco e.a.* conllevaría: 1) una aplicación retroactiva en términos desfavorables del régimen penal italiano; 2) una aplicación de un régimen penal insuficientemente definido, al no constar ni cuándo habría que considerar un fraude lo suficientemente grave como para exigir, sobre la base del artículo 325 TFUE, la adopción de sanciones nacionales efectivas y disuasorias, ni cuándo habría que estimar que se estaría ante un número considerable de supuestos de impunidad como consecuencia de la brevedad del plazo de prescripción previsto en la legislación nacional.

5. La CC, por su parte, tras dejar bien claro que en el ordenamiento constitucional italiano la prescripción tendría la naturaleza de regla sustancial o material (y no pura y exclusivamente procesal y formal) a los efectos de su inclusión en el radio de acción del principio de legalidad (lo que conduciría, en última instancia, a un conflicto entre *Taricco e.a.* y la Constitución italiana en lo concerniente a la inaplicación retroactiva del plazo de prescripción previsto en la legislación interna), advirtió que el TJUE no se había pronunciado sobre el alcance del principio europeo de legalidad desde la perspectiva de la determinación suficiente por el legislador del régimen punitivo; y recordó al efecto cómo los Estados miembros con sistemas propios del *civil law*

5 Citando al respecto las SSTEDH *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000; *Scoppola c. Italia*, de 17 de septiembre de 2009 y *OAO Nefyanyaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, de 20 de septiembre de 2011.

“no confían al juez el poder de crear un régimen jurídico penal al margen de la ley aprobada por el Parlamento, y repudian en todo caso la idea de que los tribunales penales reciban el encargo de alcanzar un objetivo, aun legalmente predefinido, sin que la ley especifique los medios y los límites para hacerlo”.

Partiendo de tal razonamiento, la CC se decidió por dirigirse a su vez vía prejudicial al TJUE, planteándole: 1) si el artículo 325 TFUE debería interpretarse en el sentido de imponer al juez nacional la inaplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación interna, aun careciendo la referida obligación de una base legal suficientemente definida (habida cuenta de que dejaría en manos del juez la determinación del “número considerable de casos” de impunidad, como consecuencia de la brevedad del plazo de prescripción del fraude, a partir del cual habría que considerar el sistema sancionador interno anti-fraude como inefectivo y poco disuasorio a los efectos de cumplir con las exigencias del citado precepto); 2) si el artículo 325 TFUE debería interpretarse en el sentido de imponer al juez nacional la inaplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación interna, hasta el punto de obviar la consideración de la prescripción, en el contexto del sistema jurídico nacional afectado, como parte del Derecho penal material, sometido todo él al principio de legalidad; 3) si la Sentencia *Taricco e.a.* debería interpretarse en el sentido de imponer al juez nacional la inaplicación del plazo de prescripción previsto en la legislación interna, hasta el punto de contradecir los principios constitucionales superiores o los derechos inalienables de la persona reconocidos en el sistema nacional afectado.

6. Adelantemos que el TJUE, en su fallo, aunó en una respuesta las dos primeras cuestiones, considerando improcedente, a la luz de la misma, contestar la tercera.

Y adelantemos, asimismo, que la complejidad de su razonamiento estriba, creo, en su intento por vestir de matizaciones o precisiones interpretativas lo que, en realidad, no dejó de ser, *de facto*, un verdadero *overruling* del fallo en *Taricco e.a.*⁶

En efecto, frente a la contundencia de dicho fallo, que, recordemos una vez más, obligaba al juez italiano a inaplicar sin miramientos el plazo de prescripción previsto en su ordenamiento de llegar a constatar que el régimen al respecto conllevaría la ineficacia y la falta de fuerza disuasoria de las medidas sancionadoras, el fallo en el asunto *MAS y MB* (también conocido como *Taricco II*), dando respuesta a la CC⁷, condicionó tal inaplicación a que la misma no implicara:

6 Así fue interpretado en la práctica por la propia CC, al declarar *expressis verbis*, ella misma, inaplicable *Taricco e.a.* en Italia al resolver, en su Sentencia 115/2018, de 10 de abril, las cuestiones de inconstitucionalidad que originaron su activación del artículo 267 TFUE.

7 C-42/17, resuelto por la STJUE de 5 de diciembre de 2017.

“una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción”.

Pero ¿no había dejado bien claro el TJUE en *Taricco e.a.* que el principio de legalidad no resultaba aplicable al régimen jurídico de la prescripción? Es más, el TJUE volvió a reiterar en *Taricco II* (“cabe recordar”, señaló) que “el hecho de que un legislador nacional amplíe un plazo de prescripción con aplicación inmediata, incluso a hechos imputados que aún no han prescrito, no vulnera, forzosamente, el principio de legalidad de los delitos y las penas”.

¿Cómo explicar semejante contradicción?

Reconociendo, como hizo el TJUE, que resultaba admisible la visión italiana del principio de legalidad, según la cual éste sí incluiría en su radio de acción el régimen jurídico de la prescripción.

Y lo hizo argumentando al respecto que, en el caso de autos (como también sucedía en el que dio lugar a la Sentencia *Taricco e.a.*), “en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal, el régimen de prescripción aplicable a las infracciones penales relativas al IVA no había sido objeto de armonización por el legislador de la Unión”; en consecuencia,

“la República Italiana tenía libertad, en aquel momento, para prever que, en su ordenamiento jurídico, ese régimen estuviese comprendido, al igual que las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, en el Derecho penal material y quedara sometido, como estas últimas normas, al principio de legalidad de los delitos y las penas”.

A partir de tal premisa, el TJUE se limitó a someter el deber de inaplicación del juez italiano a los límites derivados del principio de legalidad; límites que, concernientes a la previsibilidad, la precisión y la irretroactividad (en términos desfavorables) de la ley penal aplicable, vincularían al juez italiano, asumido que, según se acaba de señalar, el principio de legalidad se aplicaría también, en el caso italiano y por el motivo expuesto, al régimen de prescripción relativo a las infracciones penales en materia de IVA.

Se trató, pues, de una alambicada respuesta que permitió al TJUE pasar de puntillas sobre el propio parecer de la CC en relación con la tercera cuestión prejudicial planteada (es más, que le permitió, de hecho, omitir su juicio al

respecto al eludir la contestación a la misma), consistente en asumir que una renuncia impuesta desde Luxemburgo a los Estados miembros en relación con sus disposiciones y tradiciones constitucionales más favorables para el individuo, “sería incompatible con el ordenamiento italiano cuando son manifestación de un principio supremo de orden constitucional, como sucede con el principio de legalidad en el terreno penal en relación con el completo ámbito material por él cubierto” (que incluiría, advertamos una vez más, el régimen jurídico de la prescripción)⁸.

7. Tan alambicada fue, como decía, la respuesta del TJUE, que no se llega a advertir con claridad si, finalmente, la base para inaplicar la “regla Taricco” (así denominada por la CC) fue, *ex* artículo 49 CDFUE, el principio europeo de legalidad, o si el parámetro de control se recondujo al principio nacional de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución italiana. El TJUE pareció inclinarse, *ab initio*, por este último.

Así, tras subrayar, como vimos, la falta de armonización sobre la materia en el momento de los hechos controvertidos en el procedimiento principal dedujo, como también vimos, que:

“la República Italiana tenía libertad, en aquel momento, para prever que, en su ordenamiento jurídico, ese régimen estuviese comprendido, al igual que las normas relativas a la definición de las infracciones y la determinación de las penas, en el Derecho penal material y quedara sometido, como estas últimas normas, al principio de legalidad de los delitos y las penas”; y trajo a colación, justo a continuación, su doctrina Akerberg⁹, según la cual “las autoridades y tribunales nacionales están facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

8 Frente a la prudente actitud del TJUE, el AG Bot se inclinó por no esquivar el choque de trenes, proponiendo al TJUE negar “a las autoridades judiciales de un Estado miembro oponerse al cumplimiento de la obligación establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 8 de septiembre de 2015, Taricco y otros”, ya fuera sobre la base del artículo 53 CDFUE (alegando que dicha obligación no respetaría el estándar más alto de protección de los derechos fundamentales garantizado por la Constitución nacional), ya con fundamento en el artículo 4.2 TUE (que exigiría el respeto por la Unión de “la identidad nacional” de los Estados miembros).

9 STJUE de 26 de febrero de 2013, C-617/10.

Sin embargo, a medida que fue avanzando en su razonamiento, pareció ir inclinándose la balanza hacia la aplicación no del estándar nacional, sino del propio estándar europeo, *ex* artículo 49 CDFUE, integrando en éste, en lo concerniente a su aplicación en Italia (y habida cuenta, recordemos una vez más, de la falta de armonización a escala europea), el régimen de la prescripción.

El fallo, por su parte, no dilucidó si el parámetro de control finalmente escogido por el TJUE fue el europeo (el propio artículo 49 CDFUE, leído en los términos recién expuestos) o el nacional (el estándar más protector derivado del artículo 25 de la Constitución italiana), limitándose a imponer la inaplicación del régimen nacional de prescripción contrario al artículo 325 TFUE “a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas” (sin especificar, por tanto, si dicho principio habría de vincularse a la CDFUE o a la Constitución nacional). Sí que parece en cualquier caso evidente que el TJUE rehuyó una aproximación a la controversia desde la perspectiva de la “identidad nacional”: en primer lugar, porque un hipotético entendimiento de su razonamiento en términos de aplicación del estándar nacional más protector encontraría fundamento no en el artículo 4.2 TUE (que regula, recordemos, la identidad nacional como límite a la integración), sino en el artículo 53 CDFUE (concerniente, recordemos también, al nivel de protección de los derechos); y, en segundo lugar y sobre todo, porque el TJUE, como ya vimos, rechazó expresamente responder a la tercera cuestión suscitada por la CC precisamente en términos de respeto de la identidad nacional.

8. Por su parte, la CC, al trasladar en su Sentencia 115/2018, de 10 de abril, la respuesta del TJUE al terreno del litigio incidental del cual estaba conociendo, consideró no sólo que debía desestimar, a la luz de la misma, las cuestiones de inconstitucionalidad que originaron a su vez la activación del artículo 267 TFUE, sino que, además, era a ella (y no al juez ordinario) a quien correspondía determinar, en cuanto juez competente para enjuiciar en exclusiva “la compatibilidad del Derecho de la Unión con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, con los derechos inalienables de la persona”, en qué medida, como rezaba el fallo en *Taricco II*, el juez nacional sólo quedaba exonerado de inaplicar el régimen nacional de prescripción contrario al artículo 325 TFUE en caso de verificar

“que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción”.

Lo cual se tradujo, en consecuencia, en un control *erga omnes* sobre la Ley penal aplicable (o para ser más exactos, sobre la ley penal en principio inaplicable por contraria al artículo 325 TFUE), no con fundamento en el artículo 49 CDFUE, sino en el artículo 25 de la Constitución italiana, con el resultado de excluir la “regla Taricco” por contraria al principio de legalidad, en su vertiente de irretroactividad, respecto a los hechos anteriores a la fecha en que fue dictada (15 de septiembre de 2015); y por contraria también al principio de legalidad, en su vertiente de precisión, al margen de cualquier fecha, en espera de una intervención del legislador (refiriéndose aquí la CC, expresa y específicamente, al artículo 25 de la Constitución italiana¹⁰).

9. Más allá del debate en abstracto en torno a qué aproximación al problema suscitado por la “regla Taricco” encajaría mejor en el marco constitucional de la Unión (esto es, si desde la perspectiva del propio artículo 49 CDFUE, del artículo 53 CDFUE o, en fin, del artículo 4.2 TUE), conviene centrarse, creo, en las diferentes consecuencias a las que conduciría cada cual.

Así, en un reforzamiento, de menos a más del catálogo europeo de derechos fundamentales frente a los catálogos nacionales de protección, en función de que la solución al conflicto derivado del distinto nivel de protección se buscara en la identidad nacional (artículo 4.2 TUE), en el mayor estándar de protección (artículo 53 CDFUE) o, finalmente, en el propio derecho sustantivo de la CDFUE implicado en el conflicto (en el caso que nos ocupa, el principio de legalidad consagrado en su artículo 49).

Así también, en un distinta aproximación por parte del TJUE al derecho fundamental nacional en juego, asumido que en cualquiera de los tres supuestos se debería producir su intervención pronunciándose acerca del encaje último del mencionado derecho en el sistema europeo de protección (incluida la posible manifestación del derecho como parte de la “identidad nacional” en su caso esgrimida como límite a la integración, habida cuenta de que, en el contexto del artículo 4.2 TUE, tal identidad nacional no dejaría de ser un concepto autónomo del Derecho de la Unión, sometido a la lectura suprema de Luxemburgo).

Y otro tanto cabría indicar, en fin, en relación con la determinación del juez nacional competente para traducir en la práctica la solución al referido conflicto: desde la competencia genérica del juez ordinario para inaplicar leyes internas por

10 Según el cual: “Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la Ley. Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una Ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho. Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad, excepto en los casos previstos por la Ley”.

contrarias al derecho fundamental en juego si éste se identificara con alguno de los incorporados en la CDFUE, hasta la posible competencia exclusiva, en el marco de un sistema nacional de control concentrado de constitucionalidad, del correspondiente Tribunal Constitucional, en caso de orientarse el discurso hacia una aplicación, bien del estándar de protección superior, bien, directamente, de la identidad nacional (como sucedió, precisamente y como vimos, en *Taricco II*, llegada la hora de concretar, en términos internos, la respuesta del TJUE).

10. No debe olvidarse, por lo demás, que el punto de partida del TJUE al revisar (o más suavemente si se quiere, “modular”) la “regla Taricco”, fue la ausencia de armonización europea en materia de prescripción aplicable a las infracciones penales en materia de IVA.

¿En qué posición, pues, habría que entender que quedaría el juez italiano una vez producida tal armonización, como fue el caso, en virtud de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal?

Parece que, a los ojos del TJUE, desaparecería la libertad de la República italiana para prever que, en su ordenamiento jurídico, el régimen de prescripción relativo a las infracciones en materia de IVA estuviese comprendido en el Derecho penal material y sometido, en consecuencia, al principio de legalidad de los delitos y las penas.

Y parece, asimismo, que el debate se trasladaría al terreno del alcance de la identidad nacional como límite a la integración (debate, recordemos, eludido por el TJUE al dejar sin contestar la tercera de las cuestiones prejudiciales suscitada por la CC en *Taricco II*).

Ello en el entendido de que la obligación, *ab initio*, de inaplicar el régimen interno de prescripción incompatible con el previsto en la mencionada Directiva, tendría su origen no en ésta, sino en los apartados 1 y 2 del artículo 325 TUE, esto es, en “disposiciones de Derecho primario de la Unión [que] imponen una obligación de resultado precisa y no sujeta a condición alguna en cuanto a la aplicación de la norma que contienen” (de combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas, así como equivalentes a las previstas para combatir los fraudes que afecten a sus propios intereses); disposiciones que,

“en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión [...], producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su

entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente”¹¹.

11. A modo de breve reflexión provisional sobre la puesta en práctica por la *Corte Costituzionale* de la protección multinivel de derechos en la UE, cabría señalar que, en mi opinión, el órdago planteado por la CC al TJUE (traducido en la amenaza de una declaración de inconstitucionalidad del artículo 325 TUE) lo fue en términos sólidos (en el sentido de bien fundamentados desde la perspectiva del propio Derecho de la Unión) y constructivos (en el sentido de proponer un *modus operandi* a los efectos de colaborar, a tres bandas, en el marco de un complejo sistema de protección de derechos representado, precisamente, por tres protagonistas –el TJUE, el TEDH y los TC–, cada cual con su propio guion –la CDFUE, el CEDH y las Constituciones nacionales–), pero orientados todos ellos por unos valores comunes, entre los que destaca, de nuevo precisamente, el respecto de los derechos humanos (como expresamente recuerda el artículo 2 TUE¹²).

Así, la CC hizo bien, creo, en advertir al TJUE que este ni debería ni podría llevar a cabo, a su exclusivo aire, lecturas de la CDFUE. Por el contrario, estaría obligado, a la luz tanto de la propia Carta como del TUE, no sólo a utilizar el CEDH y, sobre todo, la jurisprudencia del TEDH, como esencial fuente de inspiración, sino también las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros¹³; tradiciones que, sin embargo, brillaron por su ausencia no sólo en *Taricco e.a.* y *Taricco II*,

11 FFJJ 51 y 52 de *Taricco e.a.*

12 “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 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”.

13 Según dispone el artículo 6.3 TUE, “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. El artículo 52 CDFUE, por su parte, establece en su apartado 3 lo siguiente: “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 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”; y en su apartado 4, advierte que en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

sino también en el propio discurso de la CC, la cual, al descender del plano teórico al práctico, las dejó de lado, cediendo el papel estelar, de modo casi exclusivo¹⁴, a la tradición propia.

12. Un último añadido acerca de plantear, en términos procesales, el referido diálogo, en lo que concierne, bilateralmente, a la CC con Luxemburgo.

Hasta el momento en que el TJUE resolvió *Taricco II* (5 de diciembre de 2017), la posición de la CC en relación con la decisión del juez ordinario de activar bien la cuestión prejudicial, bien la cuestión de inconstitucionalidad, en presencia de dudas acerca de la europeidad y constitucionalidad de las leyes, se decantaba por la obligación de activar ante todo aquélla, habida cuenta, entre algunas de las razones esgrimidas que recuerdan a las argüidas por nuestro TC¹⁵, de que una respuesta al respecto por el TJUE sería determinante a los efectos de diagnosticar la aplicabilidad de la ley al caso concreto, exigencia ineludible para dirigirse vía incidental a la CC. Con palabras de la propia CC en su Sentencia 284/2007, de 4 de julio: “la cuestión de la compatibilidad comunitaria constituye un *prius* lógico y jurídico con respecto a la cuestión de constitucionalidad, ya que se refiere a la aplicabilidad misma de la disposición censurada y, por tanto, a la relevancia de esta última”¹⁶.

Sin embargo, a los pocos días de dictarse *Taricco II* (concretamente, el 14 de diciembre), la CC emitía su Sentencia 269/2017, en la que alteraba su hasta entonces referida posición, declarando en relación específicamente con la CDFUE, en un *obiter dictum* que dio lugar a abundante literatura académica (especialmente italiana), que

14 La CC trajo a colación, como único apoyo a su tradición constitucional de considerar la prescripción como parte del Derecho penal material e incluida, en consecuencia, en el radio de acción del principio de legalidad, el ordenamiento jurídico español, representado por la STC 63/2005, de 14 de marzo (aunque más representativa habría resultado, por ejemplo, la STC 29/2008, de 20 de febrero, que se refirió expresamente a la prescripción en el ámbito punitivo como “un instituto regulado por normas penales, perteneciente al Derecho penal material”; *cf.*, en la misma línea, la STS de 20 de abril de 2018 (núm. de recurso 1826/2017, núm. de resolución 189/2018).

15 *Cf.*: Autos del TC 168/2016, de 4 de octubre, y 204/2016, de 13 de diciembre.

16 Con palabras de nuestro TC: “Al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal *aplicable al caso*, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable”.

“cuando una ley plantee dudas de compatibilidad con los derechos protegidos por la Constitución italiana y con los garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en un contexto de relevancia comunitaria¹⁷, se debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de recurrir a la remisión prejudicial para cuestiones de interpretación o validez del Derecho de la Unión”.

Tal imposición, en materia de derechos fundamentales, de la preferencia de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la prejudicial, tenía como claro objetivo convertir al juez constitucional en el protagonista, en detrimento del juez ordinario, del diálogo con Luxemburgo, con el objetivo declarado de “asegurar que los derechos garantizados por la Carta europea sean interpretados en armonía con las tradiciones constitucionales, a las que también se refiere el art. 6 del Tratado de la Unión Europea y el art. 52, apartado 4, de la Carta, como fuentes relevantes en este ámbito”. “Todo ello”, puntualizaría la CC, “en un marco de cooperación constructiva y leal entre los distintos sistemas de garantía, en el que los Tribunales Constitucionales están llamados a potenciar el diálogo con el Tribunal de Justicia con el fin de asegurar la máxima salvaguardia de los derechos a nivel sistémico (artículo 53 CDFUE)”.

Habida cuenta de las muchas dudas que, a la luz de la jurisprudencia europea, planteaba la imposición descrita (ambiguamente relativizada mediante la salvedad final ya referida al “recurso a la remisión prejudicial para cuestiones de interpretación o validez del Derecho de la Unión”), la CC terminaría por suavizarla al máximo, recomendando en un primer momento la activación preferente de la cuestión de inconstitucionalidad en términos “orientativos” de “oportunidad”¹⁸, y puntualizando poco después, en relación con la salvedad recién transcrita, que todo ello habría de entenderse:

“sin perjuicio de la facultad del juez ordinario de proceder a la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, *también* después del juicio incidental de constitucionalidad, y –si se cumplen las condiciones– de inaplicar, en el caso concreto sometido a su examen, la disposición nacional contraria a los derechos consagrados en la Carta”¹⁹.

17 Léase “en un contexto incluido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (*cf.* artículo 51 CDFUE).

18 Sentencia 20/2019, de 21 de febrero.

19 Sentencia 63/2019, de 21 de marzo.

Todo ello, por lo demás, aclarando la CC su disposición para utilizar la propia CDFUE como parámetro de constitucionalidad²⁰, activando ella misma, llegado el caso, el diálogo prejudicial con Luxemburgo²¹, “con la finalidad” –volvería a insistir la CC–

“de contribuir, por su parte, a hacer efectiva la posibilidad a que se refiere el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), de que los correspondientes derechos fundamentales garantizados por el Derecho europeo, y en particular por la CDFUE, se interpreten en armonía con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, a las que también se refiere el art. 52, apartado 4, de la propia CDFUE como fuentes relevantes”.

13. Del dicho al hecho: la CC volvería a dirigirse con la finalidad recién transcrita al TJUE, mediante Auto 117/2019, de 10 de mayo, cuestionando la compatibilidad con el derecho fundamental a guardar silencio de una normativa europea si llegara a entenderse que ésta obligaría a sancionar a quien se negara a responder a preguntas de la autoridad competente de las que pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción castigada con sanciones administrativas de carácter punitivo.

Los hechos que aquí interesan reseñar eran los siguientes: la Comisión Nacional del Mercado de Valores de Italia (en adelante, Consob²²) sancionó administrativamente al Sr. DB (por un importe total de 300.000 euros) por uso

20 También aclararía la CC –o más bien, corregiría– la afirmación de su Sentencia 269/2017 según la cual los jueces conservarían la libertad “para inaplicar, finalizado el juicio incidental de constitucionalidad, la ley nacional en cuestión que haya superado el examen de constitucionalidad, cuando, por otros motivos, la juzguen contraria al Derecho de la Unión”. Tal afirmación, más que dudosamente compatible con la doctrina del TJUE (y claramente incompatible con ella tras la Sentencia dictada por el TJUE pocos días después, el 20 de diciembre de 2017, resolviendo el asunto *Global Starnet Ltd*, C-322/16), fue sustituida por la siguiente: finalizado el juicio incidental de inconstitucionalidad, “se entiende que los jueces ordinarios podrán someter al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la misma normativa, cualquier cuestión prejudicial que estimen necesaria”.

21 “Esta Corte no podrá eximirse, eventualmente previa petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, de dar respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad con los instrumentos que le son propios; instrumentos entre los que también se encuentra la declaración de inconstitucionalidad de la disposición considerada contraria a la Carta (y por tanto con los artículos 11 y 117, primer párrafo, de la Constitución), con la consiguiente eliminación del ordenamiento jurídico, con efectos *erga omnes*, de tal disposición”.

22 *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*.

indebido de información privilegiada; además, le impuso otra multa (de 50.000 euros) debido a que, tras solicitar DB reiteradamente un aplazamiento de la fecha de la audiencia a la que había sido citado en calidad de persona informada de los hechos, se había negado a responder a las preguntas que se le habían formulado cuando compareció en dicha audiencia. También fue sancionado por la misma Consob, finalmente, con la pérdida temporal de la honorabilidad para el ejercicio de la profesión (durante 18 meses), al tiempo que veía sus bienes confiscados por un valor equivalente al beneficio obtenido (por un importe de casi 150.000 euros)²³.

Desestimados por el Tribunal de Apelación de Roma los recursos interpuestos contra tales sanciones, el Tribunal Supremo de Casación, conociendo del asunto, decidió suspender el litigio cuestionando ante la CC la constitucionalidad de la previsión legal que habría habilitado a la Consob para sancionar los incumplimientos de sus requerimientos y la no cooperación con el efecto de dificultar el desarrollo de sus funciones de supervisión o retrasar el ejercicio de las mismas. Según la *Corte di Cassazione*, dicha previsión sería contraria al artículo 24 de la Constitución italiana, al 47 CDFUE, al 6 CEDH y al 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículos todos ellos concernientes al derecho de defensa. Concretamente, la *Corte di Cassazione* cuestionó que la referida potestad sancionadora de la Consob respetara el derecho de toda persona a no declarar o cooperar en su propia contra en el marco de procedimientos administrativos encaminados a la imposición de sanciones de carácter sustancialmente punitivo.

14. Así las cosas, de nuevo ahora, como en su momento hizo al cuestionar la doctrina del TJUE sentada en *Taricco I*, la CC contextualizó el cuestionamiento de la constitucionalidad de la legislación italiana en el marco del:

“recordado espíritu de cooperación leal entre los órganos jurisdiccionales nacionales y los europeos en la definición de niveles comunes de protección de los derechos fundamentales –objetivo primordial en una materia como la del presente asunto, que ha sido objeto de armonización normativa–”.

Y con ese espíritu como trasfondo, la CC consideró que, “antes de decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad que se le ha planteado, es preciso interrogar al Tribunal de Justicia sobre la correcta interpretación y, en su caso, sobre la validez, a

23 Por otro lado, en un procedimiento penal paralelo, DB fue imputado por el delito de operar con información privilegiada, resultando condenado, tras un pacto alcanzado con la fiscalía, a 11 meses de prisión y al pago de una multa de 300.000 euros.

la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta”, de la normativa europea²⁴ que estaría en el origen de la legislación nacional cuestionada²⁵.

Persistió también la CC en su estrategia desplegada en el contexto de *Taricco*, con las mismas bondades (intentando guiar al TJUE en su lectura de la CDFUE a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de las tradiciones constitucionales comunes) y las mismas carencias (traducidas dichas tradiciones en la singularidad italiana).

En efecto, hizo especial hincapié la CC en la STEDH *J.B. c. Suiza*, de 3 mayo de 2001, que afirmó la necesidad de reconocer todas las garantías que el CEDH atribuye en materia penal, en particular el “derecho a no declarar”, a una persona contra la que había en curso una inspección administrativa de carácter fiscal y a la que se habían impuesto sanciones económicas de naturaleza punitiva, por haberse negado en reiteradas ocasiones a responder a las solicitudes de aclaración de la autoridad competente para llevar a cabo esa inspección.

En cambio, y como señalaba, el análisis de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros quedó circunscrito, sólo y exclusivamente, al ámbito del propio ordenamiento italiano, refiriéndose la CC a su

“reiterada jurisprudencia relativa al ‘derecho a no declarar’ del imputado, según la cual ese derecho, aun no estando expresamente reconocido en la Constitución, constituye el ‘corolario esencial de la inviolabilidad del derecho de defensa’ y garantiza al acusado la posibilidad de negarse a prestar declaración y, con carácter más general, a acogerse a la facultad de no responder a las preguntas del juez o de la autoridad encargada de la instrucción”.

Reconoció la CC, no obstante, que hasta el momento no había tenido

“la oportunidad de apreciar si, y en qué medida, el citado derecho a no declarar, que forma parte de los derechos inalienables de la persona que caracterizan la identidad constitucional italiana, resulta de aplicación en procedimientos

24 Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) – aplicable *ratione temporis*– y Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, que imponen a los Estados miembros la obligación de sancionar la falta de cooperación con la autoridad responsable de la supervisión del mercado.

25 Decreto Legislativo núm. 58/1998, de 24 de febrero, relativo a la protección de la actividad de supervisión del Banco de Italia y de la Comisión Nacional de Sociedades y Bolsa.

administrativos dirigidos a la imposición de una sanción de carácter ‘punitivo’ según los criterios Engel” (cfr. STEDH *Engel y otros y Países Bajos*, de 8 de junio de 1976).

Pero también recordó, por otro lado, cómo había declarado en múltiples ocasiones que “determinadas garantías en materia penal, consagradas en el CEDH y en la propia Constitución italiana [como la irretroactividad *in peius* y la retroactividad *in mitius*], se extienden a las sanciones administrativas de carácter ‘punitivo’, como era el caso de las previstas en el ordenamiento italiano en materia de abuso de información privilegiada” (según habría reconocido el propio TJUE en los *asuntos acumulados Di Puma y CONSOB*, C-596/16 y C-597/16, resueltos por Sentencia de 20 de marzo de 2018).

Por su parte, el Abogado General que conoció del asunto en Luxemburgo, el estonio Priit Pikamäe, no se refirió ni una sola vez a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros a lo largo de sus Conclusiones, presentadas el 27 de octubre de 2020. Tampoco lo haría el TJUE, como veremos, al resolver el mismo mediante Sentencia dictada el 2 de febrero de 2021. Bien es cierto, conviene advertir, que ahora, a diferencia de lo que sucedía en la “saga Taricco”, no resultaba tan relevante el recurso a las tradiciones nacionales, dado que ya existía, como también veremos, jurisprudencia de Estrasburgo lo suficientemente sólida como para avalar la lectura de la Carta propugnada por la CC²⁶.

15. Con fundamento en tales fuentes de inspiración que, a su juicio, deberían guiar al TJUE en su lectura de la CDFUE, y, concretamente, de sus artículos 47 (tutela judicial efectiva) y 48 (derecho de defensa), la CC cuestionó no ya la referida normativa europea (concretamente, el artículo 14.3 de la Directiva 2003/6 y el artículo 30.1b del Reglamento 596/2014), sino incluso la doctrina del propio TJUE sostenida hasta el momento²⁷; doctrina conforme a la cual sólo podría existir

26 A diferencia de lo que sucedía en *Taricco I*, donde el TJUE se apoyó precisamente en jurisprudencia del TEDH para respaldar su tesis según la cual los regímenes nacionales de prescripción no estarían protegidos por el principio de legalidad proclamado en la Carta (artículo 49). En ello insistiría el TJUE en *Taricco II*: “Cabe recordar”, puede leerse en el FJ 42, “que el hecho de que un legislador nacional amplíe un plazo de prescripción con aplicación inmediata, incluso a hechos imputados que aún no han prescrito, no vulnera, forzosamente, el principio de legalidad de los delitos y las penas (véase, en este sentido, la sentencia *Taricco*, apartado 57 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en ese apartado)”.

27 Citando la CC las siguientes Sentencias del TJUE al respecto: *Orkem*, de 18 de octubre de 1989, C-374/87; *Erste Group Bank AG*, de 24 de septiembre de 2009, C-125/07 P, C-133/07 P,

una vulneración del derecho de defensa en caso de que se formularan a la empresa preguntas encaminadas, en esencia, a que esta admitiera haber cometido una infracción, extremo que incumbiría probar a la Comisión Europea.

Por lo que respecta a la normativa europea en juego²⁸, la CC no acababa de tener claro hasta qué punto dicha normativa llegaría a obligar a los Estados miembros a adoptar medidas sancionadoras por falta de cooperación con la autoridad nacional competente para combatir el abuso de mercado a fin de garantizar la integridad de los mercados financieros de la Unión y reforzar la protección de los inversores y su confianza en esos mercados; en particular, la CC se preguntaba si la referida obligación incluiría, entre los posibles destinatarios de tales medidas, a personas que se negaran a cooperar cuando de ello pudiera resultar su propia responsabilidad por una infracción susceptible de acarrear sanciones administrativas de carácter penal o sanciones abiertamente penales.

Según la CC, una obligación impuesta a los Estados miembros en el sentido inclusivo expuesto podría implicar una vulneración de los artículos 47 y 48 de la Carta, interpretados, como ya se ha señalado, “a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante, TEDH] concerniente al artículo 6 del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”.

Tal interpretación, no obstante y en opinión de la CC, imponía al TJUE alejarse, o cuanto menos, matizar, su propia doctrina antes referida (conforme a la cual sólo podría existir una vulneración del derecho de defensa en caso de que se formularan a la empresa preguntas encaminadas, en esencia, a que esta admitiera haber cometido una infracción); doctrina –advirtió la CC– que, desarrollada “en relación con personas jurídicas, no físicas, y en gran parte antes de la adopción de la Carta”, no parecería satisfacer plenamente las exigencias derivadas del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, “que implica generalmente, en materia penal, el derecho del interesado a no contribuir, siquiera indirectamente, a su propia incriminación”. Y ello

C-135/07 P y C-137/07 P; *Dalmine*, de 25 de enero de 2007, C-407/04; y *SGL Carbon*, de 29 de junio de 2006, C-301/04 P.

28 Que obligó al TJUE a pronunciarse acerca de la inadmisibilidad –alegada por el Consejo– de la cuestión prejudicial en lo concerniente al Reglamento 596/2014, fundamentada en que sería la Directiva 2003/6 por él derogada la única norma aplicable al litigio principal. Tal alegación fue rechazada por el TJUE, dando por buena la referencia de la CC “a la coherencia y a la relación de continuidad existentes entre las disposiciones de la Directiva 2003/6 y las del Reglamento 596/2014, que justifican un examen conjunto de sus disposiciones análogas”, y al hecho de que una posible declaración de inconstitucionalidad de la legislación italiana de transposición de la Directiva también tendría incidencia, según reglas de justicia constitucional interna, en la versión vigente vinculada al Reglamento.

porque, según la CC, podría suceder, con la doctrina del TJUE en la mano, que las declaraciones obtenidas por la autoridad administrativa, bajo la amenaza de padecer una sanción en caso de falta de cooperación, proporcionaran a la citada autoridad datos esenciales concretos para permitirle obtener elementos de prueba adicionales sobre la conducta ilícita. Esto es, la doctrina del TJUE impediría “formular preguntas dirigidas, en sustancia, a obtener una confesión relativa a la comisión de una infracción, sin perjuicio, sin embargo, del deber de la empresa, en línea de principio, de responder a las preguntas de la Comisión” (lo que podría llegar a facilitar o allanar el camino para la incriminación correspondiente).

16. La respuesta del TJUE ha venido de la mano de su Sentencia dictada, como adelanté, el 2 de febrero de 2021 (*asunto Consob*, C-481/19), en cuyo fallo, adelantémoslo ya, el TJUE declara que el derecho derivado de la Unión al que nos venimos refiriendo (artículos 14.3 de la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014), leídos a la luz de la Carta (artículos 47²⁹ y 48³⁰),

“deben interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros no sancionar a una persona física que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, se niegue a dar a ésta respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

El razonamiento del TJUE consta de dos partes: la primera, dedicada a la interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta (FFJJ 37-48); la segunda, a la de los artículos 14.3 de la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014, leídos a la luz de la Carta (FFJJ 49-58).

Por lo que respecta a la primera parte, va precedida, a su vez, de una doble advertencia preliminar.

Por un lado, el TJUE recuerda cómo las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones de la Unión Europea y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión” (lo cual, como veremos, suscita dudas en cuanto a las bondades del fallo transcrito; particularmente, en relación con “la posibilidad” de que los Estados miembros no sancionen a personas que se

29 Concretamente, de su párrafo segundo *ab initio*, según el cual “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente”.

30 El cual dispone: “1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”.

nieguen a cooperar con la autoridad con fundamento en el derecho a no autoinculparse).

Por otro lado, el TJUE, descartando la utilización del CEDH (en concreto, de su artículo 6) como parámetro directo de control del Derecho de la Unión (pues “no constituye, al no haberse adherido a él la Unión, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión”³¹), advirtió, no obstante, del doble rol que el CEDH podría llegar a desempeñar, en términos indirectos, en el marco del Derecho de la Unión, a saber, en cuanto instrumento configurador de los principios generales de la Unión (artículo 6.3 TUE), y en cuanto fuente de inspiración de la Carta (artículo 52.3 de ésta). Pues bien, en relación con este último rol, que es el que interesaba en el caso de autos, y tras constatar, apoyándose en las Explicaciones de la Carta³², la correspondencia / coincidencia de los artículos 47 (párrafo segundo) y 48 de la Carta con los tres apartados del artículo 6 CEDH, el TJUE asumió la obligación de manejar éste, tal y como viene siendo interpretado por el TEDH, “como nivel mínimo de protección” en el Derecho de la Unión³³, aun reservándose, con apoyo también en las

31 Tampoco pueden los jueces nacionales, “con fundamento en el Derecho de la Unión” y por el mismo motivo, utilizar el CEDH como fuente de control del Derecho interno: *cf.* STJUE 24 de abril de 2012, *asunto Kamberaj*, C-571/10.

32 A tener, recordemos, “debidamente en cuenta” a la hora de leer la propia Carta, según puntualiza el tercer párrafo del artículo 6.1 TUE.

33 Corrigiendo así la afirmación, realizada justo antes, que merecería una rotunda crítica, por inexacta y hasta prepotente, si no fuera porque su redacción no responde ni a la lengua original del procedimiento (italiano), ni a la lengua de trabajo en el interior del TJUE (francés). En efecto, según la versión española del FJ 36: “el artículo 52, apartado 3, de la Carta, que dispone que cabe dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, pretende garantizar la coherencia necesaria entre esos respectivos derechos sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia”.

Salta a la vista el poco encaje de tal redacción (que por lo demás reproduce redacciones de Sentencias anteriores) no ya con el espíritu, sino con el texto mismo del artículo 52.3, alejado del más mínimo tono potestativo en la labor de interpretación de la Carta a la luz del CEDH: “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 alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio” (“Esta disposición”, concluye el precepto, “no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”). Sucede, sin embargo y como señalaba, que se trata de una mala traducción al español del FJ 36, cuyas versiones en italiano y francés se ajustan como es debido al tono claramente imperativo del artículo 52.3 a la hora de marcar la pauta hermenéutica a seguir por el TJUE.

Explicaciones, la última palabra a los efectos de preservar su propia autonomía y la del ordenamiento jurídico de la Unión³⁴.

17. Entrando ya en la concreta interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta, llama la atención el profuso manejo por el TJUE de la jurisprudencia del TEDH para avalar, además, la interpretación de diversas cuestiones vinculadas con el alcance del derecho a guardar silencio (hasta cinco Sentencias del TEDH trajo el TJUE a colación para abordar, como señalaba, el derecho a guardar silencio, cada cual desde una distinta óptica).

Más sutil es la impresión que causa el referido manejo jurisprudencial, tras el cual parece subyacer el propósito de demostrar su sólido conocimiento de dicha jurisprudencia, más allá de las aportaciones al respecto de la CC en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. Así, de los siete pronunciamientos del TEDH de los que se sirvió la CC en su Auto 117/2019³⁵, solo dos llamaron la atención del TJUE³⁶, el cual, por su parte, aportó otros tres de su propia cosecha analítica³⁷. Ello, a su vez, dejaría entrever una cierta disposición por parte del TJUE a realzar, formalmente, su estatus en el entramado jurisdiccional de la Unión, por encima de las aportaciones de los tribunales supremos / constitucionales de los Estados miembros dirigidas a encauzar la interpretación del Derecho de la Unión.

Por lo que respecta al razonamiento del TJUE en torno a la doctrina de Estrasburgo, el mismo se desarrolló en los siguientes términos: 1) el derecho

Contendientes resultan, por lo demás, las Explicaciones relativas al mismo artículo 52.3, según las cuales “en cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede ser nunca inferior al garantizado por el CEDH”.

34 Recordemos que la autonomía del Derecho de la Unión fue precisamente uno de los argumentos más recurrentes del TJUE para descartar, en su Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, la viabilidad de la adhesión de la Unión al CEDH. Haría bien el TJUE, sin embargo, en no abusar de la referida autonomía y, sobre todo, en no traducirla en desviaciones más o menos manifiestas del CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH, so riesgo de provocar tensiones con este último que, no hay que olvidar, ejerce su jurisdicción sobre los Estados miembros con independencia de que estén o no aplicando Derecho de la Unión.

35 Por orden de cita: *Funke c. Francia*, de 25 de febrero de 1992; *Chambaz c. Suiza*, de 5 de abril de 2012; *John Murray c. Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996; *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, de 21 de diciembre de 2000; *Saunders c. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996; *Shannon c. Reino Unido*, de 4 de octubre de 2005; y *J.B. c. Suiza*, de 3 de mayo de 2001.

36 *John Murray c. Reino Unido* y *Saunders c. Reino Unido*.

37 Por orden de cita: *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016; *Corbet y otros c. Francia*, de 19 de marzo de 2015; y *Grande Stevens y otros c. Francia*, de 4 de marzo de 2014.

a guardar silencio conforma, implícitamente³⁸, la base misma del concepto de proceso equitativo, contribuyendo, al proteger al acusado de la coacción indebida por parte de las autoridades públicas, a evitar errores judiciales y a garantizar los objetivos de dicho proceso; 2) el derecho a guardar silencio, en una causa penal, resulta particularmente vulnerado cuando un sospechoso, bajo amenaza de ser sancionado si no confiesa, o bien confiesa, o bien es castigado por haberse negado a hacerlo; 3) el derecho a guardar silencio no puede limitarse razonablemente a la confesión de actos ilícitos o a las observaciones que inculpen directamente al interesado, sino que abarca también información sobre cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de la acusación y afectar así a la condena o sanción impuesta a dicha persona.

Sentado lo cual, y no sin antes dejar de advertir (siguiendo a la CC pese a no reconocerlo expresamente³⁹) que “el derecho a guardar silencio no puede justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración”⁴⁰, el TJUE entró en el análisis acerca de “en qué condiciones debe respetarse también dicho derecho en el marco de procedimientos de comprobación de la existencia de infracciones administrativas” y, más concretamente, “en el contexto de procedimientos que pueden dar lugar a la imposición de sanciones administrativas de carácter penal”.

Pues bien, llegados a este punto, no estimó necesario el TJUE mencionar la doctrina del TEDH elaborada a partir del célebre *asunto Engel*⁴¹. Por el contrario, optó, en una suerte de “apropiación intelectual”, por manejar la propia recogida

38 Hay que advertir que ni el CEDH ni la Carta contemplan, *expressis verbis*, el derecho a guardar silencio o a no autoinculparse. No sucede lo mismo, en cambio, con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14 reconoce a “toda persona acusada de un delito” la garantía “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (apartado 3 g).

39 Lo que también podría ser percibido como un ejercicio de auto-confirmación por parte del TJUE.

40 FJ 41. Pese a parecer una afirmación de factura propia, lo cierto es que el TJUE ya había aludido en el FJ 20 a la “opinión de dicho órgano jurisdiccional [remitente]” según la cual el derecho a guardar silencio “no puede justificar la negativa del interesado a acudir a la audiencia convocada por la Consob ni su retraso en presentarse a la citada audiencia, siempre que se garantice su derecho a no responder a las preguntas que se le formulen con ocasión de tal audiencia”. “Sin embargo”, precisaba la CC, “en el caso de autos no existía tal garantía”.

41 Sentencia ya citada *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976. También trajo a colación el TJUE la Sentencia *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009.

en el *asunto Garlsson Real Estate e.a.* en relación con el principio *ne bis in idem* (C-537/16, resuelto por Sentencia de 20 de marzo de 2018)⁴².

Pero como todos los caminos conducen a Roma, lo cierto es que *Garlsson Real Estate e.a.* no hizo sino remitir, a su vez, a *Akerberg Fransson* (C-617/10, Sentencia de 26 de febrero de 2013) y a *Bonda* (C489/10, Sentencia de 5 de junio de 2012).

Y es en este último pronunciamiento citado (cronológicamente, primero de todos ellos) donde, aquí sí, el TJUE hizo suya, expresamente, la *doctrina Engel*, reproducida ahora en *Consob*, según la cual serían tres los criterios relevantes para evaluar el carácter penal de una sanción administrativa, a saber: 1) la calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno; 2) la propia naturaleza de la infracción; y 3) la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado.

Siguiendo a partir de ahí la regla general de remitir a la CC, en cuanto órgano jurisdiccional remitente, la función de apreciar si las sanciones administrativas controvertidas en el litigio principal tendrían naturaleza penal a la luz de los referidos criterios, el TJUE, no obstante, consideró conveniente evocar algunos pronunciamientos suyos⁴³ en los que habría asumido que determinadas sanciones administrativas impuestas precisamente por la Consob tendrían dicha naturaleza penal (celebrando –aquí sí– el “acertado recuerdo” por la CC de tal jurisprudencia, a la que, además, añadió el TJUE otra del TEDH en la misma dirección, concerniente también a la Consob⁴⁴).

El TJUE concluyó esta primera parte de su razonamiento puntualizando que, por lo demás,

42 En un curioso trabajo publicado en el año 2015 sobre la base de entrevistas realizadas a *insiders* anónimos de Luxemburgo (siete Jueces, dos ex-Jueces, un Abogado General y diez Letrados –siete de ellos adscritos a Jueces, tres a Abogados Generales–), el autor revela como posibles motivos para tal *modus operandi* los siguientes: ahorrarse sencillamente referencias a Estrasburgo que se remontarían a Adán y Eva, o al Arca de Noé; eludir el riesgo de aludir a antiguas decisiones del TEDH que podrían haber sido objeto de ulteriores desarrollos en el contexto del CEDH, lo que exigiría por parte del TJUE un esfuerzo adicional que no se estaría dispuesto a asumir salvo que la referencia a la jurisprudencia del TEDH fuera realmente necesaria; y procurar una interiorización de ésta convirtiéndola en propia y, por tanto, en precedente, lo cual dificultaría al propio TJUE, en consecuencia, apartarse del mismo (*cf.* J. KROMMENDIJK, “The Use of ECtHR by the Court of Justice after Lisbon: the View of Luxembourg Insiders”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, núm. 6, pp. 829-830).

43 Sentencias *Di Puma y Zecca*, de 20 de marzo de 2018, C-596 y 597/16; y, del mismo día, la ya citada *Garlsson Real Estate e.a.*

44 Sentencia *Grande Stevens y otros c. Italia*, de 4 de marzo de 2014.

“aun suponiendo que, en el caso de autos, las sanciones controvertidas en el litigio principal, impuestas por la autoridad de supervisión a DB, no tuvieran carácter penal, la necesidad de respetar el derecho a guardar silencio en el marco de un procedimiento de investigación tramitado por esta [la Consob] también podría resultar de la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que, con arreglo a la legislación nacional, las pruebas obtenidas en dicho procedimiento pueden utilizarse en un proceso penal seguido contra esa misma persona para demostrar la comisión de una infracción penal”.

Todo ello llevaría al TJUE a la afirmación contenida en el FJ 45, que conviene transcribir y destacar, porque aclara mucho, como veremos al final de estas reflexiones, las ambigüedades del fallo. Según dicho FJ:

“Habida cuenta de las argumentaciones expuestas [...] procede considerar que, entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la *obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión*, figura, en particular, *el derecho a guardar silencio de una persona física ‘acusada’* en el sentido de la segunda de estas disposiciones⁴⁵. *Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada* por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento núm. 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

18. Aún dentro de la primera parte de su razonamiento dedicada a la interpretación de los artículos 47 y 48 de la Carta (FFJJ 37-48), el TJUE consideró necesario dedicar los tres últimos FFJJ de dicha parte a explicar por qué su análisis expuesto

45 El derecho a guardar silencio lo circunscribe el TJUE, en consecuencia, al “acusado” en el sentido del artículo 48 de la Carta, el cual, sin embargo, ninguna pauta interpretativa ofrece al respecto. Parece, pues, que habría que recurrir también aquí al CEDH (artículo 6) y a su lectura por el TEDH para guiar la interpretación de la condición de “acusado” a los efectos de considerar aplicable el derecho a guardar silencio en los términos proclamados por el FJ 45 de *Consob*; lo cual también parece que nos situaría en el contexto de una persona física que se encuentre formalmente inmersa en un procedimiento en el que se estaría dilucidando, precisamente, la comisión por su parte de una infracción (susceptible de desembocar en una sanción de naturaleza penal). *Cfr.*, al respecto STEDH *McFarlane c. Irlanda*, de 10 de septiembre de 2010.

hasta el momento no entraría en contradicción con su jurisprudencia en materia de Derecho de la competencia; jurisprudencia, según el TJUE,

“de la que resulta, en esencia, que, en el marco de un procedimiento sancionador por una infracción de dichas normas, se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia”⁴⁶.

Así las cosas, el TJUE recordó cómo también en ese contexto había considerado que “no se puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de tal infracción”; consideración ésta a todas luces insuficiente para salvar, por sí sola, la contradicción con el derecho a guardar silencio en los términos más amplios que el TJUE acababa de afirmar en el FJ 45, habida cuenta de que, como acertadamente había advertido la CC en su auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, sería muy posible que las declaraciones efectuadas ante la autoridad administrativa bajo amenaza de sanción por no cooperar, aun concernientes a cuestiones puramente fácticas, pudieran proporcionar a la autoridad en cuestión datos esenciales concretos a los efectos de obtener elementos de prueba adicionales sobre la conducta ilícita⁴⁷.

Por otro lado, el TJUE se hizo eco –aquí sí– de una segunda advertencia de la CC en relación con la jurisprudencia de Luxemburgo recién mencionada, en el sentido de hacer notar que la misma se referiría solamente a “empresas y asociaciones de empresas”. Y tal jurisprudencia, señaló el TJUE, “no puede aplicarse por analogía cuando se trata de determinar el alcance del derecho a guardar silencio de personas

46 Citando el TJUE al respecto, como hiciera la CC en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, sus siguientes Sentencias: *Orkem c. Comisión*, de 18 de octubre de 1989, C-374/87; *Comisión c. SGL Carbón*, de 29 de junio de 2006, C301/04 P; y *Dalmine c. Comisión*, de 25 de enero de 2007, C407/04 P.

47 Con palabras de la CC, “resulta evidente que sostener que existe una obligación del infractor de responder a cuestiones de mero hecho –como ocurre en el diferente ámbito de los ilícitos en el Derecho de la competencia–, sin perjuicio de la posibilidad de demostrar posteriormente que los hechos presentados ‘tienen un alcance diverso’ al considerado por la autoridad competente, da lugar a una limitación significativa del alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que normalmente implica, en materia penal, el derecho del interesado a no realizar aportación declarativa alguna –ni siquiera indirecta– a su autoinculpación”.

físicas que, como DB, son objeto de un procedimiento por una infracción de uso de información privilegiada”.

Queda, pues, claro, que para el TJUE no existiría “contradicción” (es ésta la expresión por él empleada) con su jurisprudencia anterior concerniente a las personas jurídicas, porque dicha jurisprudencia, que se mantendría intacta⁴⁸, no sería aplicable a las personas físicas, las cuales gozarían de un superior estándar de protección en los términos expuestos.

Habrà que ver si tal diferenciación de trato pasará en el futuro, por lo que respecta a las personas jurídicas, la criba de los estándares nacionales y del TEDH.

Por el momento, lo que sí parece estar claro es que una aproximación a la esfera de las personas jurídicas en términos más restrictivos de protección, con carácter general, si comparada con la esfera de las personas físicas, parece no ser vista con malos ojos ni por el legislador de la Unión ni por el TEDH.

En efecto, por lo que respecta al legislador de la Unión, conviene llamar la atención⁴⁹ sobre la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en los procesos penales determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, cuyo artículo 7 protege, por vez primera de manera expresa en el Derecho de la Unión, el “derecho a guardar silencio” y el “derecho a no declarar contra sí mismo”. Pues bien, según reza el Considerando 13 de su Preámbulo: “La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanen de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas”.

Y por lo que respecta al TEDH, si bien es cierto que hasta el momento no se ha pronunciado específicamente sobre el alcance del derecho a guardar silencio en relación con las personas jurídicas, sí que ha adoptado una aproximación restrictiva respecto de éstas, si comparada con la concerniente a las personas físicas,

48 De manera que, como recuerda y no corrige el TJUE (FJ 46), “se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, *incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia*”.

49 Y así lo hicieron algunas partes interesadas en el asunto, según nos informa el Abogado General (*cf.*: nota al pie 60 de sus Conclusiones).

en el contexto de otros derechos del CEDH, como por ejemplo, del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 8 CEDH). Como reparó en sus Conclusiones el Abogado General Pikamäe, el TEDH, en su Sentencia *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, apreció que un registro llevado a cabo por la policía en el despacho de un abogado independiente en el que éste vivía constituía una violación de su “domicilio”. No obstante, también declaró que el derecho de injerencia de los Estados con arreglo al artículo 8.2 CEDH podría ir más lejos “en el caso de los locales o actividades profesionales o comerciales que en otros casos”⁵⁰.

19. Una vez interpretados los artículos 47 y 48 de la Carta, el TJUE dedicó la segunda parte de su razonamiento, como adelanté, a analizar el alcance de los artículos 14.3 de la Directiva 2003/6 y 30.1b del Reglamento 596/2014, leídos a la luz de aquellos (FFJJ 49-58). Concretamente, procedió el TJUE a analizar si, en primer lugar, cabía una interpretación de las disposiciones implicadas de Derecho derivado conforme a las disposiciones del Derecho originario (*i.e.*, de la Carta) en juego; porque solo fracasada la vía de una interpretación conforme, cabría dar el paso para cuestionar ese Derecho derivado en términos de validez⁵¹.

Pues bien, la lectura a la luz de la Carta (tal y como acababa de ser interpretada a lo largo de los FFJJ 36-48) de ambos preceptos contenidos, respectivamente, en la Directiva 2003/6 y el Reglamento 596/2014, se desarrolló en términos casi idén-

50 *Cfr.* nota al pie 65 de las Conclusiones. También reparó el Abogado General en cómo en su Sentencia *Deutsche Bahn y otros c. Comisión*, de 18 de junio de 2015, C583/13 P; el TJUE se basó en la jurisprudencia del TEDH (añadiendo a *Niemietz c. Alemania* la Sentencia *Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega*, de 14 de marzo de 2013) para confirmar la apreciación del Tribunal General según la cual la falta de autorización judicial previa no podía implicar, como tal, que la decisión de inspección adoptada por la Comisión, en el marco de sus facultades de investigación en materia de competencia, fuera ilegal.

51 Trajo el TJUE a colación su consolidada doctrina según la cual, “cuando un texto de Derecho derivado de la Unión es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Derecho primario, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él” (citando al respecto su Sentencia *M y otros*, 14 de mayo de 2019, C-391/16, C77/17 y C78/17, aunque la doctrina tiene su solera: *cfr.*, por ejemplo, la Sentencia *Comisión c. Consejo*, de 13 de diciembre de 1983, C-218/82). También mencionó que “además, tanto el considerando 44 de la Directiva 2003/6 como el considerando 77 del Reglamento núm. 596/2014 subrayan que estas dos disposiciones respetan los derechos fundamentales y los principios consagrados en la Carta”; menciona esta, muy al uso del TJUE, vacía por completo de sustancia, no ya porque estemos ante una fórmula que, por regla general, incorporan con automatismo las normas europeas de Derecho derivado con un mínimo de enjundia, sino porque el hecho mismo de incorporarla no garantiza, ni mucho menos, que los derechos fundamentales y los principios consagrados en la Carta sean, efectivamente, respetados.

ticos: si bien ninguno de dichos preceptos excluía expresamente que la obligación impuesta a los Estados miembros de prever sanciones por falta de cooperación (con las autoridades supervisoras e inspectoras competentes) pudiera llevarse hasta el extremo de englobar también las autoinculpaciones de personas físicas en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador de carácter penal (o de un procedimiento abiertamente penal), tampoco ninguno de ellos exigiría llevar la referida obligación hasta dicho extremo (o dicho de otra manera, como en el fallo: tanto la Directiva como el Reglamento:

“permit[irían] a los Estados miembros no sancionar a una persona física que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, se niegue a dar a estas respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”).

Esa lectura, y no otra, sería la que, según el TJUE, posibilitaría eludir, en última instancia, el juicio negativo de validez del Derecho derivado en juego. O de nuevo con palabras del TJUE (FJ 56):

“Al interpretarlas de este modo, la validez de estas disposiciones del Derecho derivado de la Unión no puede verse afectada, a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta, por el hecho de que no excluyan expresamente la imposición de una sanción para tal negativa”.

Es, pues, teniendo especialmente presente este muy particular contexto de enjuiciamiento de la validez de la Directiva 2003/6 y del Reglamento 596/2014, como debe leerse y entenderse el fallo de *Consob*: cuando el TJUE concluye declarando que ambas normas permitirían a los Estados miembros no sancionar comportamientos que podrían desembocar en una autoinculpación, lo hace una vez asumido que la Carta no permitiría a esos mismos Estados miembros (ni a las Instituciones de la Unión) sancionar, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, comportamientos que podrían desembocar en dicha autoinculpación (FJ. 45).

O por recurrir de nuevo a las propias palabras del TJUE:

“[cuando el TJUE sostiene en el fallo de la Sentencia que la Directiva 2003/6 y el 30.1b del Reglamento 596/2014,] leídos a la luz de los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros no

sancionar a una persona física que, en el marco de una investigación a la que le someta la autoridad competente con arreglo a dicha Directiva o al citado Reglamento, se niegue a dar a esta respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal, [lo hace, asumiendo como premisa (F) 45) que] entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión, figura, en particular, el derecho a guardar silencio de una persona física ‘acusada’ en el sentido de la segunda de estas disposiciones. Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento n. 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

20. A modo de breve reflexión final, cabría destacar cómo la CC parece haber dado con la tecla adecuada a los efectos de avanzar como es debido en el complejo entramado que representa la protección multinivel de derechos sobre la que descansa la Unión Europea y que, debido precisamente a su naturaleza multinivel, reclama una participación colectiva en su desenvolvimiento, con los más Altos Tribunales como principales protagonistas (TJUE, TEDH y Tribunales Constitucionales y/o Supremos nacionales); tecla que, por lo demás, adquiere una relevancia muy especial habida cuenta de que entre la saga *Taricco* y este nuevo ejemplo de fructífero diálogo entablado en *Consob* entre la CC y el TJUE, con la doctrina de Estrasburgo como telón de fondo, la esencia misma de la Unión sufrió, en un momento particularmente inoportuno, la fuerte sacudida provocada por la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de mayo de 2020.

Resumen

*Este trabajo analiza la puesta en práctica de la protección de los derechos fundamentales en la UE por parte de la Corte constitucional italiana. Para ello se realiza un recorrido de la relación entre el Alto Tribunal transalpino y el Tribunal de Luxemburgo y el especial recelo del primero a entablar un diálogo entre cortes. Tras el estudio de la conocida saga *Taricco* y el asunto *Consob* se observa el acierto con que la Corte constitucional italiana ha avanzado en el entramado complejo de la protección multinivel de los derechos en la UE, con la doctrina de Estrasburgo como telón de fondo.*

Palabras clave

Derechos fundamentales; Tutela multinivel; Diálogo entre tribunales; Unión Europea.

Abstract

This paper analyses the implementation of the protection of fundamental rights in the EU by the Italian Constitutional Court. It examines the relationship between the Italian Court and the Court of Luxembourg and the Italian mistrust in engaging in a dialogue between Courts. On the basis of the famous leading cases “Taricco saga” and “Consob”, it looks at how successfully the Italian Constitutional Court has moved forward in the complex framework of the multi-level protection of rights in the EU, against the background of the Strasbourg doctrine.

Keywords

Fundamental Rights; Multilevel Protection; Dialogue between Courts; European Union.

Recibido: 2 de febrero de 2021
Aceptado: 17 de febrero de 2021

POPULISMOS Y CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN*

Populisms and crises of representation

ALBERTO LUCARELLI

*Catedrático de Derecho Constitucional. Departamento
de Derecho de la Universidad de Nápoles Federico II*

SUMARIO

- I. Perfiles introductorios.
- II. El populismo y sus distintos significados.
- III. El espíritu neoliberal europeo y las reacciones populistas.
- IV. El camino de la participación democrática en el marco de la representación.
- V. El territorio como lugar de los derechos.

I. PERFILES INTRODUCTORIOS

El populismo expresa fenómenos que se desarrollan, tendencialmente, ante una crisis de la representación, o que, de todas formas, encuentran en esta un terreno fértil. Un fenómeno, obviamente metajurídico, con una fuerte densidad política y socioeconómica, que puede desarrollarse en los regímenes democráticos, tendente a dar visibilidad a las necesidades, en el que, la parte activa del pueblo, no necesariamente como entidad homogénea, intenta interactuar con los sujetos decisorios, con propuestas, conflictos, o también con la voluntad de participar en la misma decisión.

Todo esto puede asumir, al menos, dos directrices (que lógicamente son fuentes de una pluralidad de variables), que se relacionan con la forma de Estado y que asumen los caracteres de un proceso y de una fenomenología, más que de una categoría jurídica. En definitiva, un fenómeno con más dimensiones, caracterizado por procesos complejos, que se escapan a las categorizaciones clásicas y, que precisamente por esto, va más allá de las teorías de Dahl¹, según el cual la democracia populista se resumiría en el principio de la soberanía de la mayoría, a la que se contraponía, según el politólogo americano, el modelo de Madison que consiste sobre todo en

* Traducido del italiano por Valentina Faggiani.

¹ R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956, *passim*.

los mecanismos de frenos del poder. Para el politólogo americano, entonces, el populismo contendría en sí elementos en contraste con el ideal constitucionalista del Estado limitado por el derecho o del gobierno de la ley contra el gobierno de los hombres, en el que siempre se ha manifestado históricamente la tiranía². Afirmación *tranchant* que deja poco espacio al populismo de colocarse dentro de los regímenes liberal-democráticos.

Los fenómenos populistas toman distancia tanto del *pathos* decisionista y de la homogeneidad perseguida por Schmitt, como del rigor *normativista* y *procesal* invocado por Kelsen; sin embargo, no pueden ser reconducidos, en clave simplista y reductiva, a unidad en la definición que ofrece Crouch, cuando habla de la democracia del público (expresión o sinónimo de populismo) como post-democracia. El populismo, en sus complejidades y variables, no puede entenderse solo como expresión de una antinomia al proceso decisorio del *Government by Discussion*, es decir de un proceso cuyo objetivo sería obtener, bajo el impulso del *demos* mayoritario, una decisión a través de atajos peligrosos³.

El fundamento de esta expresión de democracia, que sin duda tensiona los pilares de las democracias liberales, basadas en su soberanía popular, representación y tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, se encuentra en una distinta aproximación de los ciudadanos a las instituciones. Esto, sin embargo, no significa que, en cada una de sus expresiones, el fenómeno populista debilite la representación política, ni produzca una post-politización masiva o un nuevo despotismo democrático⁴, ni siempre constituya una ruptura entre Estado y sociedad.

El pluralismo puede asumir nuevas formas que manifiestan mayores conflictos y disenso respecto a la democracia de los partidos; aunque esto no significa que las aporías del pluralismo configuren, independientemente de todo ello, una forma de Estado y una forma de gobierno sin partidos. Se puede compartir lo afirmado por Michele Ciliberto, es decir que sin partidos no existe parlamentarismo⁵.

Al contrario, se considera que la cuestión hoy es dar calidad a la representación, calidad democrática al régimen de los partidos políticos, vinculando la política par-

2 N. BOBBIO, “Democrazia” (ad Vocem), en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (dirs.), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, p. 305.

3 D. RAGAZZONI, “Carl Schmitt e Hans Kelsen: il problema della rappresentanza”, *Rivista di filosofia*, núm. 1, 2013, pp. 71 y ss.

4 Al respecto, véase M. CANOVAN, “Taking Politics to the People: Populism and the Ideology of Democracy”, en Y. MENY y Y. SUREL (coords.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, New York, 2002.

5 M. CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

lamentaria a aquella extraparlamentaria, la dimensión institucional al activismo de la sociedad civil. La cuestión, por lo tanto, como veremos, precisamente por la complejidad del fenómeno, ya no es la contraposición entre Rousseau y Hegel o entre los teóricos del parlamentarismo liberal como Constant, Tocqueville y John Stuart Mills⁶; no es entre momento procedimental y momento decisorio (Kelsen *versus* Schmitt), entre democracia de la representación contra la democracia del público, sino más bien el desafío parecería vincular los procesos, en un momento de crisis de los partidos tradicionales, y sobre todo de la relación contractual gobernados-gobernantes. La alternativa para vincular los gobernantes a los gobernados sería introducir el mandato imperativo, aunque como sabemos se trataría de una *factio* que no podemos desarrollar en esta sede, porque nos llevaría demasiado lejos. De todas formas, sería la instrumentalización del pueblo por parte de los partidos políticos y *lobbies*; en efecto a estos y no a los gobernantes estaría reservado el poder de control sobre los gobernantes.

Considero, por lo tanto, que las instancias participativas (*rectius* democracia participativa), las pulsiones de la multitud, también al margen de reglas y procedimientos, puedan configurarse, históricamente, como reacciones al liberalismo⁷, como reivindicaciones de naturaleza económica y de la dignidad social, promovidas por exigencias de igualdad y solidaridad, en términos de justicia social y fiscal (forma de Estado democrático - social)⁸, o en instancias participativas para afirmar

6 N. BOBBIO, *Democrazia*, cit., p. 300.

7 Véase A. WALICKI, "Russia", en G. IONESCU y E. GELLNER (coord.), *Introduction in Populism – Its Meanings and National Characteristics*, Macmillan, London, 1969, pp. 62-96.

8 Tenemos que aclarar que esto es el *fil rouge* a través del que se articula y desarrolla el pensamiento populista, no solo en Rusia sino también en Europa. Es decir, el análisis y la crítica de las condiciones materiales, en particular de las poblaciones rurales, y de su aportación en la puesta en marcha de los procesos de transición democrática de las instituciones en la economía, y en las relaciones entre autoridades y libertad. La fuerte diferencia con el coevo pensamiento de Marx está representada por el semen libertario que se encontraba en el centro del pensamiento de Herzen y luego de Bakunin; aquel semen, del que parte del populismo había traído su origen y fuerza. En 1956 comienza la discusión en las revistas históricas sobre los orígenes y el carácter del populismo. Como evidencia F. VENTURI, *Il populismo russo, Herzen, Bakunin, Cernysevskij*, vol. I, Torino, 1972, p. XXX, la intervención más vivaz fue la de I. BERLIN con un artículo sobre el *Russian Populism*, publicado en el *Encounter* de julio de 1960 y que luego se convirtió, de forma más amplia y completa, en el prólogo a la traducción inglesa del *Populismo ruso* aparecida en Londres en el mismo año: *Roots of Revolution. A History of the Populist and Socialist Movements in Nineteenth Century Russia, Translated from the Italian by Francis Haskell, with an Introduction of Isaiah Berlin*, London, 1960. BERLIN señala el semen libertario del populismo como uno de los elementos más originales y vigorosos del pensamiento político del siglo diecinueve en Europa.

egoísmos, reducción de la imposición fiscal, seguridad de la propiedad privada, reducción de los espacios públicos, lucha contra la inmigración, mayor libertad de empresa, menores cargas sociales (forma de Estado neo-liberal). Este segundo fenómeno podría definirse “populismo liberal”, intolerante a las reglas que limitan la propia actividad de empresa y que carece de conciencia colectiva hacia los bienes sociales. Dos fenómenos ambos críticos hacia las instituciones parlamentarias que, sin embargo, cuentan con procedimientos, modalidades y objetivos completamente diferentes.

II. EL POPULISMO Y SUS DISTINTOS SIGNIFICADOS

Tales fenómenos configuran, siempre en el ámbito de los regímenes democráticos, una especie de dualismo basado en el binomio soberanía popular-representación: por un lado, el populismo de las igualdades y de los derechos sociales (en el que es marcado el intento de interacción entre democracia participativa y democracia de la representación); por otro el populismo de los egoísmos. Se realiza, por lo tanto, como gobierno del pueblo para el pueblo, un pueblo nación y no un pueblo soberano, en el que la comunidad se imagina en relación con el hecho de ser actor legítimo y fundador del orden político⁹, para defender y ampliar, en la medida de lo posible, las conquistas del Estado social, para sensibilizar sobre los temas de justicia ambiental¹⁰, poniendo en estricta relación la destrucción ambiental con las desigualdades (la cuestión ecológica con la cuestión social, la explotación de la tierra y del ambiente con la explotación de los derechos de los trabajadores). En frente, un populismo para el Estado débil, basado en la maximización de las ganancias privadas y sus veloces técnicas decisorias, con procedimientos escasamente regulados.

Se inspira también esta vez, aunque con modalidades diferentes, en el *government by discussion*, pero la confrontación ya no es solo entre los partidos políticos y en las instituciones. Se centra con fuerza en la categoría de lo político, del disenso en el conflicto y, efectivamente, –como afirmaba Schmitt– considera que los parlamentos se han convertido en mero escenario para la acción de grupos de poder

9 Y. MENY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2001, p. 70; M. ANSELMINI, *Populismo. Teorie e problemi*, Milano, 2017, p. 39, observa el rol histórico que el pueblo ha adquirido en los ordenamientos de los Estados occidentales, produciendo en sí una capacidad legitimadora, pero también deslegitimadora, caracterizada por la tendencia a una relegitimación de todo el poder político.

10 Y, por último, con respecto al tema de la justicia ambiental, véase G. DI MARZO, *Per amore della terra. Libertà, giustizia e sostenibilità ecologica*, Castelvecchi, Roma, 2018.

socioeconómico y que el verdadero poder habría sido desplazado de la esfera política a la económica¹¹.

Debemos tener también en cuenta el desarrollo de movimientos que, no necesariamente deslegitimándola, actúan al margen de la representación, exigiendo reforzar los servicios públicos, los derechos sociales, la tutela del suelo y del ambiente y defienden los bienes comunes frente a las variadas formas de especulación sobre ellos.

Y por otra, se dan cada vez más peticiones de privatización de bienes y servicios, cuyo objetivo es lograr un Estado que garantice prevalentemente seguridad y propiedad, según las formas primordiales de los regímenes liberales. Aquí no se trata, atendiendo a la conocida clasificación de Meny y Surel, de pueblo-soberano y aún menos de pueblo-clase, sino más bien de pueblo nación, que pretende defenderse y protegerse dentro de sus fronteras, exaltando la dimensión de la pertenencia¹².

Podríamos decir también que se configura como un populismo de la participación (incluso en su interior, con tendencia a mejoras cualitativas de la representación) contra un populismo de resultado, destinado a tomar decisiones prescindiendo del proceso. Sin embargo, si la primera forma de populismo parece inspirarse en sus ideas fundacionales del siglo XIX, una mezcla de instancias igualitarias y libertarias, vinculadas a los territorios y a los bienes comunes, expresión y fruto también de una inteligencia, con el germen de todas las contradicciones del movimiento revolucionario; la segunda forma, definida como populismo liberal, no encuentra precedentes en el pensamiento del siglo XIX¹³. También el populismo norteamericano de aquel periodo expresó desde los orígenes una fuerte contraposición a las dinámicas financieras y monopolísticas¹⁴.

11 C. SCHMITT, "L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolicizzazioni", en G. MIGLIO y P. SCHIERA (coords.), *Le Categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 167-184.

12 Y. MENY y Y. SUREL, *Populismo, cit.*, p. 187.

13 F. VENTURI, *Il populismo russo, cit.*, p. XXXI pone de relieve cómo BERLIN, inicialmente, en relación con el pensamiento populista, se había complacido de este redescubrimiento de los valores de la tradición cuando tuvo que enfrentarse a los problemas del populismo revolucionario, socialista, igualitario; afrontándolos muy críticamente. Para BERLIN, los populistas eran conscientes del peligro de que esta su posición voluntarista, que mantenía siempre presente en sus luchas la tensión de la utopía, acabara desembocando en la formación de una élite de revolucionarios, quienes habrían impuesto el socialismo desde arriba. Esto habría representado uno de los puntos de mayor fractura entre los populistas revolucionarios y los marxistas.

14 Véase R. HOFSTADTER, "North America", en G. IONESCU y E. GELLNER (eds.), *op. cit.*, pp. 9-28.

Por lo tanto, por un lado, el tema no es, como escribían Laclau y Chantal Mouffe en 1985 en *Hegemonia y estrategia socialista*¹⁵, la radicalización de las luchas democráticas, sino más bien la exigencia de poner de relieve las hipocresías de la actuación del modelo social-democrático *post-war* en Europa¹⁶ (influenciado por la doctrina ordo-liberal)¹⁷ o quizás mejor sus fracasos, sus debilidades respecto, como bien dice Foucault, ya en su Curso al *Collège de France* (1978-1979)¹⁸, al pacto liberal entre la Escuela de Viena¹⁹ y la Escuela de Friburgo²⁰.

La premisa fundamental del antiguo liberalismo, es decir, el orden como resultado del libre juego de las fuerzas, se transforma en orden como presupuesto del libre juego de las fuerzas²¹. La afirmación de principios en el ámbito europeo, de forma aún más incisiva después de la aprobación de la Carta europea de los derechos fundamentales²², como la libertad contractual, la libertad de iniciativa económica, la libertad de la propiedad, desvinculados de la función social, y por lo tanto de la teo-

15 E. LACLAU y C. MOUFFE, *Hegemonia e strategia socialista. Verso una politica democratica radicale*, Il Nuovo Melangolo, Genova, 2011, pp. 155 ss.

16 C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Laterza, Roma-Bari, 2018, pp. 42 ss.

17 Cf. G. RIPERT, *Déclin du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949; D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 2001; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005; G. ZAGREBELSKY, *Liberi servi. Il Grande Inquisitore e l'enigma del potere*, Torino, 2013; B. YOUNG, *Ordoliberalismus – Neoliberalismus – Laissez-faire-Liberalismus*, en J. WULLWEBER, A. GRAF, M. BEHRENS, (eds.), *Theorien der Internationalen Politischen Ökonomie*, Wiesbaden, 2013; F. CAUSEVIC, *The Global Crisis of 2008 and Keynes's General Theory*, New York, 2015; A. LUCARELLI, "Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia", *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, núm. 1, 2019, pp. 12-19.

18 M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, cit.*, *passim*.

19 S. MAFFETTONE, *I fondamenti del liberalismo*, Roma, 1996, *passim*; F. A. VON HAYEK, *Liberalismo*, Catanzaro, 2012, *passim*; G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Taranto, 2015, p. 45.

20 W. RÖPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Varese, 1965, pp. 201 y ss.

21 Se encuentra la conversión de la religión económica del antiguo liberalismo al Estado fuerte, arbitro robusto (RÖPKE), garante y organizador de la competencia (BÖHM). Véase, al respecto, R. WIETHÖLTER, "Diritto dell'economia: analisi di una 'formula magica'", en P. BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Roma-Bari, 1973, p. 217.

22 Véase A. LUCARELLI, "Commenti agli artt. 16 e 17 della Carta europea dei diritti fondamentali", en R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (eds.), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, ahora en A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, pp. 43 y ss.

ría de los deberes, condicionan una comprensión de los valores constitucionalmente, y la reacción de aquellos ciudadanos que atienden al fracaso del Estado social y al empeoramiento de sus condiciones materiales.

Pacto neoliberal, por lo tanto, que, después de Maastricht²³, influencia, o mejor dicho deforma, también el modelo democrático-social contenido en nuestra Constitución. En definitiva, progresivamente, se afirma un derecho de la competencia europeo, de relevancia constitucional, que caracteriza fuertemente la *European Economic Constitution* y por lo tanto también nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que encuentra sus bases y raíces en las teorías de los ordoliberales alemanes que representan, ya desde los años veinte del siglo pasado, un modelo económico basado en la regla de la competencia y del libre mercado.

Aquel pacto neoliberal, ya ínsito en los Tratados fundacionales de Roma de 1957, que expresaba un modelo de sociedad basado en la libertad de empresa, en la propiedad, en la regla de la competencia, en un marco de reglas externas, bien lejos del modelo democrático-social, contenido en la Constitución de 1948²⁴. Un pacto neoliberal, *gobernado y limitado*, mientras que la dimensión europea se desarrolla sobre perfiles de naturaleza mercantil, pero que explota con toda su fuerza en el

23 Al respecto, a mero título ejemplificativo e indicativo, siendo exterminada la literatura, se reenvía a A. RICCI, “Un’alternativa europeista al neoliberalismo di Maastricht e del Patto di Stabilità”, en AA.VV., *Europa dove vai?*, Milano, 2005, pp. 82-98; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Il Trattato di Lisbona sul lettino dell’analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell’Unione europea”, en A. LUCARELLI y A. PATRONI GRIFFI (dirs.), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, *passim*; A. LUCARELLI, “Introduzione per un diritto pubblico europeo dell’economia”, en A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico*, cit., p. XXVIII, en particular donde se subraya cómo la Constitución económica europea –o su dimensión, en todo caso– ha tenido la fuerza de imponerse, en particular después del Tratado de Maastricht, siendo influenciada por una lectura que encuentra las propias raíces en las teorías de los ordoliberales y, por lo tanto, en la tutela de las libertades económicas de los ciudadanos, a través del mercado y, sobre todo, a través de la afirmación del derecho de competencia.

24 Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, “Diritti sociali”, en *Enciclopedia del diritto*, XII, 1963; G. CORSO, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981; A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, Roma, 1991; S. FOIS, “Analisi delle problematiche fondamentali dello ‘Stato sociale’”, *Diritto e Società*, 1999, p. 163; F. RIMOLI, “Stato sociale”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, núm. V, Roma, 2004, pp. 797 y ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma, 2009; M. LUCIANI, “Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini”, en AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del LVIII Convegno di Studi amministrativi, Milano, 2013.

momento en el que Europa empieza a tener una ambición económica y política, en particular, como es sabido, desde Maastricht en adelante²⁵.

III. EL ESPÍRITU NEOLIBERAL EUROPEO Y LAS REACCIONES POPULISTAS

La crisis de la representación, de los modelos clásicos de la participación democrática y las contradicciones del constitucionalismo democrático-social, o también su posterior distorsión y deformación, que tiene como objetivo, entre otras cosas, poner, en la medida de lo posible, en equilibrio capital y empresa con el espíritu neoliberal europeo²⁶, comprimiendo la tutela de los derechos sociales, provocan dos reacciones en Europa y especialmente en Italia. Se generan dos fenómenos populistas antitéticos, sustancialmente reactivos a la crisis de la representación, y en sentido más amplio a los regímenes liberal-democráticos. Ambos reaccionan, con modalidades y objetivos diametralmente opuestos a la despolitización de la representación política, a la separación entre sociedad civil y los gobernantes, a un Estado cada vez más regulador que tiende a anestesiar, a través de un derecho dúctil o moderado, el disenso y el conflicto, absorbiendo la aparente dimensión objetiva y neutra de las normas de austeridad, impuestas de manera cada vez más fuerte en Europa.

La globalización neoliberal se observa en varios países europeos como un *hecho* a aceptar, como mucho a *regular*, reduciéndose las cuestiones políticas a meros asuntos técnicos encomendadas a los expertos. La tecnocracia, con un Estado que no interviene en las relaciones empresa-trabajo, sino que privilegia una actividad de regulación externa, produce el tránsito, también en los servicios públicos esenciales, del Estado gestor al Estado regulador²⁷. En Europa, el modelo del Estado *ligero*,

25 El camino para llegar a la actual configuración de la Unión ha sido largo y marcado por fases alternas de crecimiento y obstáculos. En particular, en el Tratado de Maastricht se han introducido nuevas políticas y formas de cooperación, sobre todo en el sector de la política exterior y de seguridad, y en el sector de la justicia y asuntos interiores. Con Maastricht, entonces, la Unión se expande y se refuerza a la espera de ampliarse a los demás Estados del continente.

26 En realidad, giran en torno al principio de competencia la libertad de empresa, de propiedad y contractual.

27 Críticamente M. LUCIANI, “Economia nel diritto costituzionale”, en *Digesto Discipline Pubblicistiche*, V, Torino, 1990; R. MICCÙ, “Costituzionalizzare l’economia all’epoca della crisi”, en *Quaderni del pluralismo*, 1996; a título ejemplificativo se recuerdan los trabajos de N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; G. C. SPATTINI, “Ascesa e declino (eventuale) della nozione

fuertemente anhelado y defendido por el *new labour*, basaba las propias estrategias en un progresivo desarme de las instituciones públicas consideradas “insuficientes y costosas” y por lo tanto al margen de los parámetros financieros de Maastricht²⁸. El *Welfare* tenía que haber sido sustituido por diversas aplicaciones del principio de subsidiariedad horizontal (*Welfare, Welfare Society, Welfare mix*)²⁹. Se imaginaba una sociedad con un bajo contenido conflictual y por lo tanto político, en la que el proceso legislador se desplazaría progresivamente de la esfera política a aquella económica, en la lógica con la que en 1929 Schmitt definía la época de la neutralización y de las progresivas despolitizaciones³⁰.

Para los ciudadanos no hay espacio para decidir (*rectius* incidir) entre decisiones reales de proyectos políticos diferentes; su rol se limita a la aprobación —a través de las liturgias electorales— de las políticas racionales elaboradas por los técnicos³¹. Progresivamente, la denominada delegación a la tecnocracia ha producido fuertes impulsos reactivos. La representación se pone en discusión, aunque en los hechos está plegada a la tecnocracia, cada vez más empeñada en respetar los parámetros financieros estipulados por la Unión Europea.

La soberanía popular, atendiendo a esta visión, se satisface con la delegación a las denominadas élites que, también más allá de la delegación formal, determina y hace eficaz la dirección política del país³². Se trata de una acción

di ‘Costituzione economica’ (nell’ordinamento italiano e in quello comunitario)”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 1579 y ss.; y para un análisis más profundo de los aspectos relacionados con la intervención estatal en materia económica, A. PISANESCHI, *Dallo Stato regolatore allo Stato imprenditore. E ritorno*, Torino, 2009; y, por último, véase A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, p. 36, especialmente donde se afirma que nuevas categorías jurídicas neo-patrimoniales y neo-contractuales, muy a menudo fruto de la síntesis público-privado, han determinado la configuración de inéditas formas de derecho público, ajenas a nuestra Constitución, las cuales han impuesto una relectura de sus principios fundacionales.

28 Al respecto, véase el análisis de S. HOLMES y C. R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

29 Sobre el punto, se reenvía a A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., pp. 56 y ss.

30 C. SCHMITT, “L’epoca delle neutralizzazioni, e delle spolitizzazioni”, en G. MIGLIO y P. SCHIERA (coords.), *Le Categorie del “politico”*, cit., pp. 167-184.

31 C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, cit., p. 15.

32 Desaparece aquella distribución de la función de dirección política que, como ha puesto bien de relieve T. MARTINES, “Indirizzo politico”, en *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, p. 42 y ss., daba en la primera fase un rol de protagonista a la sociedad civil a través de la función inclusiva desarrollada por el parlamento en su composición mayoría-oposición.

político-institucional que, más allá del aparente pluralismo, garantizado en las formas de los modelos clásicos de participación democrática, esconde en sí una fuerza y una voluntad hegemónica y unánime que expresa una élite, la cual salta la intermediación legislativa, encontrando una confirmación directa en el aparato gubernamental en su conjunto. Realiza conscientemente una cesión de soberanía a favor de las políticas de rigor del gasto público de la Unión Europea. Las relaciones entre soberanía popular y representación se quedan, en definitiva, en los binarios clásicos de la participación democrática, aún más borrosas en la dimensión europea, así como los elementos del Estado se transforman todos en una perspectiva de integración y de cesión de soberanía, que en su conjunto determinan una torsión neoliberal de la estructura constitucional en su conjunto.

El cruce entre pensamiento ordoliberal, que constituye la base del pensamiento de la actual Unión Europea, y el pensamiento neoliberal –muy bien argumentado por un trabajo reciente del histórico Slobodian que subrayaba cómo entre la Escuela de Viena del inicio siglo y la Escuela ordoliberal de Friburgo existía una fuerte continuidad sobre el rol del Estado y sobre su función de tutela, salvaguardia y valorización de la propiedad, la empresa y la competencia –determina una reacción por una parte de la denominada derecha (populista). Esta provoca la insurgencia de fenómenos soberanistas y nacionalistas que, aunque lejanos culturalmente de los regímenes liberal-democráticos, no se contraponen al neoliberalismo como modelo centrado en el capital, las ganancias, la competencia y el libre intercambio, sino más bien en el proyecto de integración europeo, que sustraería poder y soberanía a los Estados-naciones en lo que se refiere a las políticas presupuestarias y a las políticas migratorias.

Existe por lo tanto en el modelo propuesto una fuerte matriz neoliberal, contaminada por soberanismo, que se reconduce, en su expresión de *deregulation* económico-financiera, más al pensamiento neoliberal de la Escuela de Chicago que a la Escuela de Viena. Según Slobodian³³, desde sus exordios, el neoliberalismo austríaco no habría intentado derribar al Estado, sino crear un orden internacional bien estructurado, capaz de salvaguardar la propiedad privada de las injerencias de los distintos Estados.

El populismo liberal y soberanista del que se hablaba parecería expresar un oxímoron, aunque en realidad no lo es, puesto que el soberanismo, entre otros, desde

33 Q. SLOBODIAN, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, 2018.

esta expresión de populismo, intolerante hacia la representación política, se define no contra el libre mercado, sino contra la injerencia de la Unión Europea, considerada como una forma de Estado excesivamente invasiva y reguladora. Sin embargo, la brújula principal del desarrollo de este fenómeno populista es la afirmación de un modelo identitario y excluyente, basado en *law and order*³⁴, que parece hacer regresar la legitimidad constitucional al Estado legislativo, tensionando los principios fundamentales de la Constitución³⁵. Pueblo, territorio y gobierno se articulan en las teorías clásicas del Estado Nación, infravalorando el impacto del proceso de integración y resistiendo también al espíritu del sistema constitucional, que se asienta, entre otros, en ordenamientos supranacionales y cesiones de soberanía (arts. 11 y 117.1 de la Constitución). La declinación de la soberanía en múltiples dimensiones de la democracia y el tema de la crisis de la representación no constituye el corazón de este fenómeno populista, cuyo objetivo prioritario, de forma simplificada, es el “momento de la decisión”. No existe un interés para interactuar con la representación política, sino solo para utilizarla en una visión autoritaria del mandato imperativo.

Si por una parte el populismo liberal auspicia un Estado ligero en lo económico, orientado hacia modelos neoliberales basados en la *deregulation* económico-financiera, por otra, desde el punto de vista de la seguridad y de la defensa de la propiedad, parece evocar exigencias diametralmente opuestas, es decir, dirigidas hacia un Estado policía. Gran expansión de las libertades económicas, reducción de la esfera de los deberes de solidaridad económico-social, fuerte contracción de los derechos civiles y sociales. En el neoliberalismo populista, a diferencia del Estado liberal y ordoliberal, el Estado se concibe como un *partner* económico, que tiene principalmente la función de agilizar los tráficos económicos de los privados. En esta variable se concentraron y se superpusieron populismo y soberanismo.

IV. EL CAMINO DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN EL CAUCE DE LA REPRESENTACIÓN

Esto que hemos definido como populismo neoliberal, que critica la representación política como mera actuación de los principios ordoliberales del Estado regulador de la Unión Europea, se contrapone otro tipo de reacción a la Europa de Maastricht.

34 M. BRAKE y C. HALE, *Public Order and Private Lives: Politics of Law and Order*, London, 1992, pp. 118 y ss.

35 Véase, por último, el denominado decreto seguridad, Decreto-Ley de 4 de octubre de 2018, núm. 113, convertido con modificaciones por la Ley de 1 diciembre 2018, núm. 132, publicada en G.U. de 3 diciembre 2018, núm. 281.

Nos interrogábamos en clave crítica sobre la actual calidad de la representación y de los canales clásicos de la participación democrática. Se estudian y practican otros modelos de participación democrática, dirigidos a declinar la soberanía popular en múltiples formas, estructuradas e informales que, sin embargo, no obstaculizan fisiológicamente la representación. Se reivindica igualdad social y económica, se expresan exigencias cuyo objetivo es defender el medioambiente, la lucha contra el sexismo, el racismo y otras expresiones predatorias y de dominio. Los elementos del Estado, más que dirigidos a desarrollar un rol subsidiario al proceso de integración, están dirigidos por una parte a estar sometidos a la resolución de exigencias que tienen un alcance internacional, por otra a realizar el proyecto constitucional, también con una particular atención a las cuestiones de la democracia local. Hoy podríamos decir que esta reacción al ordoliberalismo despolitizado y aparentemente neutro del proceso de integración europeo es glolocal y se reconduce a la Constitución, a su estructura originaria de actuación de un proyecto democrático-social.

El ordoliberalismo, junto a la crisis de la representación política y de las formas clásicas de la participación, ha generado una frustración difusa y por lo tanto de intolerancia hacia las formas clásicas de los sistemas liberal-democráticos, cada vez más volcados a la financiación y a la tecnocracia. La élite tecnocrática, alejándose de las necesidades reales, desperdicia sus formidables potencialidades, abriendo el camino a formas de simplificación de la política, que pueden adoptar peligrosamente orientaciones autoritarias. La indivisibilidad de los ciudadanos desde el punto de vista de la determinación y actuación de la dirección política asume connotaciones patológicas.

La consecuencia es que empiezan a tomar forma luchas radicalizadas. Una parte del pueblo adopta una ciudadanía activa, tomando distancia y desconfiando de los lugares clásicos de la representación, cuando se ha transformado en un simulacro de la participación política, incapaz de dar visibilidad a los ciudadanos.

El denominado populismo democrático, plural, ecologista y social, que se contrapone a la *elitista* tecno-democracia, ve en este modelo el *enemigo*, también en su aséptica, aunque no indolora, transposición euro-unitaria. Se reenvía a una radical efectividad de los principios constitucionales.

Esta expresión, por así decirlo populista, se define como tal, ante todo, porque se encuentra fuera del *mainstream* ordoliberal y porque critica fuertemente los lugares actuales de la representación, considerando que la soberanía popular no pueda agotarse³⁶ en aquellos lugares, devenidos, entre otras cosas, cada vez menos influ-

36 En esta expresión de populismo no se encuentra el intento de deslegitimar la representación y las instituciones del Estado democrático, derivadas de los regímenes liberal-burgueses,

yentes en la decisión política. Sin embargo, hay que recordar que también Kelsen, teórico de la representación parlamentaria, afirmaba que esta no podía agotarse en la democracia representativa, sino que necesitaba contar con instrumentos de democracia directa y participativa, como la iniciativa legislativa popular y el referéndum abrogativo. Kelsen, ante la acusación, en muchas ocasiones dirigida al parlamento, de ser una institución ajena al pueblo, elegida atendiendo a listas cerradas decididas por las secretarías de partido, indica una serie de instrumentos, como los *referenda* y las propuestas de ley de iniciativa popular, que implementadas pueden restituir el vigor a la relación entre representados y representantes³⁷.

El populismo democrático declina la soberanía popular a través de más dimensiones de la acción democrática. Reacciona, con una visión plural y antihegemónica, a la posdemocracia de la antipolítica o de la pospolítica³⁸, expresa solicitudes para una política cuantitativa y cualitativamente diferente, pero no se contrapone apriorísticamente a la representación. No se contrapone a la representación como el populismo que se ha desarrollado en América Latina se contrapone a la democracia constitucional³⁹.

que en cambio se encuentra en uno de los rasgos distintivos del pensamiento populista ruso. En particular, en el momento en que el sistema *hegeliano*, depurado de las excrecencias de estatolatría, es entendido por el pensamiento populista no como una filosofía de reacción, sino como filosofía de revolución. Véase E. H. CARR, *Bakunin*, Milano, 1977, p. 107. Es el enredo del siglo XIX entre populismo, socialismo y anarquismo, contra el que ha luchado decididamente Marx, que llega a afirmar, partiendo de las reivindicaciones de los campesinos a un sistema ruso de propiedad común (von Haxthausen) que una sociedad ordenada no tiene un gobierno, sino solo una administración, no leyes sino deberes, no penas sino remedios. En este sentido, véase G. M. BRAVO, *Weitling e il comunismo tedesco prima del 1848*, Torino, 1963, p. 201, en particular, en las partes en que Weitling habla expresamente de derribo del Estado y de expropiación de la riqueza pública y privada con la fuerza.

37 D. RAGAZZONI, *Carl Schmitt e Hans Kelsen: il problema della rappresentanza*, cit., p. 70.

38 C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, pp. 56 ss.

39 Sobre el populismo en América Latina, véase L. ZANATTA, “Io, il popolo. Note sulla *leadership* carismatica nel populismo latino-americano”, *Ricerche di Storia Politica*, núm. 3, 2002, pp. 431-440; L. ZANATTA, “Il populismo. Sul nucleo forte di un’ideologia debole”, *Polis*, núm. 16, vol. 2, 2001, pp. 263-292 y, del mismo autor, “Il populismo come concetto e categoria storiografica”, en A. GIOVAGNOLI y G. DEL ZANNA (eds.), *Il mondo visto dall’Italia*, Milano, 2004, pp. 195-207; L. ZANATTA, “La sindrome del cavallo di Troia: l’immagine del nemico interno nella storia dell’America Latina”, en *Storia e Problemi Contemporanei*, núm. 35, 2004, pp. 107-135.

V. EL TERRITORIO COMO LUGAR DE LOS DERECHOS

Si el populismo democrático se desarrolla a partir de cuestiones locales, también en clave fuertemente antagónica, para hacer frente a los grandes temas de los derechos globales y universales (trabajo, medioambiente, territorio, clima), siempre vinculándolos a los propios territorios, aunque no por ello de forma egoísta o local; el populismo neoliberal y anti-democrático, siendo regresivo respecto a los valores de los regímenes liberal-democráticos, se basa en una relación muy estricta con el propio territorio, al que considera un lugar hegemónico, homogéneo, identitario, soberano y excluyente⁴⁰. Se trata de un *locus* que se ha de defender *a toda costa*, ¡una especie de propiedad privada! Solo su defensa garantizará bienestar y prosperidad a “sus propietarios”.

La categoría jurídica de pueblo, en su dimensión publicista, se transforma en el populismo liberal, a través de la mediación de la ciudadanía activa, en propietaria, en *dominus*, produciendo una relación típica del derecho romano; aquel derecho dominical, que une al *dominus*-propietario a sus bienes, a su propiedad⁴¹. El binomio estricto entre pueblo y territorio tiende a prevalecer sobre los aspectos de *governance*, debido a que el objetivo simple y directo sigue siendo el resultado, también y sobre todo a través de procesos deliberativos altamente simplificados. La propiedad (*rectius* el territorio) pierde su dimensión y función social, su pertenencia colectiva, y es entendida, progresivamente, como bien exclusivo, atendiendo al modelo típico de los regímenes privados.

40 Véase C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950, trad. it. *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, Milano, 1991, quien rechaza una concepción del Derecho como “*sistema di norme*” independiente de todo tipo de referencia a la dimensión ontológica de la organización de la sociedad. Afirma al respecto: “*I grandi atti primordiali del diritto restano [...] localizzazioni legate alla terra. Vale a dire: occupazioni di terra, fondazioni di città e fondazioni di colonie. L'occupazione di terra, sia sotto il profilo interno, sia sotto quello esterno, rappresenta il primo titolo giuridico che sta a fondamento dell'intero diritto seguente. [...] Per questo l'occupazione di terra ha un carattere categoriale dal punto di vista giuridico. [Essa è] l'archetipo di un processo giuridico costitutivo. Essa crea il titolo giuridico più radicale, il radical title. L'occupazione di terra precede l'ordinamento che deriva da essa non solo logicamente, ma anche storicamente. Essa contiene in sé l'ordinamento iniziale dello spazio, l'origine di ogni ulteriore ordinamento concreto e di ogni ulteriore diritto [...]. Da questo radical title derivano tutti gli altri rapporti di possesso e di proprietà*”, pp. 22 y ss.

41 Sobre el tema, véase S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, Milano, 1960; A. LUCARELLI, “Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni”, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, núm. 1, 2016; M. ESPOSITO, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Torino, 2018, pp. 33 y ss.

Desde esta lógica, antipolítica y *securitaria*, o posdemocrática, según la formulación de Crouch⁴², el modelo de populismo neoliberal, más allá de los cánones clásicos de la democracia, huye de la representación colegiada, del parlamento, crea también organizaciones, aunque auspicia modelos simplificados, gobernados y garantizados por un líder.

Privilegia modelos basados en la investidura directa, dirigidos, en el propio territorio, a conseguir *law and order*, pero también a retener más recursos financieros. Una concepción patrimonial de las instituciones públicas, basada en el derecho del Estado, en el propio territorio⁴³. En este sentido, el derecho del Estado sobre el territorio asume, como la propiedad de derecho privado, el carácter general de dominio exclusivo y total sobre una cosa material. Se habla por lo tanto de un *dominium* de derecho público, contrario al *imperium* que se manifiesta sobre los súbditos. Desde este punto de vista, el *dominium* público y el privado serían dos institutos diferentes, aunque relacionados por caracteres comunes⁴⁴.

Se trata, en ambos casos, de la instauración sobre el objeto de una relación de carácter dominical de naturaleza extractiva y excluyente, típico de los modelos neoliberales. Esta expresión de populismo parecería, por lo tanto, inspirarse en las teorías del derecho público, surgidas y desarrolladas con la formación del Segundo Reich, muy hostil a considerar el territorio como elemento del Estado y, por lo tanto, dirigidas a reconducirlo al concepto patrimonial y privado de *dominium*, más que al concepto de *imperium* y por lo tanto de autoridad. Como bien observa Scaccia, entre los siglos XVIII y XIX, el territorio, en la elaboración de algunas teorías, ha sido calificado de *res* exterior al Estado y objeto de un derecho real de contenido dominical (*Eigentumstheorie*)⁴⁵.

42 C. CROUCH, *Postdemocrazia*, cit., *passim*.

43 Se trata de aquella doctrina, que desde K. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, pp. 66 y ss. en adelante, se ha desarrollado progresivamente, concibiendo el derecho del Estado en su territorio como un derecho de carácter real. Una teoría fuertemente utilizada en el Derecho internacional, sobre todo en época colonial, que sin embargo tiene raíces también en el Derecho público interno. Véase, en particular a P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand* (ed. francesa), Paris, 1900, vol. I, pp. 287 y ss.

44 Véase S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, Roma, 1902, p. 3.

45 Al respecto, se reenvía al análisis de G. SCACCIA, "Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico", *Rivista AIC*, núm. 3, 2017; A. GIANSANTI, *Sviluppo locale, Europa, nazionalismi. Territorio e globalizzazione in una prospettiva critica*, Firenze, 2019, pp. 4-5, que reporta las tesis de P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. 1, Tübingen, 1876, pp. 133

Tales tesis, ya desde el final del siglo XIX, fueron muy criticadas, junto al derecho público autoritario y *securitario*, expresión de un pensamiento liberal y anti-democrático. En particular, Fricker⁴⁶, de manera directa y concluyente, ponía de relieve cómo el territorio no pudiera considerarse un objeto de propiedad, siendo un elemento del Estado. Según Fricker, no se podía tomar en consideración el territorio como objeto, sino solo como límite geográfico del derecho del Estado: este último no ejercería ningún derecho sobre él, sino en que en él explicaría su derecho general a afirmarse y hacerse valer como Estado, a fin de que el territorio tuviera carácter y función de espacio, no de cosa⁴⁷. Además, el territorio como campo de extensión, y por lo tanto límite externo del poder soberano, según la teoría de la competencia expuesta por Radnitzky, ha sido llevado a su punto máximo teórico por Kelsen⁴⁸.

La dimensión democrática del pensamiento kelseniano representa la ruptura y la discontinuidad hacia los regímenes liberales, tendencialmente autoritarios, basados en una concepción discrecional del poder, alimentada por el binomio propiedad-libertad. El territorio se convierte en un lugar de derechos, a reconocer y garantizar, atendiendo a principios y reglas, finalizados *in primis* a limitar el ejercicio discrecional y autoritario del poder. El territorio ya no se entiende en su materialidad patrimonial (teoría de la propiedad), objeto de derechos propietarios; en la teoría kelseniana de la competencia y en la base del normativismo puro de Kelsen, el territorio es desmaterializado, asumido como entidad noética⁴⁹, privado de todo tipo de valor identitario y cultural, y “reducido a *Geltungsbereich von Rechtsnormensystemen* y, por lo tanto, a mera derivación lógica de la normatividad”⁵⁰.

y ss. Para Italia, U. FORTI, “Il diritto dello Stato sul territorio”, *Archivio di diritto pubblico*, 1902. Más matizada, según SCACCIA, la teoría de D. DONATI, quien en *Stato e territorio*, Roma, 1924, aun moviéndose de la concepción del Estado como entidad real y concreta, ve en el territorio una parte de la estructura material del Estado y, por lo tanto, pone la relación en términos de esencia y no de dominio, no pudiendo pertenecer a un sujeto lo que es parte integrante de sí mismo.

46 K. V. FRICKER, *Gebiet und Gebiehoheit*, Tübingen, 1901, pp. 10 ss. En tal sentido, véase también S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, *cit.*, p. 4.

47 *Ibidem*, p. 7.

48 En este sentido, G. SCACCIA, “Il territorio fra sovranità”, *cit.*, atendiendo a las tesis de RADNITZKY, “Die rechtliche Natur des Staatsgebietes”, *Archiv für öffentliches Recht*, XX, 1906, pp. 313 ss. y de H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pp. 137 y ss. y *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*, Viena, 1926, pp. 27 y ss.

49 G. SCACCIA, “Il territorio fra sovranità”, *cit.*, p. 5.

50 *Ibidem*.

La reviviscencia, hoy, de lógicas propietarias, excluyentes en el territorio parecen olvidar que el territorio es lugar en el que ejercer derechos de ciudadanía, sin lógicas predatorias y extractivas típicas de modelos de naturaleza patrimonial. Un *locus* de afirmación y reconocimiento de derechos universales, garantizados por una pluralidad de ordenamientos jurídicos que se relacionan entre ellos a través de regímenes de la competencia y de la jerarquía. La reviviscencia, por lo tanto, hoy de las visiones, también tendencialmente más democráticas elaboradas por Heller⁵¹ y Smend⁵², basadas en la relación y en la conexión pueblo-territorio, es decir, en la fuerza integrativa del arraigo territorial y, por lo tanto, también en la relación de homogeneidad e identidad de Schmitt, llevan o a conclusiones egoístas o excluyentes, o a formas también peligrosas de naturaleza identitaria⁵³.

Estamos en presencia de una expresión de populismo neoliberal, que no está dirigida a conseguir más márgenes de democracia, ni a formas distintas de la política o a una representación más amplia y a un parlamento más inclusivo, sino más bien a transmitir al decisor político, preferiblemente monocéfalo, las propias instancias, las propias desideratas. Concorre una demanda de seguridad y de libre ejercicio de las libertades económicas, en el ámbito de un modelo de gobernanza, que prescinde de la igualdad y la solidaridad, poniéndose al margen del marco constitucional.

La pregunta que se formula al gobierno, al sujeto decisor (binomio mayoría parlamentaria-gobierno) es la de realizar actos de naturaleza legislativa y administrativa dirigidos a la defensa del propio territorio, excluir a otros sujetos que no entran en el binomio *dominus*-bien y excluirlos precisamente en el plano del reconocimiento y de la garantía de los derechos; y, por lo tanto, en definitiva, hacerlos sujetos indivisibles. El carácter material del territorio y del espacio han sido utilizados según lógicas propietario-posesorias, contraponiéndose, como veremos *infra* más en profundidad, también a las más refinadas elaboraciones de la teoría del Estado de los últimos años, que identifican entre los elementos fundacionales del Estado, además de pueblo, territorio y gobierno, la cultura, contraponiéndose tanto a la teoría de la fisicidad del territorio, como a aquella del abstracto espacio normativo⁵⁴. Una

51 H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1934, pp. 139 y ss.

52 R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, 1928, pp. 53 y ss., según quien el territorio no es un mero espacio físico, sino un factor de integración cultural, determinante para la construcción de la identidad del pueblo.

53 Una expresión aún más identitaria del territorio aparece en la construcción de C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950, *passim*.

54 P. HÄBERLE, "Stato costituzionale. I) Principi generali", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2000, p. 8.

concepción, en la que la extensión de la tutela de los derechos fundamentales, en un determinado territorio, acaba basándose en la cultura; vinculándose con las poblaciones que lo habitan, los derechos colectivos indivisibles de estas de disponer para las generaciones futuras de los recursos que el territorio ofrece. Vuelve a reaparecer con fuerza desde esta lógica la tutela de la naturaleza, del medioambiente, en los que el gobierno ejerce poderes sobre el territorio, no entendiéndolo como “cosa” suya, sino en calidad de representante legítimo de la población instalada en aquella porción de tierra⁵⁵.

La lógica del territorio, objeto de derechos dominicales, se refleja en el rol y en las actividades del pueblo, en una dimensión mercantil neoliberal que, atendiendo únicamente a la lógica del provecho, se contraponen a las acuciantes reglas eurounitarias. Una pluralidad de micro intereses que encuentran una síntesis en los valores antes mencionados y cuyo objetivo no es la visibilidad del pueblo. El tema de fondo no es la realización de formas alternativas (y/o integrativas) de representación y de modelos democráticos, sino más bien la actuación de un modelo securitario, egoísta y propietario que, a través de un líder, sea capaz de afirmarse y constituir la base de un proyecto político (preferiblemente investido de una matriz mesocrática) y de determinar y actuar una dirección política.

El pueblo y el territorio se fraccionan, en una dimensión local y excluyente, desaparece la visión universal kantiana del globalismo jurídico⁵⁶ y el gobierno asume connotaciones altamente simplificadas. El pueblo adquiere caracteres unánimes, anti-pluralistas, su soberanía, también a través de formas de acción política no me-

55 G. SCACCIA, “Il territorio fra sovranità”, *cit.*, p. 7.

56 I. KANT, *La metafísica dei costumi*, Roma-Bari, 2018. Pone de relieve D. ZOLO, “Il concetto di globalismo giuridico”, *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, vol. V, núm. 1, 2008, que la expresión “globalismo jurídico” es muy reciente, aunque la noción a la que se refiere es un desarrollo de la filosofía cosmopolita elaborada en Grecia por los cínicos y los estoicos, y que después tuvo amplia resonancia en las culturas mediterráneas, con la inclusión de aquella romana. También el universalismo cristiano se desarrolló en el marco del cosmopolitismo griego y finalmente el iluminismo europeo retomó la antigua lección en términos tanto políticos como jurídicos. Ch. WOLFF volvió a proponer la idea vétero-cristiana de *civitas máxima* actualizándola como “comunidad universal de los hombres”. E I. KANT, en el célebre trabajo *Zum ewigen Frieden*, del 1795, ha concebido la idea de una Liga de los pueblos que habría tenido que instituir un “ordenamiento jurídico global” o “derecho cosmopolita” (*Weltbürgerrecht*) cuyo fin es la promoción de una paz estable y universal. En el contexto de los procesos de globalización, hoy en curso, con la expresión “globalismo jurídico” se puede indicar la corriente de pensamiento filosófico-jurídico que se remonta a Kant y a su idea de “derecho cosmopolita”.

diada, se dirige directamente al decisor político. Los elementos del Estado están dirigidos a un objetivo hegemónico y jerarquizado, y la forma de Estado se manifiesta como liberal en el plano económico, y liberal, predemocrática y soberanista en el plano de las libertades civiles, con la idea de una propiedad plena y absoluta, y un derecho penal primitivo de naturaleza sancionadora.

Resumen

El presente trabajo está dedicado a diseccionar el auge del populismo en el marco de la crisis de representación y de participación democrática que está teniendo lugar en los sistemas constitucionales. La frustración, que el modelo tecnocrático y neoliberal que inaugura el Tratado de Maastricht en la Unión Europea, y que la aleja de las necesidades reales, es el caldo de cultivo en el que se desarrollan principalmente dos populismos, que si bien comparten importantes aspectos, exploran caminos completamente contrapuestos, en el que la relación entre territorio y pueblo se hace especialmente relevante.

Palabras clave

Populismo; Democracia; Crisis de representación; Neoliberalismo; Pueblo; Territorio.

Abstract

This paper is devoted to dissecting the rise of populism in the context of the crisis of representation and democratic participation that is taking place in constitutional systems. The frustration that the technocratic and neoliberal model inaugurated by the Maastricht Treaty in the European Union, which distances it from real needs, is the breeding ground for the development of two main populisms, which, although they share important aspects, explore completely opposing paths, in which the relationship between territory and people becomes particularly relevant.

Keywords

Populism; Democracy; Crisis of Representation; Neoliberalism; People; Territory.

Recibido: 26 de abril de 2021
Aceptado: 18 de mayo de 2021



**EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL:
UNA DÉCADA DE FRAGMENTOS
CONSTITUCIONALES***
**Societal constitutionalism: a decade
of constitutional fragments**

ANGELO JR GOLIA

*Investigador postdoctoral. Max Planck Institut für
ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

GUNTHER TEUBNER

Professor Emérito. Goethe Universität Frankfurt am Main

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El constitucionalismo social como teoría analítica.
- III. El constitucionalismo social como teoría normativo-prescriptiva.
- IV. Enfoques y críticas concurrentes.

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo social (CS) es una teoría jurídica según la cual el surgimiento de los procesos constitucionales no se produce únicamente en el marco de los sistemas jurídicos de los órdenes político-estatales, sino también en el de los sistemas jurídicos privados y/o híbridos de los órdenes sociales no estatales. El CS analiza las condiciones necesarias para el surgimiento, coexistencia y posterior evolución de dichos procesos constitucionales. Así, el CS se configura como una teoría del pluralismo jurídico y constitucional que, a pesar de su aplicación en el marco del Estado-nación, despliega todo su potencial analítico y prescriptivo en contextos transnacionales. En la bibliografía más reciente, el CS se ha empleado cada vez más como base teórica para analizar la normatividad no estatal que desa-

* Traducido del inglés por Daniela Dobre.

rolla cualidades constitucionales; particularmente en la economía transnacional y en el mundo digital.

El CS puede entenderse como reacción a algunos de los dilemas de la modernización, a los cuales la teoría constitucional ya se venía enfrentado desde el siglo pasado. Según David Sciulli¹, la constitucionalización –no solo del sistema político sino de la totalidad de los sectores sociales– se configura como una estrategia para contrarrestar la “*iron cage of future serfdom*” de Max Weber² arraigada en los procesos de diferenciación social; la sustitución de los modos informales de coordinación por la organización burocrática; el cálculo instrumental como única forma de racionalidad reconocida en todas las esferas sociales y las tendencias autoritarias existentes en varios sectores sociales.

El CS se enfrenta asimismo al llamado “dilema de Böckenförde”, según el cual “el Estado liberal, secularizado, vive de prerequisites que no puede garantizar por sí mismo”³, con la consecuencia de que incluso los Estados constitucionales modernos –a fin de autosostenerse– tienen que recurrir, en última instancia, a formas de legitimidad trascendentes o al menos no estrictamente racionales (en el sentido de la Ilustración), corriendo así el riesgo de caer en la dinámica teológico-política schmittiana. En relación con lo anterior, el CS aborda los problemas derivados de la diferenciación funcional de las sociedades contemporáneas, en las que ninguna forma de legitimidad política –ya sea liberal-democrática o autoritaria– puede imponer sus principios fundamentales a sistemas sociales que disponen de su propia racionalidad y legitimidad (economía, ciencia, educación, religión, arte). En efecto, estos han desarrollado sus propios patrones de normatividad que, debido a los procesos de globalización, han salido de la latencia en la que habían sido confinados por la teoría moderna del Derecho, y han sufrido un proceso de emancipación, al menos parcial, de los sistemas políticos y su derecho. En este sentido, y de acuerdo con el paradigma de la sociedad funcionalmente diferenciada, uno de los principios básicos del CS consiste en que, independientemente de la forma de legitimidad que lo sostenga, el discurso político

1 D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 40-53.

2 M. WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Bedminster Press, New York, 1968 [1914-1920], pp. 212-254, 926-938.

3 E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit - Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Surkhamp, Frankfurt, 1976, p. 60.

—como tal— no puede gobernar los mundos de la riqueza, de la fe, del conocimiento o de la educación⁴.

A fin de tener cualquier tipo de influencia en los procesos sociales, el discurso político ha de ser reconstruido a la luz de las específicas racionalidades de cada esfera funcionalmente diferenciada. De manera que el CS afirma su crítica no solo respecto a la unidad de decisión política schmittiana⁵, sino también a algunos planteamientos cosmopolitas —en sentido amplio, habermasianos— que confían de manera excesiva en los procedimientos de la política institucionalizada, así como en su capacidad para resolver los conflictos sociales, relegando las esferas privadas al papel de meras productoras de impulsos sobre el mundo político. Desde esta perspectiva, el CS es una teoría crítica, en la medida en que señala los límites de determinados postulados pertenecientes a la tradición constitucional moderna. Concretamente, el CS sostiene que estos postulados presentan el riesgo de ser ellos mismos, en última instancia, obstáculos para las propias aspiraciones normativas del constitucionalismo: la limitación de la dinámica expansiva de los medios comunicativos sociales (en particular, del poder) a través del derecho.

En cuanto a la estrategia reguladora/prescriptiva, el CS examina posibles soluciones al llamado trilema regulador del Estado del bienestar. En efecto, la fragmentación social de las sociedades contemporáneas —acelerada por la globalización— ha contribuido a la crisis de los modelos de regulación social del Estado del bienestar. En las sociedades occidentales, la intervención directa del Estado en las esferas sociales autónomas tiende a dar lugar a una “incongruencia” entre el derecho y la sociedad, llevando esto bien a la ineficacia del derecho para gobernar los procesos sociales; bien a una “hiperregulación” de la sociedad —lo que Habermas denomina “la colonización del mundo vital”⁶—; o, por último, a una “hipersocialización” del derecho, probando la captura del derecho por la política u otros subsistemas. Lo anterior tiene por consecuencia el riesgo de que la intervención estatal en sí misma produzca efectos irrelevantes o destructivos para la sociedad o para el propio derecho⁷.

4 G. TEUBNER, “Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses”, en R. RAWLINGS (ed.), *Law, Society and Economy*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 149-176.

5 C. SCHMITT, “State Ethics and the Pluralist State”, en A. JACOBSON AND B. SCHLINK (eds.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, Berkeley, 2001 [1930], pp. 300-312.

6 J. HABERMAS, “Law as Medium and Law as Institution”, en G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlin, 1985, pp. 203-220, p. 211.

7 G. TEUBNER, “After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law”, en G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State, cit.*, pp. 299-325.

La respuesta del CS no es, pues, ni la sociologización de la teoría jurídica –respuesta típica de la gran parte de los enfoques “*law & ...*”– ni la desregulación propugnada por los enfoques neoliberales. Por el contrario, se defiende que los responsables políticos y legislativos deberían aspirar al “control de la autorregulación”. Ello significa que el poder del Estado y las fuerzas sociales –es decir, las normas legales formales y el poder que contrarresta el estatal, proveniente de la sociedad civil– deben ejercer una presión de enorme intensidad sobre el mundo regulado, apta para conseguir que este último se vea obligado a establecer autolimitaciones internas, que realmente funcionen. De este modo, el CS promueve las condiciones para el desarrollo de “constituciones civiles” en diferentes sistemas sociales, especialmente en aquellos que, tras los procesos de globalización, alcanzaron una dimensión mundial.

El CS plantea varios retos a los juristas que se dedican al constitucionalismo. En primer lugar, es una teoría jurídica que, si bien se mantiene en el ámbito del Derecho, tiene sus raíces en los análisis sociológicos, especialmente en la teoría de sistemas⁸. Por lo tanto, el vocabulario y los conceptos que utiliza el CS se alejan de los que se suelen emplear por los investigadores del Derecho Público.

En segundo lugar, el CS se ha ido elaborando en una variedad de artículos y dos libros fundamentales⁹; lo que supone una dificultad considerable para entender, asimilar o realizar críticas en relación con la teoría aquí presentada. Por ello, el jurista de Derecho Público que pretenda acercarse al estudio del CS no solo está llamado a dominar un arsenal conceptual alejado del suyo, sino también a reconstruir las trayectorias intelectuales de diversos autores, que han tratado temas concretos de forma asistemática y en permanente evolución.

En tercer lugar, incluso la expresión “constitucionalismo social” resulta en cierto modo engañosa, ya que puede llevar a la creencia de que “solo” va referida a cuestiones constitucionales. Al contrario, el CS proporciona claves interpretativas del fenómeno jurídico en general, directrices normativas para la elaboración de leyes (tanto legislativas como judiciales) y parámetros reconstructivos para la jurisprudencia. En este sentido, el CS presenta, al menos potencialmente, todos los elementos básicos de una teoría general del Derecho.

8 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli”, en P. BLOKKER y C. THORNHILL (eds.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 313-340; G. TEUBNER, “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism”, *Transnational Legal Theory*, núm. 4, 2013, pp. 44-58.

9 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012; P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, Routledge, London, 2014.

II. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL COMO TEORÍA ANALÍTICA

1. Pars Destruens

El CS se mueve contra los postulados esenciales del constitucionalismo centrado en el Estado. En primer lugar, el CS cuestiona la pretensión de las constituciones estatales de asumir el monopolio de la constitucionalidad. Basándose en análisis históricos y sociológicos¹⁰, el CS pretende demostrar cómo el proceso de diferenciación funcional ha permitido a varios sectores de la sociedad desarrollar sus propias “constituciones civiles”. Más allá de la constitución política del Estado, existen constituciones sectoriales –cada vez más significativas– en las empresas económicas, los mercados, las universidades privadas, las fundaciones, las empresas de comunicación, los intermediarios en el Internet y otras instituciones “privadas”.

El CS reprocha al constitucionalismo tradicional su limitado enfoque de la constitución y de la limitación del poder político del Estado. En su lugar, la teoría aquí presentada atribuye a todas las constituciones la función de formalizar, estabilizar y limitar los medios comunicativos de los sistemas sociales: el poder en la política, el conocimiento en la ciencia, el dinero en la economía y la información en los medios de comunicación. De este modo, las constituciones políticas no son más que la forma más relevante de las “constituciones sociales”, aunque limitadas al sistema político. Entre las diversas constituciones sociales propias de los siglos XIX y XX, las constituciones políticas ocupaban un lugar central debido a la elevada autonomía estructural de su medio comunicativo, a saber, el poder/la coacción. Sin embargo, fue solo durante un cierto periodo de tiempo en el que esta autonomía estructural permitió a los Estados y a sus constituciones postular la inexistencia o la irrelevancia de otros órdenes normativos existentes en sus respectivos territorios. En efecto, el derecho estatal instrumentalizó dichos órdenes (como en los Estados autoritarios) o intentó dirigir externamente su evolución (como en el Estado del bienestar)¹¹.

En segundo lugar, el CS se opone a la afirmación de los constitucionalistas convencionales consistente en que las constituciones estarían vinculadas exclusivamente al Estado-nación. En su crítica al nacionalismo metodológico, el CS ilustra los

10 R. KOSELLECK, “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung“, en R. KOSELLECK (ed.), *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, Frankfurt, 2006, pp. 365-401; Ph. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*. Russell Sage, New York, 1969.

11 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 15 y ss.

procesos de constitucionalización global, identificando fenómenos constitucionales en los regímenes transnacionales: tanto en el sector público como en el privado¹². A consecuencia de la globalización —entendida como una combinación entre la apertura de los mercados económicos y la revolución info-telemática—, los Estados han perdido el monopolio de las estructuras productivas, financieras y de conocimiento, produciéndose un debilitamiento de la propia autonomía estructural del poder¹³. Al multiplicar exponencialmente las posibilidades y la velocidad de las interconexiones globales, la globalización ha permitido que los distintos medios comunicativos (especialmente el dinero, el conocimiento y la información) adquieran autonomía frente al poder estatal. Sin embargo, esto no ha conllevado la primacía de una sola racionalidad. La globalización “no significa simplemente capitalismo global, sino la realización mundial de la diferenciación funcional”¹⁴. En última instancia, la globalización no ha creado por sí sola un pluralismo constitucional efectivo, sino que solo lo ha hecho mostrarse con más intensidad.

En contra de las dos tendencias mencionadas de reducir la constitucionalidad al sistema político y al Estado-nación, el CS identifica procesos constitucionales más allá de los mismos, en diferentes sectores sociales globales. Dado que las constituciones pretenden limitar la expansión de diversos medios comunicativos, se considera que los medios que no pueden remontarse al poder en sentido estricto son aptos para producir la dinámica de expansión incluso en esferas sociales transnacionales¹⁵. De manera que no solo las instituciones de gobernanza mundial vinculadas directa o indirectamente a los sistemas político-estatales (ONU, G8, G20) podrán desarrollar constituciones, sino también y sobre todo las instituciones privadas e híbridas transnacionales, que, como consecuencia de la globalización, han adquirido autonomía frente a la supervisión política:

“Los problemas asociados a un constitucionalismo social en sentido estricto se hacen visibles solo cuando trascendemos los procesos políticos transnacionales en sentido estricto; se hace patente cuando los actores sociales no

12 L. VIELLECHNER, “Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law”, *Goettingen Journal of International Law*, núm. 4, 2012, pp. 599-623, pp. 612 y ss.

13 S. STRANGE, *States and Markets*, Pinter, 2ª ed., London-New York, 1994.

14 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory?”, en Ch. JOERGES, J. SAND y G. TEUBNER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, Oxford, 2004, pp. 3-28, p. 14.

15 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 124 y ss.

solo participan en los procesos de poder político de la gobernanza global, sino que también establecen sus propios regímenes globales al margen de la política institucionalizada”¹⁶.

El tercer punto de crítica del CS se refiere a la tendencia a reducir el llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales a los deberes de protección del Estado o, en el mejor de los casos, de la comunidad internacional de Estados frente a las conductas de los actores no estatales. Según este enfoque tradicional, basado en la premisa de que las constituciones solo conciernen al poder político, la invocación de los derechos fundamentales queda reducida a los casos en los que el Estado tiene una presencia directa o indirecta, al ser titular último de la fuerza legítima. De acuerdo con esta idea, el Estado tiene el deber de protección frente a violaciones cometidas por los agentes no estatales, pero los individuos y grupos de individuos no pueden invocar sus derechos fundamentales directamente contra los agentes no estatales.

Las consecuencias de esta concepción son negativas, ya que la responsabilidad de las conductas de los actores privados se traslada a los actores políticos; particularmente cuando estas conductas tienen lugar a nivel transnacional. Es más, incluso en los supuestos en los que los actores políticos pueden actuar eficazmente, la mera transferencia de responsabilidad limita el efecto horizontal a la dinámica del poder social ejercido por actores identificables. No es de extrañar, entonces, que el efecto horizontal se haya aplicado con mayor éxito en el derecho laboral.

Lo anterior supondría, no obstante, dejar de lado todos aquellos procesos sociales no personificados –las “matrices anónimas”– que, sin constituir manifestaciones de poder en sentido estricto, dan lugar a graves y generalizadas violaciones de los derechos fundamentales¹⁷. Como ejemplos típicos se podría pensar en el calentamiento global o el fenómeno de la violencia desatada a través de Internet, que puede tener consecuencias devastadoras para la integridad psicofísica. En consecuencia, el CS apoya el desarrollo de constituciones civiles que garantizarían los derechos fundamentales en las operaciones en el interior de cada subsistema, pero también la integridad de otros sistemas y, por tanto, su coexistencia mutua¹⁸. En otras palabras,

16 G. TEUBNER, “Constitutionalising Polycontextuality”, *Social & Legal Studies*, núm. 20, 2011, pp. 209-252, p. 214.

17 G. TEUBNER, “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors”, *Modern Law Review*, núm. 69, 2006, pp. 327-346.

18 I. KAMPOURAKIS, “CSR and Social Rights: Juxtaposing Societal Constitutionalism and Rights-Based Approaches Imposing Human Rights Obligations on Corporations”, *Goettingen Journal of International Law*, núm. 9, vol. 3, 2019, pp. 537-569; G. TEUBNER, “Self-constitutionalization of

el CS posibilita a cada subsistema desarrollar –mediante su propio derecho– una perspectiva ecológica en su programa interno¹⁹.

Sin embargo, según el CS, este desarrollo no se podría producir mediante una constitución unitaria global que impusiera derechos de forma unilateral, tal y como defienden algunas corrientes del llamado constitucionalismo global (o internacional)²⁰. Al contrario, para la sociedad globalizada, únicamente se podría concebir un constitucionalismo fragmentado, compuesto por las constituciones parciales de los diferentes subsistemas que interactúan y colisionan constantemente. No es sorprendente, pues, que el autor que más haya insistido en el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional aborde los fenómenos jurídicos desde el mismo marco epistémico que el CS, particularmente en lo que respecta a su indeterminación²¹. En esta constelación de pluralismo jurídico y constitucional radical, la solución más viable resulta ser el esbozo de una especie de meta-derecho de las colisiones intersistémicas. Este meta-derecho, distinto para cada uno de los órdenes en conflicto, se inspira en los esquemas de derecho internacional privado²². Sin embargo, las unidades en conflicto ya no serán los Estados y sus derechos, sino también subsistemas funcionalmente diferenciados.

2. Pars Construens

La identificación de las características de las constituciones sociales es la contribución más significativa del CS a la teoría general del Derecho, ya que intenta analizar los elementos necesarios para que un sistema –político o no– se constitucione. A este respecto, conviene aclarar algunos puntos.

En primer lugar, el CS no adopta un concepto formal de constitución, es decir, una mera jerarquía normativa o “un conjunto de normas que regulan la creación de normas secundarias”²³. Tampoco sostiene que el surgimiento de los fenómenos

Transnational Corporations? On the Linkage of ‘Private’ and ‘Public’ Corporate Codes of Conduct”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 19, 2012, pp. 617-638.

19 G. TEUBNER, “Constitutionalising Polycontextuality”, *cit.*; G. TEUBNER, “Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox”, en G. CORSI y A. FEBBRAJO (eds.), *Sociology of Constitutions*, Routledge, Abingdon, 2014, pp. 30-48.

20 Véase más adelante el punto 4.2.

21 M. KOSKENNIEMI, *From Apology To Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2ª ed., Cambridge, 2005, p. 568 y nota 7.

22 Véase más adelante el punto 3.2.

23 A. VON BOGDANDY y S. DELLAVALLE, “The Lex Mercatoria of Systems Theory: Lo-

constitucionales se debe simplemente a que los subsistemas funcionalmente diferenciados se autonomizan o establecen sus propios sistemas normativos. La autonomización de los sistemas sociales y su juridificación son condiciones necesarias, pero no suficientes, para su constitucionalización. En este sentido, el CS se configura como teoría de lo posible, no de lo necesario. De ahí que la fórmula “*ubi societas, ibi facultas constitutionalis*” sea la que mejor resume la teoría del constitucionalismo social.

En segundo lugar, el CS se puede aplicar tanto a los sistemas estatales (constituciones políticas) como a los sistemas privados y/o híbridos (constituciones civiles), especialmente a los transnacionales. En cuanto a los últimos, puede tratarse, a su vez, de actores colectivos identificables/personalizados, capaces de actuar jurídicamente (por ejemplo, las corporaciones); o de regímenes y procesos no personalizados sin personalidad jurídica, o como mínimo incapaces de actuar unitariamente desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, los regímenes transnacionales de inversión y comercio o la *lex mercatoria*).

En tercer lugar, las constituciones civiles –especialmente las de los sistemas transnacionales– tienden a seguir patrones típicos de los sistemas del *common-law*²⁴. Lo anterior se manifiesta particularmente en el papel central de la jurisprudencia y de la doctrina en la positivización de las normas legales y constitucionales; en la ausencia generalizada de normas jerárquicamente superiores (al menos en términos formales) y en la prevalencia de la flexibilidad sobre la rigidez. Estas características no implican que el concepto de constitución civil sea meramente descriptivo. Por el contrario: al igual que las constituciones de derecho común, las constituciones civiles son ciertamente prescriptivas.

Para considerar que un sistema se ha constitucionalizado, este deberá desarrollar sus propias funciones, ámbitos (o arenas), procesos y estructuras constitucionales.

2.1. Funciones

Según el CS, la (auto)constitucionalización requiere, en primer lugar, comprobar que el ordenamiento jurídico de un subsistema cumple funciones específicas; en concreto, la constitutiva –incluida la integradora y la simbólica– y la limitativa.

La función constitutiva consiste en la formalización/autonomización del medio de un determinado subsistema social por la vía jurídica. En la modernidad temprana,

calisation, Reconstruction and Criticism from a Public Law Perspective”, *Transnational Legal Theory*, núm. 4, 2013, pp. 59-82, p. 80.

24 G. TEUBNER, “Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, núm. 40, 2012, pp. 191-215.

na, las constituciones políticas y la formalización del derecho estatal contribuyeron a proteger la autonomía del poder político frente a las racionalidades religiosas o económicas²⁵.

Del mismo modo, las constituciones de los distintos sub-sistemas sociales –especialmente los transnacionales– preservan su autonomía frente al poder político y definen su identidad. Esta función surge también en el desarrollo de los procedimientos, competencias y normas de organización, sirviendo de apoyo a la comunicación interna y la autorreproducción de estos²⁶. La función constitutiva de las constituciones consiste, pues, en la construcción de un “nosotros” (no necesariamente vinculado a un territorio), distinto de su entorno y de los medios comunicativos de otros sistemas sociales.

Por otro lado, la función constitutiva incluye también la función integradora, esto es, la reducción y posible reconciliación de los conflictos entre los diferentes grupos sociales mediante el establecimiento de una orientación común. Pero en tiempos de globalización y de sistemas transnacionales, la integración constitucional se aleja de los modelos clásicos de integración. En efecto, el CS rechaza la idea de una constitución cosmopolita unitaria que cumpliría, a nivel global, las mismas funciones de integración que han venido asumiendo las constituciones políticas a nivel nacional. Las constituciones civiles no abarcan todas las esferas funcionalmente diferenciadas de la sociedad, por lo que, a diferencia de las constituciones estatales, no son “holísticas”. En cambio, estas alcanzan la integración a nivel global mediante el acoplamiento de las estructuras constitucionales en cuestión. En otras palabras, en el sistema del constitucionalismo social, la interacción continua, mediada por el derecho, entre las racionalidades de los sistemas, provoca su integración²⁷.

Por su parte, la función simbólica radica en el reflejo y la perpetuación de los mitos fundacionales de un determinado sistema, posiblemente vinculados a elementos culturales, territoriales, históricos o lingüísticos. Sin embargo, es importante señalar que dicha función simbólica no implica necesariamente el carácter holístico de una constitución, esto es, la extensión –aunque sea ficticia– de sus principios normativos a toda la sociedad o, más bien, a todos sus sectores funcionales. Estos

25 C. THORNHILL, “Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy”, *Theory and Society*, núm. 37, 2008, pp. 161-197, pp. 161 y ss.

26 C. THORNHILL, “Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy”, *cit.*, pp. 169 y ss.

27 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli”, en P. BLOKKER y C. THORNHILL (eds.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

últimos, con sus respectivas constituciones civiles, pueden tener sus propias dimensiones simbólicas específicas, aunque limitadas a esferas parciales funcionalmente diferenciadas de la sociedad²⁸.

En cuanto a la función limitadora, las verdaderas constituciones limitan la dinámica expansiva de un determinado subsistema social, pues esta supone una amenaza tanto para su entorno como para otros sistemas sociales; en última instancia, para su propia existencia. La función limitadora es, entonces, la que hace posible la coexistencia de diferentes sistemas sociales, impidiendo que estos pongan en peligro su propia integridad, así como la integridad de la sociedad. En este sentido, es necesario destacar que, según el CS, las constituciones civiles no siempre y únicamente pretenden limitar las dinámicas de poder social, sino también los medios de los sistemas específicos, con sus potenciales efectos negativos sobre otros sistemas sociales y psicológicos, así como sobre ellos mismos. Por ejemplo, la acumulación incontrolada de conocimiento por parte del subsistema social de la ciencia –incluso cuando la intención no es acumular poder en sentido estricto–, podría conducir a violaciones masivas de la integridad psicofísica de los sujetos vivos, si no se encontrara limitada por las normas que protegen la dignidad humana (y animal).

2.2. Los ámbitos constitucionales (o arenas)

En el interior de un sistema social, las funciones constitucionales requieren el desarrollo de arenas o esferas diferenciadas. Se trata de instituciones e instancias aptas para garantizar las posibilidades de disenso y el pluralismo, a través de una división del trabajo. En otras palabras, el surgimiento de las constituciones civiles se produce solo si los distintos subsistemas desarrollan –mediante procesos de generalización y reespecificación– el pluralismo propio de las sociedades democráticas, así como una capacidad propia de institucionalizar el desacuerdo. En particular, deberían emerger al menos dos ámbitos constitucionales²⁹.

El primero de ellos sería la esfera profesional organizada, que engloba competencias altamente desarrolladas para un determinado sector funcionalmente diferenciado de la sociedad, pero que sin embargo carece de los incentivos para la autolimitación. El segundo sería la esfera espontánea, que carece de competencias especializadas, pero canaliza los impulsos y las presiones externas hacia el sistema,

28 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli”, *cit.*

29 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 88-102; y “*Quod omnes tangit*: Transnational Constitutions Without Democracy?”, *Journal of Law and Society*, núm. 45, 2018, pp. 5-29.

controlando de este modo las esferas organizativas y de decisión. Desde esta perspectiva, tanto las constituciones políticas como las civiles son siempre constituciones duales, ya que consiguen implicar en los procesos de decisión a individuos, grupos y formaciones sociales que, de una u otra manera, se ven (o se sienten) afectados por los procesos operativos y comunicativos de ese sistema. Si dichos actores son capaces de ejercer conjuntamente la suficiente presión sobre la esfera organizada como para orientar sus decisiones en una determinada dirección —y más concretamente, limitando su dinámica expansiva—, el subsistema puede ser re-politizado; siendo esto un proceso que puede formalizarse en códigos de conducta u otros documentos³⁰.

Se podría afirmar que un sistema se encuentra más cerca de tener una constitución cuanto más establezca y estabilice los mecanismos de participación, impugnación y toma de decisiones a través de normas jurídicas (legales, por supuesto, según los parámetros del ordenamiento interno del sistema). En definitiva —y a pesar de que la democratización y la constitucionalización sean dos procesos distintos en el plano analítico—, las posibilidades referidas a la (auto)constitucionalización de un sistema aumentan si este logra institucionalizar jurídicamente las posibilidades de auto-contestación, lo que a su vez implica la existencia de formas de democratización. A este respecto, si bien es cierto que los actores de las esferas espontáneas son “partes interesadas” (*stakeholders*) en los mecanismos de funcionamiento del sistema, no actúan solo como tales³¹.

Los impulsos externos —aunque reelaborados por la esfera espontánea usando el mismo código operativo del subsistema (por ejemplo, el código coste-beneficio de la economía)— pueden orientarse hacia racionalidades distintas de las que son propias del sistema, existiendo la posibilidad de que se aparten de los programas orientados únicamente al beneficio económico³². Contrariamente a ciertas afirmaciones³³ y según la teoría aquí expuesta, los subsistemas sociales no trascienden su perspectiva interna, sino que la adaptan a las presiones externas (a su vez reelaboradas internamente). Los procesos de repolitización y auto-contestación resultantes de la dialéctica entre las esferas espontáneas y organizadas, entre los *insiders* y los externos afec-

30 G. TEUBNER, “Self-constitutionalization of Transnational Corporations? On the Linkage of ‘Private’ and ‘Public’ Corporate Codes of Conduct”, *cit.*

31 Véase más adelante el punto 4.1.

32 V. KARAVAS y G. TEUBNER, “The Horizontal Effect of Fundamental Rights on ‘Private Parties’ within Autonomous Internet Law”, *Constellations*, núm. 12, 2005, pp. 262-282; G. TEUBNER, “*Quod omnes tangit*: Transnational Constitutions Without Democracy?”, *cit.*

33 K. GÜNTHER, “Normative legal pluralism: a critique”, en J. L. FABRA-ZAMORA (ed.), *Jurisprudence in a Globalized World*, Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 84-99, pp. 95-96.

tados, permiten también la reconstrucción, dentro de cada sistema, de la distinción público/privado; una distinción que, en el contexto de las constituciones estatales/políticas ha sido socavada por la globalización. En este sentido, en las constituciones civiles de los sistemas transnacionales, la dimensión pública no se pierde, sino que se re-especifica en relación con sus características propias.

Tal re-politización interna resulta de especial relevancia, pues repercute significativamente en la legitimidad que el propio sistema tiene en cuanto a la producción jurídica. Sin embargo, esto no significa que los sistemas constitucionalizados se orienten generalmente hacia un bien común objetivo, externo a su propia racionalidad. En la sociedad funcionalmente diferenciada típica de la modernidad, no es posible una noción objetiva única del bien común. Es más, una orientación tan generalizada socavaría la propia autonomía funcional de los sistemas, que dejarían de existir como tales. Se considera, más bien, que las únicas nociones posibles de bien común, justicia y de los mismos derechos humanos, son las proyecciones o reconstrucciones internas de los conflictos intersistémicos, pues estos representan un desafío permanente para el equilibrio de cada sistema, desencadenando un proceso interminable de autosubversión y autorregeneración³⁴.

En los términos de la teoría de sistemas, las ideas del bien común, (in)justicia y derechos humanos –incesantemente re-jerarquizadas en el interior de cada sistema– permiten la *re-entry* de lo político en la racionalidad de cada subsistema individual³⁵. Por lo tanto, y paradójicamente, aunque se trate de constituciones civiles sectoriales, su objetivo consiste en la limitación jurídica de las dinámicas correspondientes a su respectivo medio comunicativo, persiguiendo a la vez proteger al “otro, de uno mismo”. En este sentido, y teniendo en cuenta que los subsistemas se sostienen también a través de las (re)elaboraciones de los impulsos externos, han de legitimarse, sin embargo, a nivel de la sociedad en su conjunto³⁶.

Precisamente esta paradoja permite al CS evitar las derivas conservadoras o reaccionarias. En efecto, al aceptar la posibilidad de constituciones extra-estatales, el CS puede contribuir a la legitimación del poder de facto ejercido por actores privados e híbridos³⁷. Sin embargo, la constitucionalización y legitimación se

34 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 157-158, 171-173.

35 G. TEUBNER, “Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?”, *Modern Law Review*, núm. 72, 2009, pp. 1-23.

36 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism and the Politics of the Commons”, *Finnish Yearbook of International Law*, núm. 21, 2012, pp. 2-15; y “Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox”, *cit.*

37 I. KAMPOURAKIS, “Bound by the Economic Constitution: Notes for ‘Law and Political

producen solo en el caso en el que los sistemas puedan modelar su propia racionalidad, a fin de hacerla compatible con la de otros subsistemas. Estos últimos desarrollan diferentes –pero propias– nociones del bien común, de acuerdo con sus concretos lenguajes; aunque lo hacen en un contraste recíproco tan iterativo que, finalmente, acaban legitimándose y acomodándose mutuamente. Dando un paso más,

“la agenda pluralista del CS (...) también puede ser entendida en el sentido de que carece de un ímpetu prescriptivo lineal, por lo que se resiste a verse reducida a planos institucionales específicos (...) y una lectura abierta del constitucionalismo social no coloca límites predeterminados al contenido y a la forma de las distintas constituciones sociales descentralizadas”³⁸.

En este sentido, el CS señala la posible existencia de nuevos tipos de políticas. Las fronteras de dichas políticas son movibles, no delimitadas por la pertenencia personal o territorial³⁹; no se identifican por un estatus de ciudadanía administrativamente asignado, ni coinciden con una comunidad internacional o una sociedad civil global. En el interior de estas políticas, los procesos de legitimación democrática no se producen necesariamente según esquemas estrictamente representativos o de acuerdo con el principio de la mayoría⁴⁰. Más bien, el principio de representación –requerido para la democratización interna de un subsistema– se generaliza a través de la institucionalización de la auto-contestación, que a su vez se re-especifica según la racionalidad concreta de los distintos sistemas funcionales⁴¹.

En concreto, los participantes o incluso los sujetos afectados por las decisiones y operaciones del sistema establecen las formas de impugnación y/o participación sustantiva y frecuentemente directa, en la producción normativa del sistema. Los distintos foros de decisión deben reflejar una pluralidad de esquemas de legitima-

Economy’ in Europe”, *Journal of Law and Political Economy*, núm. 1, 2021, pp. 301-332, p. 316; K. GÜNTHER, “Normative legal pluralism: a critique”, *cit.*, p. 89.

38 I. KAMPOURAKIS, “Bound by the Economic Constitution”... *cit.*, p. 317.

39 C. THORNHILL, “The Citizen of Many Worlds: Societal Constitutionalism and the Antinomies of Democracy”, *Journal of Law and Society*, núm. 45, vol. 4, 2018, pp 73-93.

40 D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, *cit.*, pp. 160-161.

41 G. TEUBNER, “*Quod omnes tangit*: Transnational Constitutions Without Democracy?”, *cit.*

ción democrática, que ya no pasan únicamente por los canales políticos clásicos, sino también por las organizaciones transnacionales, los movimientos *grassroots*, los sindicatos y las ONGs.

“Lo político” (*le politique*) –entendido como el conjunto de reflexiones, conflictos y decisiones sobre las opciones sociales difundidas a nivel de la sociedad en su conjunto, también externamente a los foros institucionalizados de debate del Estado– no se limita a “la política” (*la politique*) –entendida como el conjunto de decisiones institucionalizadas de los Estados– y emerge cada vez más en otras arenas, privadas o híbridas⁴². De este modo, la globalización ofrece, en última instancia, una oportunidad inesperada: aprovechar el potencial democrático inherente a los procesos sociales que tienen lugar fuera de los canales institucionales de los Estados, permitiendo así que el constitucionalismo se expanda a esferas que las constituciones políticas nunca han atravesado realmente.

Sin embargo, resulta relevante destacar que la concepción de la democratización como posibilidad de auto-contestación efectiva no implica una rendición de la normatividad democrática, si esta última es entendida en el sentido de cumplir con los compromisos democráticos, incluso frente a impulsos diferentes posteriores o frente a un mejor conocimiento⁴³. En realidad, el aprendizaje de los sistemas sociales no se produce necesariamente “en tiempo real”, sino que, precisamente por ser reflexivos y no meramente receptivos –y al igual que en los esquemas tradicionales de representación democrática– dejan margen para “cumplir la palabra”, por muy peligroso que ello pueda resultar.

Contrariamente a los argumentos sostenidos por algunos autores⁴⁴, en el marco radicalmente pluralista del CS, el derecho estatal y las constituciones no pierden totalmente su función. Al contrario, siguen siendo piezas centrales, pues el CS no rechaza, sino que precisamente presupone un papel relevante de las constituciones políticas⁴⁵. En realidad, los ámbitos de discusión y de toma

42 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism and the Politics of the Commons”, *cit.*

43 E. A. CHRISTODOULIDIS, “The Myth of Democratic Governance”, en P. F. KJAER (ed.), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 62-88, p. 82.

44 E. A. CHRISTODOULIDIS, “On the Politics of Societal Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 20, 2013, pp. 629-664; B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press, Evanston, 2003, pp. 94-95.

45 G. TEUBNER, “Societal Constitutionalism without Politics? A Rejoinder”, *Social & Legal Studies*, núm. 20, vol. 2, 2011, 248-252, p. 250.

de decisiones, así como las formas alternativas de legitimación democrática de las esferas sociales no estatales, más que sustituir, complementan las formas de la política estatal⁴⁶.

Los diferentes modos de participación permiten a actores como las ONG, los movimientos sociales y los sindicatos que participen en los procesos de producción jurídica desarrollados a nivel global, esto es, allí donde los esquemas tradicionales de democracia representativa son inconcebibles⁴⁷. En el plano normativo-prescriptivo, lo anterior impone la necesidad de conciliar y usar de manera productiva los impulsos procedentes de los Estados y sus constituciones, por un lado; y por otro, las capacidades de aprendizaje de los sistemas sectoriales.

2.3. Procesos

En adición a las funciones y las arenas, un sistema constitucionalizado debe desarrollar procesos constitucionales. Ello indica la presencia de una llamada doble reflexividad entre el derecho y el medio comunicativo específico del sistema en cuestión⁴⁸. Pero ¿qué significa exactamente la “doble reflexividad”?

Según el CS, la juridificación de un sistema social se produce cuando las normas primarias y secundarias à la Hart emergen de forma estable. Esto significa que un sistema jurídico en sentido estricto desarrolla su propia reflexividad (reflexividad del sistema jurídico), ya que el derecho se aplica a sí mismo, se “piensa” a sí mismo a través de un código binario adicional a lo “legal/ilegal”, el de la dicotomía constitucional/inconstitucional. En este sentido, todo fenómeno de juridificación contiene las premisas de su propia constitucionalización.

Pero esto no es suficiente. El proceso de constitucionalización requiere que el medio comunicativo específico del subsistema en cuestión (ya sea el poder, el dinero, el conocimiento u otros) desarrolle su propia reflexividad; esto es, el sistema social está sujeto a las operaciones que produce. Las normas secundarias del derecho apoyan estos procesos reflexivos. En el sistema estatal, por ejemplo, la reflexividad se realiza cuando los procesos de poder se emplean para dirigir y regular los propios procesos de poder, a través de los trámites procedimentales, la atribución de competencias, la división de poderes, las elecciones y la forma-

46 A. PETERS, “Dual Democracy”, en J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 263-341.

47 Véase más adelante en detalle el punto 4.1, sobre la cuestión del poder constituyente a nivel global.

48 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 102-110.

lización de la oposición. En el sistema económico, esta reflexividad se produce cuando las operaciones de pago monetario se usan para controlar el propio flujo monetario y así sucesivamente.

Sin embargo, incluso este segundo tipo de reflexividad no es suficiente por sí solo para la constitucionalización. Solo se puede hablar de constitución en sentido estricto cuando la reflexividad de un sistema social –ya sea en la esfera económica, política o de otro tipo– se apoya en el derecho, o más precisamente: en la reflexividad del sistema jurídico. Las constituciones solamente nacen en presencia de los fenómenos de doble reflexividad: reflexividad del sistema social (que se constituye a sí mismo) y reflexividad del derecho (que apoya esta auto-constitución)⁴⁹.

Lo que se produce en un orden constitucional, es, por tanto, un acoplamiento estructural entre el derecho y el medio comunicativo específico de los distintos sistemas sociales. Solo en este punto se puede percibir la doble naturaleza, jurídica y social, de cualquier proceso propiamente constitucional. En efecto, para comprobar la naturaleza constitucional de un sistema determinado, es necesario comprender los procesos sociales en él desarrollados, más allá de sus estructuras estáticas (ya sean instituciones o normas). Esto explica que el concepto de constitución subyacente al CS tenga naturaleza material, pues este contribuye a la (re)producción de la unidad del sistema social concreto en el que se inserta; sin que para ello sea necesario acudir al sistema social de la política⁵⁰.

2.4. Estructuras

Para dar lugar a procesos estables de constitucionalización, los acoplamientos estructurales no pueden ser ocasionales. Al contrario, deben ser estabilizados por instituciones de conexión, esto es, por estructuras constitucionales que forman parte, a la vez, del sistema jurídico y del sistema social con el que algunas veces el derecho se acopla. En este sentido, las estructuras e instituciones que conectan la reflexividad social y la jurídica tienen siempre un carácter híbrido, ya que se hallan entre sistemas sociales con racionalidades diferentes.

A través de estos acoplamientos estructurales y estructuras híbridas, el sistema social en cuestión y el derecho normalizan sus respectivas paradojas, exteriorizándolas el uno en el interior del otro. En el caso del derecho, la paradoja

49 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, p. 104.

50 Véase más adelante el punto 4.3.

se encuentra en la validez, es decir, en la necesaria a-legalidad de las normas fundacionales de cualquier sistema jurídico. En los Estados constitucionales, la paradoja consiste en la auto-fundación de la soberanía política o, en términos más tradicionales, en el problema de la legitimidad del poder político⁵¹. En la economía, la paradoja se refiere al problema de la escasez (de recursos y de dinero) frente a los necesarios y continuos empujes expansivos que el sistema necesita para reproducirse.

El acoplamiento estructural, tiene, pues, un carácter funcional: no sirve para resolver, pero sí para neutralizar las respectivas paradojas. En las relaciones entre la política y el derecho, la *Grundnorm* es válida porque está fundada por el poder político (en forma de poder constituyente), y el poder político se legitima a sí mismo mediante normas jurídicas (secundarias). Lo mismo ocurre con la relación entre el derecho y la economía. Por un lado, las necesidades económicas validan las normas constitucionales de las instituciones económicas. Por otro, el derecho sustenta –al legitimar y estabilizar– la creación o disminución artificial de dinero, así como la mayor o menor protección otorgada a la apropiación de recursos y a las instituciones del capitalismo (incluida la expropiación). También sostiene el derecho, más generalmente, el poder ejercido por los actores económicos, ya sean privados, públicos o híbridos.

Existe una gran variedad de instituciones híbridas de conexión que permiten estabilizar los acoplamientos estructurales. En el caso de los sistemas estatales, los tribunales constitucionales serían un ejemplo clásico. Tienen una naturaleza dual, ya que, además de aplicar el código constitucional/inconstitucional a las normas jurídicas primarias, regulan efectivamente la atribución de los poderes ejercidos por los órganos del Estado; así como el alcance de la separación de poderes y la extensión y ponderación de los derechos. En el caso de la economía, cabría referirse al papel de los bancos centrales, pero también a las autoridades administrativas independientes y a las agencias reguladoras de los Estados. Estas últimas son instituciones híbridas, en el centro tanto de la reflexividad del sistema económico (aplicando el mismo código, basado en el medio comunicativo “dinero”, al flujo de pagos) como de la reflexividad del sistema político (en cuanto al ejercicio de la soberanía monetaria); pero sin integrarse exclusivamente en ninguna de ellas.

51 N. LUHMANN, “Two Sides of the State Founded on Law”, en N. LUHMANN (ed.), *Political Theory in the Welfare State*, de Gruyter, Berlin, 1990, pp. 187-202.

III. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL COMO TEORÍA NORMATIVO-PRESCRIPTIVA

El CS no sostiene que el surgimiento de las constituciones civiles se produzca simplemente a causa de la pluralidad de sistemas y de la diferenciación funcional. En la parte analítico-descriptiva, el CS esboza una teoría general de las condiciones de posibilidad de la constitución. Sin embargo, sobre la base de este marco analítico, también presenta una parte normativo-prescriptiva, es decir, los parámetros existentes para sugerir y evaluar las opciones de política normativa en sentido amplio (tanto a nivel legislativo como jurisprudencial).

1. Aumento de las presiones externas y apertura al aprendizaje

La teoría aquí expuesta sugiere aumentar las presiones externas que sirven para las autolimitaciones internas y la estabilización de estas dentro de cada sistema. En efecto, es posible incrementar la “crítica” y la reflexividad de los sistemas y regímenes funcionales tanto mediante la aplicación de presiones externas (posiblemente canalizadas a través del derecho estatal) como mediante la creación de instituciones de aprendizaje. Se aumenta de este modo, la capacidad de los sistemas para reconstruir los impulsos externos sobre la base de su racionalidad propia⁵². En otras palabras, en términos prescriptivos, el CS promueve la mejora –por medio del derecho– de las capacidades de autorreflexión y el fomento de la autolimitación de los sistemas sociales.

En este contexto, algunos autores consideran que la necesidad de intervenciones externas –en particular, de la política– en las estructuras internas de aprendizaje de los sistemas funcionales es una prueba de la incoherencia teórica del CS. Con el fin de clarificar este punto, debemos subrayar que, el argumento del CS según el cual todo fenómeno constitucional se configura necesariamente como auto-constitucionalización no quiere decir que ello ocurra espontáneamente. Más bien, para ser efectivos, los impulsos externos han de ser reconstruidos de acuerdo con la racionalidad interna de cada sistema. En este proceso reflexivo, el grado de apertura permitido por las estructuras internas del propio sistema juega un papel fundamental⁵³.

52 G. TEUBNER, “Constitutionalising Polycontextuality”, *cit.*; A. FISCHER-LESCANO, “Struggles for a Global Internet Constitution: Protecting Global Communication Structures Against Surveillance Measures”, *Global Constitutionalism*, núm. 5, 2016, pp. 145-172, p. 167.

53 G. TEUBNER y A. BECKERS, “Expanding Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, pp. 523-550, p. 527.

En definitiva, los procesos constitucionales no pueden basarse únicamente en impulsos externos (sanciones jurídicas, sociales o políticas) o únicamente en operaciones internas (debido a las tendencias intrínsecamente expansivas de cada medio). De ahí que el CS promueva una especie de regulación reflexiva de los sistemas sociales, que, sin dejar de ser funcionalmente autónomos, se modifican para forzar sus límites y ser compatibles con su entorno social. El CS no pretende que los sistemas sociales estén “sellados” en relación con los demás sistemas, ni apuesta por interacciones exclusivamente espontáneas⁵⁴.

Este enfoque también explica la razón por la cual algunas técnicas de regulación tienen más éxito que otras. Es más, ello pone de manifiesto la capacidad relativa del modelo de bienestar típico del constitucionalismo del norte de Europa (corporativismo democrático, economía social de mercado) para resistir a las tendencias colonizadoras del modelo neoliberal⁵⁵. Del mismo modo, esto explica la existencia de diferentes tipos de constituciones económicas. En efecto, las normas fundamentales del sistema económico pueden variar en función del régimen de producción con el que ese sistema esté estructuralmente acoplado. La distinción entre código y programa es pertinente en este caso: mientras que el código de un sistema sigue siendo el mismo y define su racionalidad básica, sus programas pueden variar en función de su capacidad de autolimitación interna y externa.

En este contexto, el CS desarrolla varias propuestas políticas. Para limitar la expansión compulsiva de la economía mundial —que ha conducido a su financiarización incontrolada—, el CS apoya instrumentos legales como la tasa Tobin, destinada a impedir que la economía financiera prevalezca sobre la “real”; así como las reformas monetarias radicales, cuyo objetivo es limitar o incluso eliminar la posibilidad de que las instituciones financieras privadas creen dinero sobre la base de depósitos a la vista⁵⁶. Estos mecanismos, a la vez que preservan la autonomía estructural del dinero como medio comunicativo, lograrían vincularlo más estrechamente a las decisiones políticas, limitando así las compulsiones de crecimiento autodestructivas y creando incentivos para desviar la inversión de la economía financiera a la “real”.

54 A. VON BOGDANDY, M. GOLDMANN, I. VENZKE, “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, *European Journal of International Law*, núm. 28, 2017, pp. 115-145, pp. 120-121.

55 G. TEUBNER, “Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism”, *Italian Law Journal*, núm. 1, 2015, pp. 219-248, pp. 219 y ss.

56 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 96-102.

Otros ejemplos se refieren a la colonización de la ciencia por otras racionalidades, por ejemplo, en las formas del llamado sesgo de publicación (manipulación y errores sistemáticos en la publicación de datos), *publish-or-perish* y *ghostwriting*. En este sentido, el CS destaca la importancia de diversificar las fuentes de financiación de la investigación científica y de las intervenciones legislativas que imponen el registro de los ensayos⁵⁷. Estos mecanismos se diferencian de las –todavía necesarias– sanciones a las empresas farmacéuticas y a los institutos de investigación (presión externa), que a menudo han demostrado ser ineficaces, precisamente porque la transparencia y la apertura de los procesos operativos facilitan que los ámbitos espontáneos de la comunidad científica ejerzan presión e impulsen la (auto)constitucionalización de la ciencia.

De manera más general, el CS apoya las formas de democracia participativa⁵⁸, siempre que se generalicen y se redefinan en cada caso, en función de las características de cada sistema. En otras palabras, dichas formas no deberían limitarse a la reproducción de los procedimientos establecidos en los sistemas políticos (elecciones, representación, institucionalización de la oposición). Más bien, deberían incrementar la excitación interna del sistema funcional específico. El objetivo es el de fomentar la hibridación mutua de los discursos dentro de cada sistema⁵⁹. Por lo tanto, por citar un ejemplo de la ciencia, el CS promueve la creación de comités de ética no solo a nivel nacional e internacional, donde se elaboran las normas generales, sino también y sobre todo dentro de las clínicas, las universidades y las empresas farmacéuticas, donde tienen lugar los procesos operativos reales de este sistema.

En cuanto a las presiones externas, más allá de los modelos de mando y control, el CS promueve soluciones destinadas a reforzar las energías constitutivas en el interior de cada sistema. Por ejemplo, apoya las prácticas de litigio transnacional en materia de derechos humanos y de interés público, es decir, las prácticas judiciales puestas en marcha por las víctimas de violaciones de derechos fundamentales o por grupos de activistas. Dichas prácticas, que explo-

57 I. HENSEL y G. TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights as Conflict of Law Rules: How Transnational Pharma Groups Manipulate Scientific Publications”, en K. BLOME, A. FISCHER-LESCANO, H. FRANZKI, N. MARKARD y S. OETER (eds.), *Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 139-168.

58 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 122-123; O. PÉREZ, “Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Examination of Sustainable Business Indexes and the New Ensemble Politics”, *Theoretical Inquiries in Law*, núm. 12, 2011, pp. 543-579.

59 G. TEUBNER, “Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses”, en R. RAWLINGS (ed.), *Law, Society and Economy*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 149-176.

tan estratégicamente las instituciones y los procedimientos disponibles a nivel nacional e internacional –posiblemente ofreciendo interpretaciones alternativas del derecho existente– no pretenden tanto ganar los casos como sacar a la luz verdades y responsabilidades históricas o suscitar el debate y el escándalo, ejerciendo así importantes presiones de aprendizaje sobre los sistemas políticos y funcionales, y especialmente sobre los más vulnerables a la *colère publique*⁶⁰. A nivel prescriptivo, esto significa ampliar los lugares de escándalo y *colère publique*, incrementando las posibilidades y el número de posibles desafíos, incluso en foros no convencionales.

Además, el CS insta a los órganos judiciales del Estado a utilizar conscientemente las bases jurídicas disponibles, ya sean de derecho mercantil, social, civil, laboral, penal o constitucional, siempre con un doble objetivo. El primero consiste en otorgar relevancia a la producción jurídica de los sistemas funcionales, eventualmente tras un control de constitucionalidad (en sentido amplio). El segundo propósito es incentivar las formas eficaces de corregulación y autorregulación. En este punto, el CS asigna a los tribunales y al derecho jurisprudencial un papel central. En efecto, con el derrumbamiento de las jerarquías rígidas y las pirámides normativas en los sistemas jurídicos posmodernos, los jueces y los árbitros se convierten en principal fuerza motriz de la elaboración de normas.

En este sentido, tras los procesos de globalización, las distinciones –antes rígidas– entre normatividad y validez, entre demandas y derechos, se están desdibujando, aunque no desaparecen. Es precisamente en la difusa periferia de cada sistema, especialmente a través de cláusulas generales como la buena fe y la diligencia debida, donde los distintos sistemas se entrecruzan, se sueldan y se integran heterárquicamente. Este uso provechoso de soluciones carentes de jerarquías normativas claras es uno de los principales resultados normativo-prescriptivos del CS, que lleva al desarrollo de un derecho de colisiones intersistémicas.

2. Desarrollo de un derecho de colisiones intersistémicas.

Para gestionar los conflictos normativos entre los sistemas estatales y los regímenes funcionales, así como entre los propios regímenes funcionales, y cuando no existan terceras instancias, el CS propone el desarrollo de un derecho de las colisiones intersistémicas e interculturales⁶¹. Este derecho intermedio, comparable a la

60 G. TEUBNER y A. BECKERS, “Expanding Constitutionalism”, *cit.*, pp. 532-533.

61 G. TEUBNER, “Law as an Autopoietic System”, Blackwell, London, 1993, pp. 100-122.

categoría de interlegalidad⁶², se encuentra aún en desarrollo; aunque varios autores han comenzado a codificar sus reglas básicas⁶³. Este debería seguir las pautas del derecho internacional privado, adaptándolas a las especificidades de los sistemas: no solo los territoriales, sino también y sobre todo los funcionalmente diferenciados⁶⁴.

El desarrollo de este derecho de colisiones se basaría en tres pasos 1) dotar de relevancia a las formas de producción normativa social; 2) identificar una “cobertura primaria”, esto es, el sistema jurídico que puede considerarse competente en una determinada controversia, con base en sus características funcionales; 3) aplicar eventualmente las reglas de (auto)protección, teniendo en cuenta los efectos que tal aplicación tendría sobre los sistemas en conflicto. Es importante destacar que estos pasos no se llevan a cabo por terceros. Más bien, todos ellos tienen lugar simultáneamente en el interior de los sistemas en conflicto. En efecto, cada sistema desarrolla su propio derecho de colisión, que puede coincidir o no con el de los demás; en cualquier caso, toda coincidencia será siempre el resultado de una reconstrucción interna, “holográfica”⁶⁵.

Por lo que respecta al primer paso –ya mencionado en el epígrafe anterior–, basta con subrayar aquí que, desde la perspectiva del CS, las normas de los distintos sistemas y regímenes pertenecen a órdenes distintos, en el sentido de que

62 B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, cit.; G. TEUBNER y P. KORTH, “Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society”, en M. YOUNG (ed.), *Regime Interaction in International Law: Theoretical and Practical Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 23-54, pp. 28-29; P. F. KJAER, “Global Law as Inter-Contextuality and as Inter-Legality”, en J. KLABBERS y G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 302-318.

63 D. DELMAS MARTY, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart, Oxford, 2009; P. S. BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 152 y ss.; A. PETERS, “The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization” *International Journal of Constitutional Law*, núm. 15, 2017, pp. 671-704; H. MUIR WATT, “Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival”, *Transnational Legal Theory* núm. 7, 2016, pp. 313-353 y “When Societal Constitutionalism Encounters Private International Law: Of Pluralism, Distribution, and ‘Chronotopes’”, *Journal of Law And Society*, núm. 45, 2018, pp. 185-203; M. HAKIMI, “The Integrative Effects of Global Legal Pluralism”, en P. S. BERMAN (ed.), *Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 558-574.

64 R. MICHAELS, “Global Legal Pluralism and Conflict of Laws”, en P. S. BERMAN (ed.), *op. cit.*, pp. 630-648.

65 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 150-173.

la validez de las normas de un ordenamiento no depende de las normas del otro. Sin embargo, esto no excluye las referencias mutuas en un sentido amplio; eventualmente, también mediante las disposiciones de cada sistema referidas a principios y/o cláusulas generales. Esta idea resulta especialmente evidente cuando, por ejemplo, las normas del derecho estatal se refieren a códigos de conducta o acuerdos contractuales entre particulares, o cuando, a la inversa, la *lex mercatoria* o los códigos de conducta internos de las empresas se remiten a las normas del derecho estatal.

El segundo paso consiste en encontrar la cobertura primaria, es decir, identificar la jurisdicción aplicable según los criterios funcionales. Será aplicable al litigio la norma del ordenamiento jurídico que, sobre la base de criterios funcionales, tenga la conexión más próxima. Este criterio desempeña, pues, el mismo papel que el denominado factor de conexión en el derecho internacional privado.

El tercer paso consiste en la posible aplicación de reglas internas de salvaguardia. Al aplicar las normas del sistema jurídico competente, un órgano judicial o arbitral debe comprobar los efectos que dicha aplicación tendría sobre la racionalidad y la autonomía funcional de los sistemas en conflicto. Si ello afectase a la autonomía funcional de su propio sistema, el órgano judicial debería rechazar la aplicación del sistema externo, expulsando las normas en cuestión incluso más allá de la periferia de su sistema. A la inversa, si la aplicación de la norma interna resulta intolerable para la racionalidad del sistema externo, el juez debería asegurar la mayor tolerancia posible.

De este modo, categorías jurídicas o doctrinas como el *ordre public*, las normas imperativas y la moral pública (en el derecho privado); así como las doctrinas del tipo *Solange* en Europa y la doctrina Calvo en América Latina (en el derecho constitucional) se convierten en instrumentos de salvaguarda necesarios para preservar la autonomía funcional de los sistemas en conflicto, tanto en las colisiones interregionales como en las interculturales (por ejemplo, entre el derecho moderno y los derechos indígenas o entre el derecho laico y el derecho religioso).

En definitiva, desde la perspectiva del CS, en ausencia del paso que otorga relevancia jurídica a los sistemas normativos de los regímenes funcionales, ni siquiera sería posible aplicar las salvaguardias mencionadas; y, dada la eficacia de estas, la ceguera del derecho estatal se traduciría en un perjuicio respecto de este último y de los sistemas normativos de los regímenes funcionales. Es más, el CS apoya –con cautela– el consecuencialismo interpretativo judicial, esto es, la toma en consideración de los efectos de las resoluciones judiciales en la sociedad. Sin embargo, tal consecuencialismo no debería mirar las cadenas causales en sentido estricto, que

nunca resultan totalmente accesibles a los jueces, especialmente teniendo en cuenta las limitadas herramientas del proceso judicial.

Más bien, debería tener en consideración las traducciones y reconstrucciones desarrolladas por la respectiva racionalidad de cada sistema, es decir, los efectos potencialmente negativos, desintegradores o destructivos en otros juegos de lenguaje y procesos sociales concretos. Este enfoque del derecho y la legislación –especialmente prometedor en la era del desastre climático– pretende proteger no solo los derechos fundamentales “personales”, concebidos como espacios de autonomía dentro de la sociedad (o sus sectores parciales), atribuidos a las “personas” y entendidos como artefactos sociales; ni tampoco solo los derechos humanos como tales (que protegen la integridad psicofísica de las invasiones de las matrices comunicativas), sino también los derechos institucionales fundamentales, concebidos como garantías de la autonomía de los procesos sociales colectivos como tales.

Además, el valor defensivo de las salvaguardias internas no debería configurarse como un fin en sí mismo. Más bien, debería constituir –para el sistema al que se le deniega la entrada– una presión para aprender y un impulso para desarrollar reflexivamente mecanismos de adaptación y autocontrol, o incluso para auto-constitucionalizarse. En otras palabras: al igual que el proceso de integración europea ha demostrado a lo largo del tiempo, los mecanismos de defensa jurídica pueden tener un importante valor *juris*-generativo, permitiendo que los sistemas en conflicto se comuniquen indirectamente, que co-evolucionen y que se adapten unos a otros en función de las relaciones heterárquicas, es decir, sin resolver necesariamente de una vez por todas la cuestión de la “última palabra” (la *Kompetenz-Kompetenz*). En definitiva, el CS propone generalizar un principio de tolerancia constitucional⁶⁶ a nivel global, que permita coordinar y adaptar diferentes sistemas jurídicos, sin que ninguno de ellos prevalezca necesariamente sobre los demás.

IV. ENFOQUES Y CRÍTICAS CONCURRENTES

1. Constitucionalismo centrado en el Estado

El análisis que se expone a continuación se centra en las críticas realizadas respecto de CS. Más concretamente, en primer lugar, se tratarán las corrientes que definen a la constitución como un fenómeno necesariamente vinculado al Estado.

66 J. H. H. WEILER, “Why Should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Toleration”, en F. SNYDER (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart, Oxford, 2000, p. 213.

En particular, estas corrientes sostienen que los sistemas no estatales (ya sean empresas, actores privados o regímenes transnacionales) carecen de la relación esencial que el Estado mantiene con su territorio. En realidad, este último no solo debería constituir el ámbito de aplicación de un sistema normativo, sino también y, sobre todo, un espacio simbólico de relaciones de poder (así como económicas, científicas y artísticas), que se extiende más allá de la mera relación de autoridad con los individuos. Afirman, pues, que el Estado, entendido como sujeto político, es (y no simplemente tiene) un territorio.

Sería, entonces, esta dimensión primordialmente simbólica, que al mismo tiempo se refleja y se nutre del monopolio de la coacción física legítima, la que haría posible el fenómeno constitucional. En otras palabras, solo el monopolio de la fuerza por parte de una organización relativamente centralizada (distinción público-privada), ejercida por el Estado moderno dentro de un territorio definido (distinción interno-externo), permitiría esa concentración de poder necesaria para que el ordenamiento jurídico evolucione en sentido constitucional, es decir, se erija en límite o fundamento del poder. En consecuencia, dado que los órdenes no estatales (incluido el sistema internacional) están estructuralmente acoplados a sistemas sociales tan solo funcionalmente diferenciados, serían intrínsecamente incapaces de constitucionalizarse⁶⁷.

Sin embargo, en la era de la globalización, la soberanía espacial del Estado puede estar, al menos, en proceso de metamorfosis, y en este sentido el CS está llamado a demostrar la posibilidad de órdenes constitucionales no territoriales. A este fin, recurre a una operación de generalización y re-especificación, sosteniendo que toda constitución es, ante todo, una constitución del sistema social específico con el que está relacionada. En otras palabras, una constitución estatal necesita un territorio, ya que este es un elemento esencial y fundacional del sistema social al que se vincula dicha constitución: no se puede ejercer el poder político ni imponer un sistema centralizado de coacción legítima sin alguna dimensión territorial.

Sin embargo, lo anterior no impide que otros sistemas que no necesitan un territorio para desplegar su medio comunicativo (y, más generalmente, no tienen

67 D. GRIMM, “The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World”, en P. DOBNER y M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 3–22; M. LOUGHLIN, “What Is Constitutionalisation?”, en P. DOBNER y M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, pp. 47–72; V. CHAMPEIL-DESPLATS, “Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist’s Point of View”, en J-P. ROBE, A. LYON-CAEN y S. VERNAC (eds.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, London, 2016, pp. 157–169.

las características específicas del sistema social del Estado), desarrollen órdenes constitucionales. Para el CS, entonces, es necesario entender la función que cumple el territorio en el orden estatal. Esta función consiste en la demarcación de la división interior/externo, en la manifestación de la propia existencia del sistema respecto al entorno, es decir, en trazar un límite al sistema “estatal” en su conjunto y, por tanto, a su ordenamiento jurídico. En consecuencia, si bien el CS comparte la idea de que el límite es necesario y fundacional respecto de cualquier ordenamiento constitucional, ello no significa que el límite deba ser necesariamente territorial ni que la demarcación interno-externo no pueda establecerse de otras maneras.

Tras esta operación de generalización, a través de una segunda operación de re-especificación, el CS sostiene que los órdenes de los sistemas funcionales y, más generalmente, de los regímenes transnacionales marcan su división interna/externa a través de la cadena de operaciones caracterizadas por su propio código específico. Por ejemplo, en el caso de la economía, basada en el medio del dinero, las operaciones “leídas” a través de este código se inscriben en dicho sistema.

Sobre la base de estos criterios, parece posible identificar el límite del orden de los sistemas funcionalmente diferenciados. El hecho de que se trate de confines movedizos y parcialmente permeables no implica una imposibilidad de determinar, en un momento dado y en un caso concreto, si el límite se encuentra en el interior o el exterior de la “jurisdicción” de un sistema⁶⁸. En definitiva, las constituciones –y el fenómeno constitucional en general– no son instrumentos para limitar la dinámica del poder en el marco de una formación colectiva ya constituida, en un territorio determinado. Más bien, la constitución, como fenómeno a la vez jurídico y social, contribuye a la formación y autoconstrucción progresiva de un sistema social como unidad colectiva.

Las constituciones no intervienen desde el exterior sobre un “nosotros” perfectamente establecido con anterioridad, sino que contribuyen a la construcción y formalización de un sistema social. En otras palabras, participan en el establecimiento y la autorreproducción de los procesos comunicativos de un sistema social, independientemente de la localización –permanente en un territorio o a las afueras del mismo– de las personas, las estructuras y las instituciones a través de las cuales se producen estos procesos. En realidad, los fenómenos constitucionales debilitan el vínculo exclusivo (simplemente bilateral) entre el poder y el territorio y refuerzan

68 L. C. BACKER, “The Structure Of Global Law: Fracture, Fluidity, Permeability, And Polycentricity” *CPE Working Paper* núm. 7, 2012/*Penn State Law Research Paper* núm. 15, 2012, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2091456>.

el vínculo entre el poder y el pueblo, entendido como una comunidad que se identifica a sí misma como unitaria. De ahí que el Estado constitucional se caracterice típicamente en razón de la soberanía popular, y no de la mera soberanía territorial. En general, en un sistema constitucionalizado –sea territorial o funcional–, la comunidad se somete a las normas, instituciones y procedimientos jurídicos, y no al poder (o al medio comunicativo de ese sistema) como tal, por el mero hecho de monopolizar una determinada esfera. A través de esta función constitutiva/integradora, la constitución funda la autoridad⁶⁹.

Otras críticas desde la perspectiva estado-céntrica insisten en la ausencia, bajo los sistemas funcionales, de la dialéctica entre el poder constituyente y el poder constituido, necesaria para la formación y permanencia de un orden constitucional. Esta ausencia obligaría al CS a adoptar una noción meramente formal y descriptiva de constitución, reducida a dos elementos: el acoplamiento estructural entre un sistema jurídico y un sistema social y la presencia de jerarquías normativas⁷⁰. El CS no rechaza el concepto de poder constituyente y reconoce la necesidad de esta dialéctica, pero en este punto también generaliza primero sus funciones, abstrayéndolas de la experiencia de la forma estatal, y posteriormente las re-especifica, adaptándolas a sistemas sociales parciales. De este modo, el concepto de poder constituyente (*pouvoir constituant*) se define como

“un potencial comunicativo, un tipo de energía social, literalmente como un ‘poder’ que, a través de las normas constitucionales, se transforma en un *pouvoir constitué*, pero que permanece como un excitante permanente del poder constituido”⁷¹.

El poder constituyente no es necesariamente voluntarista, sino una “energía comunicativa” que surge de las interacciones recíprocas (“excitaciones”) entre la sociedad y los individuos, entre la conciencia individual y la comunicación social⁷².

69 J. PRIBÁN, “Constitutional Imaginaries and Legitimation: On Potentia, Potestas, and Auctoritas in Societal Constitutionalism”, *Journal of Law and Society*, núm. 45, 2018, pp. 30-51.

70 D. GRIMM, “The Constitution in the Process of Denationalization”, *Constellations*, núm. 12, 2005, pp. 447-463; M. S. KUO, “Semantic Constitutionalism at the Fin de Siècle: A Review Essay on Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press, 2012)”, *Transnational Legal Theory* núm. 5, 2014, pp. 158-175.

71 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, p. 62.

72 N. KRISCH, “Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 14, 2016, pp. 657-679.

Como proceso continuo y pulsante, que proviene de las personas de carne y hueso, de las esferas espontáneas y de los afectados externos hacia el centro de los sistemas (las esferas organizadas y de toma de decisiones), el poder constituyente impide la deshumanización de los procesos sociales⁷³.

Además, una vez ejercido, no se agota, sino que permanece en el tejido de un determinado sistema como elemento latente. Esto significa que el poder constituyente resulta decisivo tanto para la auto-fundación de una constitución como para su auto-contestación y, por tanto, para una potencial democratización efectiva⁷⁴. Esta concepción del poder constituyente sitúa al CS en una posición que le permite, por un lado, enmarcar teóricamente los cambios informales (no) previstos en las constituciones escritas –un fenómeno que la teoría constitucional todavía tiene dificultades para abordar–; por otro, proporcionar una mejor explicación del poder constituyente en el contexto del constitucionalismo global⁷⁵.

En efecto, se deduce de esta reconceptualización que cada sistema funcional puede tener su propio *pouvoir constituant* específico y, reproduciendo su paradoja, puede llegar a constitucionalizarse a sí mismo⁷⁶. No solo el Estado tiene este poder, sino también los procesos, actores y regímenes transnacionales de la economía, la ciencia, la medicina, el deporte y los medios de comunicación. Desde luego, en los sistemas funcionales, el *pouvoir constituant* no es ejercido por comunidades políticas definidas territorialmente (*polities*). Más bien, viene ejercido por una multitud de sujetos y actores que entran en contacto de diversas maneras (incluso episódicas) con los procesos y medios comunicativos de los sistemas.

La titularidad colectiva y el ejercicio del poder constituyente no se derivan de la pertenencia a una determinada comunidad política, sino que se configuran a la luz del nivel de implicación de determinados sujetos o grupos con el sistema y sus procesos comunicativos⁷⁷. Esta especificación es importante, ya que el CS, contrariamente a las formulaciones de la *stakeholder theory* como forma de gobernanza democrática,

73 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 62 y ss.; K. MÖLLER, “From Constituent to Destituent Power Beyond the State”, *Transnational Legal Theory*, núm. 9, 2018, pp. 32-55.

74 G. TEUBNER, “*Quod omnes tangit*: Transnational Constitutions Without Democracy?”, *cit.*

75 P. NIESEN, “Constituent power in global constitutionalism”, en A. F. JR. LANG y A. WIENER (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 222-233, p. 230.

76 G. TEUBNER, “Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox”, *cit.*

77 A. SOMEK, “The Constituent Power in a National and in a Transnational Context”, *Transnational Legal Theory*, núm. 3, vol. 1, 2012, pp. 31-60.

no requiere que la participación (*stake*) sea reconocida por la esfera organizada y decisoria de cada sistema⁷⁸. En este sentido, el CS es también y sobre todo “constitucionalismo desde abajo”⁷⁹. Los actores implicados tienen en común el hecho de que sus acciones y protestas no se dirigen solo a las instituciones estatales, sino también a los actores privados y a las instituciones de los regímenes transnacionales. De este modo, ejercen una importante presión social sobre los ámbitos de decisión, en el marco de los cuales tienen la creencia de que las causas de las vulneraciones y, en general, las posibilidades de cambio de políticas son mayores.

La extrema diversidad de los sujetos constituyentes no supone un impedimento para que estos recurran a una reserva de legitimidad; por ejemplo, aquella de los derechos humanos, que, al pasar por las comunicaciones propias de los distintos sistemas sociales, funciona como un *réservoir* de energía comunicativa, apta para abrir –potencialmente– espacios de contestación y subversión⁸⁰. Al renovarse continuamente, este *réservoir* alivia la necesidad de recurrir siempre a fuentes de legitimidad externas o puramente voluntaristas para justificar el ejercicio del poder constituyente. Solo en este sentido estricto se puede conceptualizar la protección de los derechos humanos como un derecho universal o una constitución global. En efecto, cada sistema “ve” esta reserva de legitimidad y la reordena continuamente según su propia racionalidad interna. Ello deja claro cómo es posible referirse a los derechos humanos y a las nociones de justicia (véase más adelante 4.3) sin asumir necesariamente una racionalidad unitaria que todo lo abarque, es decir, sin contradecir la pluralidad y la autorreferencialidad de los sistemas⁸¹.

Además, los regímenes transnacionales se configuran asimismo como potenciales sujetos constituyentes. En efecto, es (también) en el conflicto, en el choque entre regímenes y discursos, donde se produce la dinámica de constitucionalización interna de estos, como un proceso de incesante adaptación mutua. Además, para el establecimiento de un orden constitucional, el poder constituido no debe ser siempre y necesariamente un actor corporativo unitario, organizado y capaz de actuar jurídicamente, como es el aparato estatal. La mayor o menor necesidad de que dicho

78 E. A. CHRISTODOULIDIS, “The Myth of Democratic Governance”, *cit.*, pp. 82-86.

79 G. W. ANDERSON, “Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 20, 2013, pp. 881-906; P. BLOKKER, “Constitutional Mobilization and Contestation in the Transnational Sphere”, *Journal of Law and Society*, núm. 45, 2018, pp. 52-72.

80 S. BESSON, “Human rights as transnational constitutional law”, en A. F. JR. LANG y A. WIENER (eds.), *op. cit.*

81 A. VON BOGDANDY y S. DELLAVALLE, *op. cit.*, pp. 78-79.

actor corporativo exista depende del potencial expansivo del medio específico de un sistema social determinado. El medio comunicativo típico del Estado, a saber, el poder político, necesita obligatoriamente un actor colectivo más o menos centralizado (el aparato estatal) para expresarse, en cuanto se ejerce de forma monopolística en un determinado territorio. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto para los sistemas basados en medios comunicativos como el dinero o el conocimiento, que por su propia naturaleza –y especialmente en la era de la globalización– se extienden sin que haya un único sujeto que actúe como titular último.

También se ha sostenido que el CS elimina la dimensión simbólica relacionada con los mitos fundacionales y los momentos constitucionales de las comunidades políticas. En realidad, también en este caso, el CS generaliza y re-especifica tales elementos, de acuerdo con las características de los sistemas concretos. En efecto, los órdenes privados y los regímenes transnacionales también cuentan con narrativas fundacionales y simbólicas, que –al igual que en los órdenes políticos– se construyen y al mismo tiempo se (auto)alimentan de ficciones y mitos de origen surgidos como artefactos socioculturales, tan solo convertidos en jurídicos a posteriori. Esto es evidente en el ámbito de la *lex mercatoria* y el régimen económico transnacional, pero también en el de la ciencia, construido en torno a comunidades transnacionales relativamente estrechas y funcionalmente diferenciadas, caracterizadas por un *ethos* y unos intereses específicos.

Los contratos celebrados entre empresas transnacionales en el marco de la *lex mercatoria*, o de los códigos de conducta, en el ámbito de la ciencia y la investigación, no suelen remitir a ninguna fuente de derecho estatal. Su estatus jurídico se deriva a posteriori, especialmente a través de la actividad de los órganos de resolución de conflictos, que, a su vez, se remiten a los usos, prácticas y comercio transnacionales; en un círculo que, una vez establecido, se reproduce. De hecho, las propias sentencias de estos órganos, aunque no estén pensadas ab origine como precedentes jurídicamente vinculantes y se inspiren teóricamente en principios de mera equidad, se convierten en puntos de referencia para las decisiones posteriores y para la conducta de los propios actores transnacionales. De este modo, lo que en un principio supone una ficción o una abstracción se convierte en una realidad jurídica que desarrolla, consolida y estratifica los derechos de los distintos sujetos de los regímenes transnacionales. Estos derechos se convierten en prácticas establecidas e intangibles: es decir, adquieren también un carácter simbólico para la comunidad que los adopta. En este sentido, se constitucionalizan progresivamente.

Por tanto, los mitos fundacionales no requieren necesariamente un *deus ex machina* para establecer autoritariamente la constitución, sino que también pueden ser

el resultado de procesos de estratificación social y jurídica en sistemas en los que no existe una autoridad o, aunque exista, esta sea débil. Como ya se ha mencionado, estos procesos recuerdan estrechamente a los patrones del constitucionalismo del *common law*. Por supuesto, esto no significa que en las constituciones civiles no pueda haber textos o documentos que tengan fuerza constitucional o que cumplan otras funciones constitucionales. En efecto, las constituciones son también el resultado de actos que —aunque no sean jerárquicamente superiores o incluso no tengan formalmente ningún valor jurídico— contribuyen al establecimiento de derechos fundamentales propios de un determinado sistema y, a posteriori, adquieren valor constitucional.

Lo anterior se plasma con evidencia, por ejemplo, en el contexto del régimen internacional de derechos humanos: también este se basa y se nutre de fuentes que no tienen carácter vinculante o de tratados que formalmente no prevalecen sobre otras fuentes del derecho internacional, pero que progresivamente y en su conjunto han adquirido un estatus especial en el orden público internacional, si bien no el de una constitución⁸². En lo que respecta al régimen transnacional de la economía, esta dinámica puede observarse en la función que desempeñan los códigos de conducta, las estructuras vinculadas a ellos y la interacción entre las diferentes formas del llamado *soft law*, esto es, entre los códigos de conducta privados y públicos. Estos últimos, aunque carezcan de fuerza vinculante, se adoptan a nivel internacional por instituciones como la ONU, la OIT o la OCDE. También en lo que respecta al régimen de investigación científica, cabe señalar el papel desempeñado por el Código de Núremberg de 1947 y la Declaración de Helsinki de 1964 sobre la experimentación sobre seres humanos para influir en la adopción del Convenio de Oviedo de 1997, y en las prácticas de implementación de los organismos nacionales. En el ámbito del deporte mundial, el punto de referencia sería la Carta Olímpica⁸³.

La dinámica descrita plantea, sin embargo, otra cuestión: ¿en qué momento resultan tan eficaces las presiones de aprendizaje como para forzar no solo la jurificación, sino la propia constitucionalización de los sistemas funcionales y de los regímenes transnacionales? Dicho de otro modo, ¿cuáles son los momentos constitutivos de las constituciones civiles? El CS responde a esta cuestión reiterando que,

82 S. GARDBAUM, “Human Rights as International Constitutional Rights”, *European Journal of International Law*, núm. 19, 2008, pp. 749-768.

83 A. DUVAL, “The Olympic Charter as Constitution: Faster, Higher, Stronger”, *Journal of Law and Society*, núm. 45, 2018.

para la producción de un proceso de constitucionalización, deben coexistir normas constitutivas e integradoras (en sentido amplio, fundacionales) y limitadoras.

Esto significa que los órdenes de los sistemas funcionales solo se constitucionalizan cuando cumplen, además de su función constitutiva e integradora, una función limitadora, es decir, cuando además de contribuir a la construcción de la identidad del sistema, limitan y se imponen a la dinámica de crecimiento destructivo de un determinado subsistema. En efecto, gracias a la globalización, las compulsiones de crecimiento se han acelerado en los sistemas sociales contemporáneos. Estas dinámicas pueden tener consecuencias desastrosas tanto para el entorno de cada sistema social como para los propios sistemas sociales, ya que su capacidad de autolimitación frente al desastre total se ha visto especialmente reducida.

En consecuencia, el CS explica, por ejemplo, cómo la afirmación global casi totalitaria de la racionalidad económica y sus compulsiones de crecimiento –siendo la financiarización incontrolada tan solo la manifestación más reciente– puede conducir a resultados devastadores para la sociedad global; y, a la luz de la crisis financiera de 2007-2008, incluso al riesgo de autodestrucción. En otras palabras, se puede afirmar que un determinado sistema social está constitucionalizado si es capaz de reducir la intensidad de su propia actuación ante la catástrofe, iniciando así un proceso de autolimitación. Y esto es, sobre todo, a lo que se refiere el CS cuando habla de momentos constitucionales⁸⁴.

Para concluir con el constitucionalismo centrado en el Estado, el CS no niega que la posible aparición de constituciones civiles en los sistemas funcionales también depende de los Estados, de su monopolio de la fuerza legítima, de su derecho y, por tanto, de las constituciones políticas: la constitucionalización de los sistemas funcionales no puede prescindir del medio comunicativo del poder. Sin embargo, este hecho parece parcial y, para los defensores del constitucionalismo centrado en el Estado, da lugar a riesgos de autoindulgencia.

El constitucionalismo centrado en el Estado no “ve”, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, que la relación entre las constituciones políticas y las constituciones civiles es, de hecho, una de mutua dependencia: no unilateral y parasitaria, sino bilateral, casi simbiótica. A pesar de su relativamente mayor autonomía estructural, el poder político también necesita los otros medios comunicativos de la sociedad funcionalmente diferenciada para formalizarse y estabilizarse. Para ser real-

84 G. TEUBNER, “A Constitutional Moment? The Logics of ‘Hit the Bottom’”, en P. F. KJAER, G. TEUBNER y A. FEBBRAJO (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford, pp. 4-42.

mente eficaces, las constituciones políticas necesitan los recursos simbólico-comunicativos derivados de la economía, la ciencia, la religión y otros sistemas funcionales. En realidad, el Estado laico con-temporáneo depende de los recursos simbólicos y comunicativos de los sistemas funcionales como la ciencia, la religión y, sobre todo, la economía.

Ello surge no solo del hecho de que, a principios de la era moderna, la organización del Estado se desarrolló originalmente como un aparato militar-burocrático, instrumental para la extracción de valor económico de los procesos sociales; sino también de la aparente dependencia de los estados constitucionales contemporáneos de los procesos económicos y de la vulnerabilidad de las constituciones políticas, resultante de los procesos desconstitucionalizados de globalización económica. Desde este punto de vista, una vez que se reconoce que la garantía de los derechos sociales —en esencia, los beneficios económicos— por parte del Estado (co)constituye la base de legitimidad de su constitución, no parece posible cuestionar que las constituciones políticas son tan dependientes de la economía y de los intercambios basados en el dinero como las constituciones civiles y económicas lo son del poder político.

2. Constitucionalismo internacional/global

En términos generales, la expresión constitucionalismo internacional (o global) hace referencia a diversas corrientes de pensamiento jurídico que, a diferencia del constitucionalismo centrado en el Estado, no niegan que las constituciones puedan surgir en contextos y sistemas no estatales⁸⁵. Estos autores, pese a la diversidad de posiciones, comparten la idea de que las constituciones no estatales están llamadas a restablecer la unidad de la toma de decisiones políticas, unidad que ha sido socavada a nivel estatal por la diferenciación funcional típica de la modernidad.

Además, sostienen que se están desarrollando nuevas formas de normatividad no estatal o híbrida (derecho global), que no se pueden remontar al derecho internacional clásico (entendido como derecho interestatal), y que además están experimentando un proceso de constitucionalización progresiva. Este proceso se desarrollaría, en primer lugar, en el plano estructural, mediante el establecimiento de normas de *ius cogens*, en principio válidas erga omnes; mediante la difusión de modelos participativos, que se podrían extender también a los actores no estatales; la introducción de jerarquías normativas; el giro de los esquemas de decisión estricta-

85 A. F. JR. LANG y A. WIENER (eds.), *op. cit.*

mente intergubernamentales hacia los mayoritarios; la judicialización; las mayorías cualificadas para la modificación de determinados tratados; así como a través del aumento del papel que tienen las organizaciones internacionales. Este proceso también tendría lugar a nivel funcional, con el progresivo reconocimiento y protección de los derechos; y también con la extensión de la regulación internacional a ámbitos que antes se enmarcaban en el dominio exclusivo de los sistemas nacionales (como la economía, el medio ambiente, la salud y la seguridad).

En este contexto, algunos autores han defendido una especie de neomonismo constitucional, que identifica la Carta de las Naciones Unidas con el núcleo de una constitución global. Otros sostienen que está emergiendo un derecho constitucional global o internacional que, si bien no sustituye al nacional, se sitúa junto a él, desempeñando funciones compensatorias en determinados sectores o ámbitos; funciones que las constituciones nacionales ya no pueden realizar con eficacia⁸⁶. De manera simplificada, puede afirmarse que esta última línea doctrinal amplía, a un nivel global, el modelo del “constitucionalismo multinivel”; modelo que, al menos hasta principios de la década de 2000, se configuraba como paradigma teórico dominante a los efectos de interpretar la integración y la constitucionalización europeas⁸⁷.

Pero incluso estos enfoques parecen ser intentos de *reductio ad unum*, una especie de *unitas multiplex* que vincula a los actores y a los sistemas jurídicos en una intrincada red de relaciones intersistémicas. Esta red —en la que las fuentes de legitimidad del poder son principalmente formales— encuentra, no obstante, en última instancia, su punto de referencia en un tipo de razón procedimental à la Habermas. En este sentido, los defensores del constitucionalismo internacional parecen compartir la creencia de que unas estructuras institucionales adecuadas, con los métodos

86 A. PETERS, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 579-610; J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, cit.; A. PETERS, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 16, 2009, pp. 397-411; M. KUMM, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State”, en J. L. DUNOFF y J. P. TRACHTMANN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 258-324; N. WALKER, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, en R. NICKEL (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond - Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Hart, Oxford, 2009.

87 I. PERNICE, “Multi-Level Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Constitution-Making revisited”, *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703-750; A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

“correctos” y el grado de implicación procedimental de los actores relevantes –adaptados a los modelos occidentales de derecho público liberal–, pueden producir un derecho constitucional sustantivo –o al menos público⁸⁸– legitimado a nivel global; basado, a su vez, en un conjunto de compromisos universales como los principios de legalidad, subsidiariedad, participación, garantía de los derechos.

Esta concepción habermasiana es compartida en sentido amplio por una tercera vertiente, el llamado derecho administrativo global que, sin recurrir (e incluso rechazando explícitamente) la terminología y las aspiraciones constitucionalistas, reúne a juristas de Derecho Público que creen posible trasladar los principios y categorías más generalizables de los distintos derechos administrativos nacionales a la organización y el funcionamiento de las organizaciones internacionales (y, en general, de las formas más recientes de organización global). Los partidarios del derecho administrativo global afirman que no sería un derecho constitucional, sino un derecho administrativo global –en cierta medida ya establecido en la práctica y en los textos de los instrumentos pertinentes del derecho internacional, en las relaciones entre los organismos administrativos nacionales e internacionales– el que cumpliría la función esencial de resolver los conflictos intersistémicos.

Este derecho administrativo global debería codificar ciertos principios de la acción administrativa, como el procedimiento justo, la motivación, la notificación y trámite de alegaciones, la obligación de consulta a los expertos, el principio de proporcionalidad y el respeto de los derechos fundamentales. Incluso las corrientes que insisten en el diálogo judicial y en el desarrollo de la llamada comitología representan una forma particular del derecho administrativo global, en la que los órganos judiciales y parajudiciales se consideran como organismos especializados sin legitimidad democrática directa, vinculados en redes transnacionales.

El CS sostiene que las líneas doctrinales del constitucionalismo internacional y del derecho administrativo global comparten algunas limitaciones fundamentales. En primer lugar, todavía se encuentran excesivamente centrados en los procesos políticos de constitucionalización (es decir, los que se vinculan directa o indirectamente a los actores estatales) que tienen lugar a nivel internacional y transnacional. En segundo lugar, basan sus construcciones principalmente en las nociones formales y procedimentales de legitimidad. En otras palabras, al descuidar la realidad social de la diferenciación funcional a nivel transnacional, se ocupan de los sistemas normativos vinculados más o menos directamente a la producción jurídica estatal, permaneciendo esencialmente ciegos a los sistemas privados o híbridos o, como

88 A. VON BOGDANDY, M. GOLDMANN, I. VENZKE, *op. cit.*

máximo, limitándolos al papel de generadores de impulsos periféricos. Esto se deriva del doble postulado –de algún modo vinculado todavía al modelo de constitucionalismo centrado en el Estado de que: 1) la constitución es (y no puede dejar de ser) sinónimo de unidad; y 2) existe una especie de vacío normativo-constitucional a nivel transnacional, que debe ser completado por el discurso político. De este modo, el constitucionalismo internacional queda atrapado en sus propias aspiraciones normativas: las de responder a los procesos de desconstitucionalización a nivel nacional y a la llamada fragmentación del derecho internacional.

Por el contrario, el CS se basa en un pluralismo radical, y también –y, sobre todo– en los espacios transnacionales. La política es tan solo uno de los sistemas funcionales a nivel global. En este sentido,

“una ‘constitución internacional’ [...] funciona ‘exclusivamente dentro de la política internacional en sentido estricto’, y no equivale a ‘una constitución total para el mundo o las múltiples constituciones. [...] El derecho constitucional internacional no es capaz de lograr lo que los estados de bienestar han conseguido en los estados nacionales, es decir, crear constituciones más allá de la política’. Del mismo modo, en el caso del derecho administrativo global, ‘el procedimiento reglamentario, las reglas de notificación y presentación de comentarios, la obligación de consultar a los expertos, el principio de proporcionalidad, el respeto de los derechos fundamentales etc. – se refieren en última instancia a las constituciones internas de las agencias reguladoras y no pueden funcionar como normas constitucionales en las esferas reguladas”⁸⁹.

No es de extrañar, entonces, que solo en los últimos tiempos algunos exponentes del constitucionalismo global hayan defendido explícitamente su ampliación para abarcar la cuestión social⁹⁰. Por otro lado, el CS sostiene que la fragmentación funcional –de la cual la fragmentación/pluralización del derecho internacional es solo una manifestación⁹¹– no tiene por qué volver a la unidad mediante una (im-

89 G. TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.*, pp. 50-51.

90 A. PETERS, “Global Constitutionalism: The Social Dimension”, en T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS y D. VANOVERBEKE (eds.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 277-350.

91 A. FISCHER-LESCANO y G. TEUBNER, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Law Journal of International Law*, núm. 25, 2004, pp. 999-1045; F. MÉGRET, “International Law as a System of Legal Pluralism”, en P. S. BERMAN (ed.), *op. cit.*, pp. 547-548.

posible) constitución global. Más bien, esta fragmentación tiene que gestionarse y, hasta cierto punto, hacerse inofensiva, por así decirlo, mediante las colisiones mutuas y el desarrollo de diversas formas de interlegalidad⁹². La producción de estas últimas se lleva a cabo no solo entre los ordenamientos de base política (nacionales e internacionales), sino también entre los ordenamientos políticos y funcionales; así como entre todos ellos y el derecho de los sistemas culturales (derechos indígenas y religiosos, sobre todo).

Resulta significativo que, a medida que se ha hecho más evidente la ausencia de jerarquías normativas claras en el sistema multinivel europeo, el CS se ha ido empleando como marco teórico para interpretar la integración de la UE⁹³. Del mismo modo, en años más recientes se puede constatar un cierto grado de convergencia entre las corrientes del constitucionalismo global, por un lado, y el pluralismo jurídico influenciado por el CS, por otro⁹⁴. Por último, como se ha visto anteriormente, el CS trata seriamente la cuestión de la democratización efectiva de las esferas extraestatales (plantada por el constitucionalismo centrado en el Estado); tratando además de ofrecer respuestas sustantivas. Este enfoque sustantivo del problema de la legitimidad democrática de las constituciones civiles distingue aún más al CS del constitucionalismo internacional, especialmente del derecho administrativo global.

3. Constitucionalismo contestatario/material

La expresión constitucionalismo contestatario (o material) se refiere aquí a las posiciones que, aunque con enfoques diferentes, comparten una crítica radical respecto del constitucionalismo liberal-democrático y estatal, generalmente desde la perspectiva de las teorías neomarxistas o neogramscianas⁹⁵. Estas líneas doctrinales ven el constitucionalismo estatal como un instrumento de perpetuación de la hege-

92 Véase más arriba el punto 3.2.

93 P. M. BAQUERO, "European Law from the Perspective of Societal Constitutionalism", *EUI Working Papers*, núm. 10, 2019, disponible en: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/64686>.

94 L. VIELLECHNER, "Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law", *Goettingen Journal of International Law*, núm. 4, 2012, pp. 599-623.

95 B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, cit.; A. NEGRI, "The Law of the Common: Globalization, Property and New Horizons of Liberation", *Finnish Yearbook of International Law*, núm. 21, 2010, pp. 1-25; E. A. CHRISTODOULIDIS, R. DUKES, M. GOLDONI (eds.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Elgar, Cheltenham, 2019.

monía neoliberal y como un obstáculo para el potencial emancipador del constitucionalismo moderno, cada vez más absorbido por formas, procedimientos y construcciones simbólicas producidas y/o controladas por las élites sociales⁹⁶.

Estas corrientes también expresan un gran interés respecto al uso estratégico e instrumental del derecho, con el fin de desafiar las estructuras hegemónicas establecidas como resultado de la globalización. Además, suelen criticar a las distintas corrientes del constitucionalismo global por ignorar las bases materiales de la legitimidad constitucional y la cuestión relativa a la manera en que los ordenamientos jurídicos, en condiciones de pluralismo creciente, moldean las formaciones sociales⁹⁷. Sin embargo, consideran a la globalización como una oportunidad para vincular movimientos que pretenden democratizar todas las esferas sociales. Es evidente que el constitucionalismo contestatario/material tiene varios puntos en común con el CS, especialmente si se enmarcara a este último en la línea de la *critical legal theory*. No obstante, merece la pena mencionar algunas diferencias importantes.

En primer lugar, la crítica de autores como de Sousa Santos —que también se ocupa del trilema regulatorio (véase más arriba 1) del Estado de bienestar⁹⁸— se caracteriza por sus oposiciones binarias, demasiado claras en su exclusión mutua (regulación/emancipación; globalización hegemónica/contra-globalización). En efecto, la emancipación no excluye, sino que requiere la regulación, es decir, la posición del derecho. Si bien las expectativas y reivindicaciones sociales son un punto de partida para establecer procesos de autorreflexión en los sistemas funcionales, estas no pueden crear por sí mismas un derecho válido. En segundo lugar, aunque se reconoce que el derecho desempeña un importante papel estratégico —y de hecho celebra el surgimiento de una pluralidad de órdenes alternativos al del Estado—, de Sousa Santos subestima la autonomía operativa de la dinámica interna del derecho y su universalidad como condición de la posibilidad, más allá de las pretensiones emancipadoras particularistas⁹⁹. Al subestimar la forma en que el

96 Z. OKLOPCIC, *Beyond the People: Social Imaginary and Constituent Imagination*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

97 M. CROCE y M. GOLDONI, "A Sense of Self-Suspicion: Global Legal Pluralism and the Authority of Law", *Ethics & Global Politics* núm. 8, 2016, pp. 1-20; T. KOCHI, "The End of Global Constitutionalism and Rise of Antidemocratic Politics", *Global Society*, núm. 34, vol. 4, 2020, pp. 487-506.

98 B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, cit., pp. 51 y ss.

99 M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 503-504.

derecho “regula la sociedad, regulándose a sí mismo” y, en general, el formalismo jurídico, el constitucionalismo contestatario acaba por socavar su propio objetivo fundamental, a saber, el uso estratégico del derecho para la consecución de la emancipación social.

La obra de otro autor que se remonta al constitucionalismo contestatario, Toni Negri, también encuentra varios puntos de contacto con el CS, ya que propone una noción en cierta medida similar a la del poder constituyente¹⁰⁰. Además, tanto el autor mencionado como el CS han explorado la crisis del derecho positivo del Estado como resultado de los procesos de globalización, así como la crisis de la distinción público/privado, al menos en relación con los Estados. Pero precisamente en este último punto aumenta la distancia entre los dos pensamientos. Negri sostiene que lo privado es una categoría que se debe abandonar, por ser consustancial a las dinámicas de opresión y sometimiento social; y la distinción pública/privada debería ser superada, para ser absorbida por la categoría de lo común. Mientras reproduzcan la distinción pública/privada, las constituciones estarían siempre al servicio de la propiedad privada y de las peores dinámicas derivadas de los procesos capitalistas. Como tales, serían incapaces de liberar (e incluso pueden representar un obstáculo para) las energías constitutivas de la sociedad. En términos más generales, según Negri, el CS subestima la transformación social radical requerida por la abolición de la propiedad privada, ya que

“asume, en realidad, que todos los demás significados de ‘privacidad’ (fuera de la propiedad) son neutrales respecto a lo ‘privado’ de la propiedad –mientras que nosotros creemos que están estrechamente envueltos en ella. [...] no nos parece extraño que lo común pueda construirse a partir de esas virtudes privadas más que por la fuerza de lo público, del Estado (siempre orientado a la protección de la propiedad). Teubner, tal vez, no se da cuenta del punto hasta el cual las condiciones de la propiedad privada, en todos los contextos, ponen en peligro esos juegos de lenguaje que él desea preservar”¹⁰¹.

En efecto, para el CS, la distinción pública/privada no debe ser superada, sino que debe generalizarse y re-especificarse dentro de cada sistema funcional. No se trata de subestimar los efectos que la propiedad privada tiene en el conjunto de la

100 A. NEGRI, *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1999 [1992].

101 A. NEGRI, “The Law of the Common: Globalization, Property and New Horizons of Liberation”, *cit.*, p. 25.

sociedad. Si bien Negri considera que es posible seguir garantizando ciertos ámbitos de libertad y autonomía, eliminando el concepto de privacidad, el CS sostiene que dicha eliminación no garantizaría la autonomía funcional de los distintos sistemas frente a las tendencias colonizadoras recíprocas. En la sociedad contemporánea, la diferenciación funcional no se pierde por el mero hecho de eliminar la propiedad privada, sino que depende de la autonomización de los discursos y racionalidades que permite la globalización.

El riesgo para la sociedad global no se encuentra solo en su economización, sino también en la politización, la cientificación, la informatización y, más generalmente, en todos los fenómenos de corrupción/colonización estructural. Ciertamente, la distinción pública/privada –esto es, la dialéctica entre las esferas organizadas o decisorias y las esferas espontáneas– hace posible la autocontestación y la autosubversión de los sistemas y, en última instancia, sirve para empujarlos al autocontrol. Sin ella, las funciones constitutivas pueden ser posibles, pero no así las limitativas. La “multitud” puede desempeñar su papel constituyente y provocador pero, como tal no funda/constituye realmente los derechos, en especial mientras que su protección quede sujeta solo a la reacción de la propia multitud y no a los procesos operativos autónomos del derecho en un sistema determinado.

Aquí radica otra sutil, pero importante, diferencia. Para Negri, el poder constituyente de la multitud tiene un carácter omnívoro, ya que absorbe toda defensa de lo común y, en última instancia, disuelve en su interior cualquier poder constituido, configurándose como una especie de revolución permanente. Al contrario, para el CS, el ejercicio del *pouvoir constituant* sigue siendo funcional a la posición/subversión permanente del derecho producido por el *pouvoir constitué* y por los diversos “gobiernos privados” de cada sistema. Además, como se ha visto anteriormente, se mantiene viva una distinción entre el *pouvoir constituant* como energía comunicativa permanente dentro de cada sistema y el momento (o los momentos) constitucionales; una distinción que también han pasado por alto otras corrientes del constitucionalismo material¹⁰².

En este punto, es posible vincular el CS con el tema de la justicia. En efecto, existe un vínculo entre la concepción del poder constituyente (o provocador) del CS –entendido este como energía comunicativa que contribuye permanentemente a la autorrenovación de un sistema y de su derecho–, con la concepción de (in)justicia: el “parásito necesario” de todo sistema jurídico, que fuerza

102 M. GOLDONI y M. A. WILKINSON, “The Material Constitution”, *Modern Law Review*, núm. 81, vol. 4, 2018, pp. 567-597, p. 588.

continuamente errores y rupturas en las cadenas de los actos jurídicos. El CS no rechaza, sino que se inspira en

“lo que Ernst Bloch llamaba el ‘*not yet*’ de la justicia, o lo que Jacques Derrida llamaba la ‘imposibilidad’ de una justicia ‘*yet to come*’ [e] “implica (...) una idea de lucha por la democratización, reorganización y transformación de las actuales instituciones constitucionales regionales y transnacionales, y la creación de nuevas intuiciones constitucionales democráticas junto a ellas”¹⁰³.

El poder constituyente y la justicia están, por tanto, íntimamente conectados y se encuentran en el núcleo de los procesos de subversión, a través de los cuales el derecho trasciende y vuelve a sí mismo, influyendo en la sociedad sin dejar de ser distinto de esta¹⁰⁴.

Resumen

Este trabajo ofrece un esquema y una sistematización exhaustivos del constitucionalismo social (CS); siendo este uno de los principales marcos metodológicos de la teoría del Derecho contemporánea, empleado para analizar la aparición de fenómenos constitucionales, especialmente más allá de los ordenamientos jurídicos estatales. Después de una introducción (sección 1), la segunda sección explica la rama analítica del CS, que, por un lado, de-construye algunos principios del constitucionalismo tradicional centrado en el Estado (2.1); y, por otro, identifica las funciones, arenas, procesos y estructuras necesarios para que un sistema sea constitucionalizado (2.2.). La tercera sección se ocupa de la rama normativo-prescriptiva del CS, señalando algunas propuestas de política normativa dirigidas, en particular, al aumento de las capacidades de autolimitación de los sistemas sociales (3.1); así como al desarrollo de un nuevo derecho de colisiones intersistémicas (3.2). Por último, la cuarta sección aborda algunos enfoques alternativos y críticas al CS, haciendo hincapié en las que provienen de los defensores del constitucionalismo centrado en el Estado (4.1); del constitucionalismo internacional/global (4.2); y del constitucionalismo contestatario o material (4.3).

Palabras clave

Pluralismo jurídico, constitucionalismo sociológico, derecho global, teoría de los sistemas, democracia más allá del Estado.

103 T. KOCHI, *op. cit.*, p. 503.

104 G. TEUBNER, “Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?”, *cit.*

Abstract

The entry provides a comprehensive outline and systematisation of societal constitutionalism (SC), one of the main frameworks in contemporary legal theory to analyse the emergence of constitutional phenomena, especially beyond state legal orders. After an introduction in section 1, section 2 explains SC's analytical limb, which on the one hand de-constructs some tenets of traditional state-centred constitutionalism (2.1); and on the other hand individuates the functions, arenas, processes, and structures for a system to be constitutionalised (2.2). Section 3 turns to SC's normative limb, pointing to some legal policy proposals, aimed in particular at the increase of social systems' capacities of self-limitation (3.1); and at the development of a new law of inter-systemic collisions (3.2). Section 4 finally addresses some competing approaches and criticisms, especially those coming from the proponents of state-centred constitutionalism (4.1); of internation-allglobal constitutionalism (4.2); and of contestatory/material constitutionalism (4.3).

Keywords

Legal pluralism, sociological constitutionalism, global law, systems theory, democracy beyond the state.

Recibido: 24 de mayo de 2021

Aceptado: 7 de junio de 2021



Perfiles/Noticias



HOMENAJE A PAOLO RIDOLA

Tribute to Paolo Ridola

PETER HÄBERLE

Catedrático Emérito. Universidad de Bayreuth (Alemania)

SUMARIO

- I. Paolo Ridola como ser humano.
- II. Paolo Ridola como constitucionalista italiano y europeo.

Hoy saludamos y honramos a un estudioso, merecedor de gran consideración en toda Europa, especialmente en Alemania, España y Grecia. Hablaré del amigo Paolo Ridola (primera parte) y luego daré algunas ideas sobre su trabajo (segunda parte).

I. PAOLO RIDOLA COMO SER HUMANO

Lo vemos delante y en ese instante surge nuestra propia imagen de él. Desde hace años, en broma le digo que parece un senador romano (obviamente, ligado a la República romana clásica). Paolo Ridola nos impresiona por su profunda formación, su humanidad y su lealtad para los amigos y la familia. Es un genio de la amistad y la lealtad. Es una figura sólida en nuestro círculo, compuesto por F. Balaguer, F. Lanchester, su maestro A. Cervati, y también A. Datena, A. Pace y J. Luther. Me maravilló la lealtad para con sus padres, que tuve la oportunidad de conocer, lealtad que mantiene con su familia más estrecha, su esposa Marina y su querido hijo Lorenzo.

La amistad, también en la ciencia, es la mayor fortuna. Los clásicos como Aristóteles o Montaigne elogian la amistad. Y la amistad es aún más necesaria en la “República de los sabios”, más aún hoy a la luz de las múltiples crisis que aquejan a Europa y al mundo. Paolo Ridola se manifiesta como un constructor de puentes. No en vano tuvo una estrecha relación con el inolvidable D. Tsatsos en Grecia. Gracias a Tsatsos conocí a nuestro homenajeado a mitad de los ochenta en Hagen (Paolo, entonces, enseñaba en Teramo). Y también ha llegado a construir puentes con Latinoamérica, especialmente con Brasil (por ejemplo, con G. Mendes e I. Sarlet).

Nuestro homenajeado ama la buena literatura, en especial Goethe y Leopardi, y cultiva su amor a la música (por ejemplo, con el “eterno” Bach o el “divino” Mozart, pero también Verdi y Puccini). A menudo hemos escuchado conciertos juntos en Roma. También es importante para él la belleza de la naturaleza. Son para mí inolvidables nuestros paseos en la Villa Adriana o en Bayreuth. Muchas de sus actividades académicas lo han llevado a Berlín, Hagen o Düsseldorf. En virtud de sus intereses e inclinación hacia la cultura alemana, pertenece al círculo de personas, que al revés de lo habitual, sueña con Alemania y no con Italia. A diferencia, por tanto, de tres de los grandes espíritus que añoraron Italia: Goethe, el primero; Fanny Mendelssohn, la hermana de Felix; y, tal y como he sabido recientemente, Sigmund Freud.

Una mención especial merece el talento pedagógico de Ridola. Lo hemos conocido en sus clases y en múltiples congresos, pero lo vemos sobre todo en sus discípulos. La relación maestro/discípulo es una de las mayores fortunas, sobre todo para los maestros que van envejeciendo. Paolo Ridola es un pedagogo cuidadoso, que se toma todo el tiempo del mundo para sus discípulos, mostrando su pedagogía con una “suave dirección”.

También es muestra de la personalidad y humanidad de Paolo Ridola su cuidadoso comportamiento en el claustro, acreditado durante su tiempo como Decano en Roma, o su pertenencia a la presidencia de la asociación italiana de constitucionalista, la SIPE o en el trabajo de redacción de la revista RISG. Dicho brevemente: Paolo Ridola tiene todas las condiciones para una “vida de éxito”.

II. PAOLO RIDOLA COMO CONSTITUCIONALISTA ITALIANO Y EUROPEO

Seguro que sus discípulos pueden valorar esta perspectiva mucho mejor que yo. No obstante, querría decir unas palabras. Nuestro homenajeado se ha expresado en todos los géneros científicos: desde los comentarios a las monografías, pasando por los homenajes, artículos o manuales. En sentido sustantivo ha cultivado tanto la historia constitucional como la comparación jurídica en el tiempo o en el espacio, que atendería a las dos dimensiones de tiempo y espacio. Él logra trabajar con esas dos dimensiones como ninguno. Pienso en sus monografías, por ejemplo, su tesis “Democrazia pluralistica e libertà associative”, trabajo inicial de gran valor (1987) y, en última instancia, como cúspide provisional, su compilación “Esperienza Costituzione Storia. Pagine di storia costituzionale”, 2019. Siempre me sorprende con su estupendo conocimiento de la bibliografía y jurisprudencia de otros países europeos y, sin duda, de los clásicos de Weimar. Paolo Ridola es un

científico que representa a la “Italia europea” y de este modo es inmejorable embajador de su tierra.

En Roma a 8 de noviembre de 2019.

Resumen

El autor realiza un breve homenaje al constitucionalista italiano Paolo Ridola.

Palabras clave

Paolo Ridola, Derecho constitucional.

Abstract

The author pays a brief tribute to the Italian constitutionalist Paolo Ridola.

Keywords

Paolo Ridola, Constitutional law.



SEMBLANZA DE PAOLO RIDOLA

Profile of Paolo Ridola

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional. Catedrático
Jean Monnet “ad personam”. Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I.
- II.
- III.
- IV.

I

Hace unos meses se publicaron, en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, dirigida por Mario Caravale, las Actas de la “*Giornata di studio in onore di Paolo Ridola*” que se celebró en Roma a finales de 2019. Una parte importante de la doctrina jurídica italiana participó en este Homenaje al último Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad “La Sapienza” de Roma, hasta su reciente jubilación. Las intervenciones, como no podía ser de otro modo, combinaron una gran altura científica junto con una gran emotividad. Varias generaciones de juristas integraron las diversas sesiones, en una ordenación modélica que da cuenta de lo “estructurada” que sigue siendo la academia italiana. Maestros y discípulos festejaron, a través de la exposición rigurosa de temáticas relacionadas con la obra de Paolo Ridola, su dimensión intelectual y su aportación a la ciencia del derecho. Desde las cuestiones relativas al método (comparación e historia constitucional), libertades y derechos fundamentales, representación, instituciones y partidos, hasta Europa y el futuro del constitucionalismo. Un aplauso final de todos los participantes puestos en pie y una foto con sus discípulos italianos son testimonio gráfico de esa Jornada y serán objeto de publicación, junto con el Programa de la Jornada, en la segunda edición, que en la Fundación Peter Häberle estamos preparando, del libro “Peter Häberle. En Portrait”.

Como en todas las personas que han tenido una fructífera vida académica y personal, también la de Paolo Ridola se alimenta de fuentes distintas y se

proyecta sobre ámbitos diferentes. Sin duda, en la Jornada de Roma y en la publicación de las actas en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche* está la esencia, como jurista y como persona, de Paolo Ridola. Las claves fundamentales que permiten explicar una vida estaban allí en los rostros de quienes participaron en la Jornada y en el público (su mujer, Marina, su hijo Lorenzo) así como en las intervenciones de los ponentes. La importancia de la comunidad häberliana estaba también presente a través de las palabras que le dedicara nuestro común maestro, Peter Häberle. En mi caso, me correspondía dar cuenta, como ahora hago en este texto, de una de esas facetas de Paolo Ridola, destinadas a completar una imagen íntegra. Me refero a su relación con Granada, donde Paolo tiene grandes amigos, comenzando por Gregorio Cámara y por mí mismo, y también discípulos.

II

Hace algunos años (en diciembre de 2015) le dedicamos también en Granada un Congreso, con participación del grupo de investigadores jóvenes vinculado a nuestro Departamento, muchos de ellos discípulos italianos o granadinos de Paolo. Las Actas de ese Congreso se publicaron en un libro igualmente dedicado a Paolo Ridola: *The Reform of the European Union Economic Governance and the Progress of Political Integration/La reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y el progreso de la integración política*, edited by Francisco Balaguer Callejón, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017. En mi Presentación decía que “al dedicarle este libro a Paolo Ridola no hacemos otra cosa que devolverle en muy pequeña medida algo de lo que él nos ha dado, como maestro de varias generaciones de constitucionalistas, pero también como modelo de persona afable, de amigo entrañable y de intelectual que ha compartido nuestras preocupaciones e inquietudes, en estos tiempos tan difíciles para el constitucionalismo”.

En Paolo Ridola concurre una formación académica extraordinaria que no se limita a una doctrina italiana que ya de por sí proporciona a cualquier iuspublicista los elementos fundamentales que necesita para desarrollar su trabajo. La solidez de la doctrina italiana se conjuga con otras fuentes de alcance europeo, muy especialmente la alemana. Su relación con Alemania ha sido muy importante en su trayectoria académica y también el magisterio de Peter Häberle, quien siempre se ha referido a Paolo Ridola como su primer discípulo de fuera de Alemania. En un ámbito científico en el que la orientación hacia la teoría del Derecho es cada vez más débil, por mo-

tivos que tienen que ver con las transformaciones de nuestro tiempo, el pensamiento de Paolo Ridola destaca por su sólido anclaje en la historia de las ideas políticas y en el derecho comparado, desde donde se proyecta al análisis de los problemas constitucionales de una manera fecunda. Sus textos tienen una configuración ya clásica en la forma en que se diseñan, y adquieren, desde el momento en que se publican, una dimensión teórica que no se ve afectada por el transcurso del tiempo. Hay que volver a ellos con frecuencia para encontrar matices y líneas de desarrollo inspiradoras.

III

Más allá de su dimensión académica personal Paolo Ridola ha sido también, desde hace muchos años, un maestro para varias generaciones de constitucionalistas que se han formado con él y que han realizado aportaciones relevantes al derecho constitucional y al derecho comparado. Algunos de ellos, como es el caso de Miguel Azpitarte o de Juan Francisco Sánchez Barrilao, se formaron con él en Roma, cuando era Director del servicio de estudios de la Corte Constitucional italiana. Otros, como Augusto Aguilar, en la Universidad de La Sapienza. Algunos de sus discípulos, como Andrea de Petris o Andrea Romano, vinieron a Granada hace ya años, para realizar estancias de investigación con nosotros. Comenzó así una línea de colaboración internacional que se manifestaría en un gran número de Tesis doctorales dirigidas en cotutela, la primera de ellas la de Angelo Schillaci, que abrió todo un ciclo con la Facultad de Derecho de la Sapienza, ampliado después a las Facultades de Economía y Ciencias políticas y a otras universidades italianas: la entonces Segunda Universidad de Nápoles, la Universidad Parthenope de Nápoles, la Universidad de La Calabria, la Universidad de Bari, la Universidad de Ferrara, la Universidad Bicocca de Milán y la Universidad estatal de Milán. A ellas se unieron después universidades de otros países, como la Universidad de Lisboa, la Universidad de Brasilia o la Pontificia Universidad Católica de Río Grande del Sur.

Además de Paolo Ridola, han participado en esta extraordinaria experiencia académica de codirección de Tesis Doctorales otros profesores italianos: Fulco Lancaster, Roberto Miccù, Lorenzo Chieffi, Francesco Gabriele, Marco Benvenuti, Donatella Loprieno, Claudio De Fiores, Roberto Bin, Anna Papa, Filippo Scuto, Claudio Martinelli y Giulia Caravale. También portugueses: Vasco Pereira da Silva, y brasileños: Gilmar Ferreira Mendes, Alexandre Veronese Aguiar e Ingo Wolfgang Sarlet. La aportación que todos ellos han supuesto en el plano científico y en el personal para nuestro grupo de investigación ha sido inmensa. Lo mismo puede decirse de las personas que se han formado o se están formando en Granada procedentes de

otros países, ya sea a través de Tesis en cotutela ya sea cursando nuestros Programas de Doctorado y realizando la Tesis en Granada: Angelo Schillaci, Mariana Rodrigues Canotilho, Hugo César Araújo de Gusmão, Valentina Faggiani, Fausto Vecchio, Luis Eduardo Anesclar, Arianna Cascelli, Greta Massa Gallerano, Cláudia Perotto Biagi, Marina Salvetti, Vincenzo Carollo, Tommaso Poli, Denada Rrushi, Kaiana Coralina do Monte Vilar, Marta Capesciotti, Giacomo Palombino, Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, Daniel Camoni, Andrei Ferreira Fredes, Alessio Martino, Diego Fernandes Guimarães y Rosa Iannaccone.

IV

Más allá de la dimensión de Paolo Ridola como “jurista europeo”, en los términos de Peter Häberle, o como maestro de sucesivas generaciones de constitucionalistas y comparatistas, está también su forma de ser como persona, que merece un relieve especial en esta semblanza. Hace algunos años, en uno de los Congresos de Bruselas organizados en el marco de las acciones Jean Monnet, me preguntaba una profesora romana (aunque en servicio en la Universidad de Cagliari), Silvia Nicolai, acerca de las personas que conocía en Roma. La relación fue muy extensa, lo que es normal porque en Roma tengo a muchos de mis mejores amigos. Para su sorpresa, no mencioné a Paolo Ridola, lo que motivó que me preguntara: ¿Y Paolo Ridola? La explicación era bastante natural: a pesar de que Paolo es, sin duda, el prototipo del Profesor italiano y romano, yo lo hacía ya más entre mis amigos de Granada, como me pasa también con Antonio D’Atena, otro paradigma de profesor italiano y romano. La persona era más importante que la ciudad y eso, dicho de una ciudad como Roma, que tan importante ha sido en mi vida, quizás permita comprender la relevancia que Paolo Ridola tiene para mí y para sus amigos de Granada.

La elegancia, la finura en el trato, la profundidad de su análisis y de su conversación, y la amabilidad de Paolo Ridola, son bien conocidas por todas las personas que hemos tenido la fortuna de compartir su amistad. En el caso de Granada, Gregorio Cámara, José Antonio Montilla, José María Porras, Ricardo Martín Morales, Enrique Guillén, Concepción Pérez Villalobos, Baldomero Oliver, Adoración Galera y todos sus discípulos que antes hemos mencionado, hemos tenido el privilegio de poder contar con Paolo en muchos de los congresos y seminarios que organizamos en Granada, así como en el Máster de Derecho Constitucional Europeo en el que ha impartido docencia como Profesor Visitante. Un Máster en el que se formaron muchos de los Doctores de nuestro Departamento junto con alumnos de cuatro continentes y de alrededor de 30 nacionalidades distintas. A esa capacidad de con-

vocatoria contribuyó, sin duda, la presencia entre su profesorado de académicos tan relevantes como Paolo Ridola.

No hace falta decir que su jubilación formal no llegará nunca a Granada, donde seguirá siendo “Professore a vita”, para fortuna de las futuras generaciones de comparatistas y de constitucionalistas.

Resumen

El autor realiza un breve homenaje al constitucionalista italiano Paolo Ridola.

Palabras clave

Paolo Ridola, Derecho constitucional.

Abstract

The author pays a brief tribute to the Italian constitutionalist Paolo Ridola.

Keywords

Paolo Ridola, Constitutional law.

Recibido: 30 de junio de 2021

Aceptado: 8 de julio de 2021



Textos clásicos



FUNCIÓN^{1*}

Function

FRANCO MODUGNO

*Profesor emérito de Derecho constitucional, La Sapienza,
Università di Roma. Magistrado de la Corte Costituzionale*

SUMARIO:

- I. Las acepciones del término.
- II. El significado lógicamente propio del término.
- III. Significados improprios y consideración atomística de los elementos del significado más propio y más inclusivo.
- IV. Análisis sintético del texto de la Constitución italiana.
- V. La función en el Derecho privado y en el Derecho público.
- VI. La función pública frente al servicio público.
- VII. Fuentes.
- VIII. Literatura.

I. LAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO²

El término función, derivado del término latino *functio*, indica, en primer lugar, el cumplimiento de un deber, de una tarea, de una obligación. Pero, relacionado muy a menudo en su origen, en especial la forma verbal más usada *fungi*, con los vocablos *munus* y *officium* (por ejemplo: *senatoria munera fungi*: Suet.; *officiis iustitiae fungi*, Cic.), los cuales denotaban, mediante sentidos equiparados (por ejemplo: *omnia exsequi regis officia et munera*: Cic.), o diferentes (como en *officii atque omnino vitae munus*: Cic.) o mediante endíadis (por ejemplo: *quantum vacabit a publico officio et munere*: Cic.), además del simple deber, obligación o tarea (por ejemplo:

* Traducido del italiano por Luis Fernando Martínez Quevedo.

1 Publicado inicialmente en Enciclopedia del Diritto, Vol. XVIII (Foro —. Giudizio), Giuffrè Editore, Varese, 1969, págs. 301.

2 Falta un estudio sobre las acepciones actuales del término. Un lúcido ensayo sobre el modo de emprenderlo se encuentra en M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo III*, I, Milano, 1967, pp. 7-10. V. también las revisiones de significados de MIELE, “Funzione pubblica”, en *Nss. D. I.*, VII, 1961, 686, § 1 y de Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, pp. 227 y ss.

munus principum est resistere levitati multitudinis: Cic.), y la carga, el servicio, el oficio (como en *officia civilia*, Suet.; *consulare munus sustinere*, Cic.), pasó a significar el cumplimiento o el ejercicio de deberes de relativa permanencia (por ejemplo: *honoribus et rei publicae muneribus perfunctus senex*: Cic.), o incluso, estos mismos deberes prefigurados en su propia objetividad y, aunque relativa, estabilidad (las *functiones publicae* del Codex)³. La actividad necesaria para el cumplimiento o para el ejercicio de estos deberes fue, por tanto, denominada función: término también utilizado habitualmente, en una innegablemente tautológica transposición actual para designar la actividad propia de un *munus* o de un *officium*⁴.

Así pues, el significado primario de función está necesariamente unido con el cargo, es decir, con la prefiguración abstracta de la competencia para el desarrollo de una determinada actividad⁵. De esto deriva que lo que importa en esta definición no es ya el sujeto, persona física o jurídica, titular del cargo, que desarrolla una determinada actividad, sino la relación de tal actividad con el cargo en sí, independientemente del titular de este último, que puede ser Ticio, Cayo o Sempronio.

El uso del término función para indicar la sustituibilidad de un sujeto por otro, o de un objeto por otro, para una determinada finalidad, se encuentra ya, también en este segundo contexto, en Derecho romano, en cuanto se definen las cosas fungibles como “*res quae functionem recipiunt*”, para señalar precisamente su recíproca y respectiva indiferencia para asumir una única función. Así, lo que importa es la

3 Sobre el *officium* en Derecho romano, *cf.* CANCELI, “Saggio sul concetto di ‘officium’ in diritto romano”, en *RISG.*, 1957-1958, pp. 351 y ss.

4 *Cfr.* M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I-II, 1965, 146 (a propósito del *munus*), p. 149 (a propósito del *officium*). Sobre la noción de cargo en sentido objetivo, véase M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, pp. 130 y 22.; *Id.*, *Lezioni di diritto amministrativo* (año 1959-1960), Roma, 1961, § 36; *Id.*, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I-II, 1965, pp. 148 y ss. *Cfr.* También PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 26 y ss., 73 y ss.; NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato* I, Milano, 1962, 63. Pero, véase ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932, pp. 26 y ss.

5 Sobre la necesidad de la vinculación de la función con el cargo, afirmada por PUGLIATTI, *op. cit.*, 23, pp. 73 y ss., *cf.* también GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo* I, Bologna, 1953, pp. 46 y ss.; *Id.*, “Competenza in materia amministrativa”, en *Enciclopedia*, VIII, pp. 34 y ss.; *Id.*, *Teoria giuridica della pubblica amministrazione. Nozioni introduttive*, Padova, 1964, pp. 94 y ss.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 290-291 nt. 73, 404 nt. y para una indagación ejemplificativa con referencia al Derecho procesal, de la navegación y sobre la actividad administrativa de las sociedades del capital, VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Roma, 1967, pp. 105 y ss. (y allí extensa información).

finalidad de la cosa, o el propósito que esta está destinada a satisfacer. Asimismo, en lo relativo a la actividad (de los sujetos titulares) de un cargo, lo que importa es, en primer lugar, el fin o el propósito de la actividad misma, de manera que el término función asume propiamente el significado de *deputatio ad finem*.

En cambio, si observamos cómo la conexión de la actividad con el cargo no debe afectar necesariamente al propósito de la actividad en sí, el cual se asume como finalidad del cargo, pero que puede atañer también al contenido o al objeto de la actividad como elementos determinantes del deber del cargo, parece evidente cómo los significados originarios de la función, en cuanto actividad del cargo (función-cargo) -aunque se desvinculen de la unión con aquel- resultan ser principalmente dos, precisamente aquellos acertadamente denominados como función-deber y función-objetivo. El intercambio, bastante frecuente, entre estas dos acepciones del término no se justifica solo por la conocida motivación lógica, según la cual el contenido y el objeto de un actividad, considerados unitariamente, determinan el fin natural (por llamarlo así), al cual dicha actividad está dirigida, sino también y sobre todo por el hecho de que en la actividad, considerada en su continuidad y globalidad -considerando precisamente la actividad como tal, en tanto que unida con el cargo, y no como la suma de los actos individuales en los que se descompone-, ninguna expresión o determinación particular puede considerarse más allá de un momento del propósito general o de la finalidad de la propia actividad, de modo que esta última, posteriormente, no puede caracterizarse por el contenido o por el objeto, independientemente del fin que en tal contenido o por tal objeto aquella pretenda alcanzar. Dicho de otro modo, la consideración de la actividad como función, es decir, la relevancia de aquella en su continuidad y globalidad, desde el punto de vista de la idoneidad de los medios escogidos para la consecución del fin, no solo implica la relevancia de sus manifestaciones particulares (actos, no actos, comportamientos), sino, muy a menudo, también de lo que hay detrás de dichas manifestaciones (motivos, razones, causas) y, a veces, incluso de los resultados obtenidos⁶.

6 Sobre la función como actividad relevante globalmente bajo el perfil de la actitud de los medios escogidos para la consecución del fin *cf.* BENVENUTI, “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 y ss., especialmente la 123; GIANNINI, *op. ult. cit.*, I-II, p. 84; III, I, § 83. *Cfr.* también, para el contorno (de la unicidad) del objetivo para la coordinación y la unificación de los actos en la actividad, AULETTA, “Attività (diritto privato)”, en *Enciclopedia III*, p. 982, y para las nociones de actividad como agrupamiento de actos jurídicamente relevantes en su conjunto, ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 102 y ss.; *Id.*, *Corso di diritto commerciale. Introduzione alla teoria dell'impresa*, Milano, 1962, pp. 147 y ss.

II. EL SIGNIFICADO LÓGICAMENTE PROPIO DEL TÉRMINO

El sentido de este discurso es, entonces, que los significados mencionados del término requieren uno más propio y más inclusivo que recoja todas las acepciones y que parece ser, precisamente, el último descrito, según el cual es función la actividad relevante como tal, en su continuidad y globalidad y no únicamente en sus manifestaciones y determinaciones particulares.

Más concretamente, se puede decir que una función, para ser tal, debe también considerarse, al mismo tiempo, como función-cargo, como función-deber y como función-objetivo e, inversamente, que una denominada función, según los tipos específicos que ahora se indican, para ser función en sentido propio, debe presentar también otras características: si es actividad de un cargo (función-cargo) debe, para poder ser relevante globalmente, estar dirigida hacia un objetivo determinado, asumiendo un cierto contenido, en relación a una determinada materia o a un determinado objeto o, mejor dicho, en el caso de una actividad de objeto libre (piénsese en la función legislativa) en relación a la materia o a los objetos elegidos en cada momento⁷; si es una actividad dirigida a un fin (función-objetivo) debe siempre, para poder ser relevante globalmente, ser asimismo la actividad de un cargo con un determinado contenido y conectar con un determinado objeto; si, finalmente, se trata de una actividad de un cierto tipo, circunscrita, en principio o caso a caso, a un determinado ámbito o a una determinada materia (función-deber) debe tender también hacia un objetivo determinado y ser propia de un cargo o grupo de cargos, para poder asumir la necesaria relevancia global. De este modo la noción misma de relevancia continua o global se descompone en nociones individuales de la relevancia del contenido, del objeto, del objetivo y del cargo, con finalidad de caracterizar la actividad como función.

En particular, es necesario decir que la imprescindibilidad del cargo, para que exista la relevancia global de la actividad, esto es, de la función, se deduce, por un lado, de la consideración de la noción de relevancia, que no es nunca absoluta, sino siempre relativa, que implica la presencia de una determinada figura subjetiva en relación con la cual la actividad de otra figura sea globalmente relevante y, por otro lado, de la consideración de que esta figura subjetiva no puede más que resolverse en la preconstitución de una competencia para una determinada actividad con un fin objetivamente determinado⁸.

7 Sobre el contenido y el objeto de la función como aspectos de la noción de materia, véase AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, pp. 30 y ss.

8 Para la relatividad (y subjetividad) de la noción de relevancia de la actividad, véase GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, p. 6.

En efecto, si la función es una actividad globalmente relevante, predeterminada en el contenido y en el objetivo, y que tiene como núcleo un determinado objeto, aunque a veces libremente escogido, por un lado ningún momento o manifestación particular de la misma puede escapar a esta determinación y, por otro lado, el contenido, el objeto y el objetivo de la actividad no pueden nunca ser -o es irrelevante que sean- el fruto de una elección o resolución individual o que, en todo caso, no esté objetivamente configurada con carácter previo. De esto se desprende que la situación subjetiva que alcanza o que puede alcanzar la función-cargo es el poder entendido como potestad, es decir, en el sentido de una situación de poder que tiene por fin la realización de intereses ajenos y objetivos. Y, como consecuencia, el intercambio, a menudo, entre la actividad y la situación subjetiva que la alcanza, en el sentido de caracterizar y de denominar como función las situaciones de poder o de potestad⁹.

Tendremos así una nueva acepción del término, entendido como función-poder o función-potestad. En efecto, es significativo observar cómo el poder o la potestad, entendidos como una entre las situaciones subjetivas y caracterizados de una manera determinada, no solo pueden alcanzar la función-cargo, sino también cómo, incluso siendo variado el significado que comúnmente se le atribuye al término poder, este último es a menudo vinculable a la función y le corresponde de un modo particular. De este modo, entendido el poder o la potestad como “una posición subjetiva, de hecho la posición fundamental del ente público, caracterizada por la autoridad”¹⁰, aquel alcanza o -mejor dicho- precede a la propia función pública, en sentido general, como aquella frente a cuyo ejercicio decaen todos los derechos e intereses de los particulares y de los entes que se encuentran en una posición de sujeción; o bien, entendido el poder “como un conjunto de órganos que ejercen institucionalmente una función con sus correlativas potestades”¹¹, salta a la vista inmediatamente la necesaria correlación entre el poder como complejo orgánico y la función que modernamente lo caracteriza¹². La razón de tal correlación entre poder

9 Para las nociones de potestad o de poder, como posición subjetiva y como situación subjetiva (sobre la cual, véase particularmente NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 59 y ss.), se ha seguido la síntesis de GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, § 94, donde se da cuenta sucintamente de los diversos modos en los cuales se han entendido estos términos, tanto en Derecho privado como en Derecho público. *Cfr.* también VENCHI, *op. cit.*, pp. 123 y ss., para otras referencias y otras posiciones doctrinales.

10 GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 63.

11 GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 64.

12 Sobre el significado de poder o de potestad como posición fundamental del ente público caracterizada por la “autoridad”, con el tiempo se ha comenzado a designar con el mismo término al gru-

y función radica en la objetividad, la ajenidad y, a veces, la generalidad o publicidad de los intereses que subyacen, ya sea a la consideración o el empleo de cualquier posición o situación subjetiva, ya sea el desarrollo de una actividad determinada, la cual asume así, como ya se ha dicho, una relevancia jurídica global¹³.

El significado propio y más amplio del término función consiste entonces en indicar una actividad globalmente relevante: ello significa una actividad atribuida a un *munus*, a un *officium*, a un ente, público o privado, prefigurada en cuanto al contenido y en cuanto al objetivo, relacionada a un determinado efecto, aunque sea escogida libremente, y articulada en una potestad.

III. SIGNIFICADOS IMPROPIOS Y CONSIDERACIÓN ATOMÍSTICA DE LOS ELEMENTOS DEL SIGNIFICADO MÁS PROPIO Y MÁS INCLUSIVO

Además de los significados ya mencionados, el término función es susceptible de recibir otros que, sin embargo, resultan de menor valor o incluso impropios para la ciencia jurídica.

El fenómeno de la plurivocidad del término puede relacionarse con la variedad general de su uso y, a su suerte actual, definido y utilizado como está por numerosas ciencias y el lenguaje común. Pero es, ciertamente, en el lenguaje jurídico donde proyecta la más amplia gama de significados.

po de órganos del Estado al que se le atribuye tal potestad o función. Sobre la caracterización moderna de los poderes como complejos orgánicos de parte de las funciones (que implica la búsqueda sobre su naturaleza objetiva o natural) el capítulo completo dedicado en G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3, Aufl., Bud Homburg v. d. Hohe, Berlin, Zürich, 1966, pp. 595 y ss. respecto a las funciones estatales. La detección de la falta de coincidencia de la función entendida en sentido objetivo o material con la función entendida en sentido subjetivo o formal, que debería haber descendido de esta, justificado con la consideración genérica acerca de la correspondencia no perfecta entre la teoría y la práctica, dio lugar a la teoría de esta *Hauptfunktion* o función prevalentemente ejercida por el poder que resultaba caracterizado (*cf.* a propósito LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, 8, Aufl., Tübingen, 1928, p. 12). Pero la insuficiencia de una teoría similar para la determinación de la estructura organizativa del Estado parece hoy definitivamente asumida: *cf.* GIANNINI, *Lezioni*, 1961, *cit.*, pp. 57 y ss.

13 La definición objetiva de las funciones (públicas) como “las potestades que son ejercidas, no en interés propio, o al menos propio exclusivamente, sino por un interés ajeno o por un interés objetivo”, sobresale en S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, pp. 142 y ss.; *Id.*, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2.^a Ed., Milano, 1947, III. Esta constituye también el punto de partida en la indagación de MIELE [“Pubblica funzione e servizio pubblico”, en *Arch. giur.*, 1933, pp. 191 y ss.]; *Id.* *Funzione*, *cit.* §1 y 2).

Por el contrario, se podría decir que los significados impropios del término marcan todos un momento, un elemento o un presupuesto de una de entre aquellas que hemos considerado como acepciones propias, de modo que, entre ellas, también lo hace respecto de la acepción más inclusiva desde el punto de vista lógico. Lo mismo podemos decir respecto del significado absolutamente genérico de atribución (o de competencia), resultando evidente que no es concebible una función que no esté atribuida, relacionada, o dicho de un modo más exacto, adscrita a un sujeto o a un órgano. El empleo impropio del término función para indicar las atribuciones (o las competencias) expresa, por tanto, solo que la atribución (o la competencia) es un momento o un elemento necesario de la noción, ya mencionada, de función-cargo¹⁴.

Por otro lado, también las acepciones propias, fuera del contexto más amplio desde el punto de vista lógico, del cual se ha hablado (v. *supra* § 2), terminan por identificar un aspecto únicamente parcial e incompleto de la noción global, si no se mueven en un terreno más amplio y genérico que el de la relevancia global de la actividad.

Es este último el caso de la función-objetivo, la cual, quizás por el uso transversal que ha recibido en algunas ciencias y en la práctica, ha terminado por emplearse en el lenguaje jurídico como referencia a los institutos positivos, además de a la actividad, como lo demuestra nuestra Constitución, cuando habla, en el art. 42 de la función social de la propiedad privada.

Este uso, sin embargo, aunque en consonancia con las orientaciones de otras ciencias¹⁵, no parece ser muy significativo en el Derecho, siendo evidente que el objetivo de una institución es relevante de manera autónoma solo en el momento del desarrollo o de la valoración de la actividad vinculada a la consecución de dicho objetivo. Así, en la hipótesis mencionada, la función social de la propiedad privada

14 El contorno sobre la impropiedad o la escasa utilidad para el derecho de considerar como función la atribución o la competencia se encuentra en MIELE, *op. ult. cit.*, § 1, y en GIANNINI, *Corso, cit.*, III, I, pp. 9-10.

También es cierto que la atribución de competencia determina los límites internos del poder de los cuales se inviste el cargo. Para la consideración según la cual con la atribución de competencia está determinada también la competencia material (*sachliche Kompetenz*), para lo cual también la conformidad negativa material (del acto administrativo a la ley), tiene en cuenta “*ein funktionales positives Moment*”, *cfr.* WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, Munich y Berlín, 1965, p. 140.

15 La concepción de la función-objetivo en referencia no a la actividad, sino a la institución positiva o casos normativos abstractos, se encuentra en GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, p. 8 y ss., que la conecta al empleo adaptado que el término ha recibido en distintas ciencias (fisiología, arquitectura, lingüística, etc.).

y su accesibilidad general constituyen el objetivo al cual está vinculada la ley (y, consecuentemente, la actividad legislativa) “que determina los modos de adquisición, de disfrute y los límites”, con la consiguiente posibilidad de evaluación en este sentido. La función-objetivo de una institución positiva, como la propiedad privada, se traduce así, propiamente, en la función-objetivo de la ley relativa a la propiedad privada, en la cual la función comienza a referirse a la actividad y no a la institución.

Si, en cambio, se quiere prescindir de la consideración de la función social de la propiedad como límite interno de la función legislativa que regula tal materia, se le podrá dar todavía un significado jurídico a tal uso, pero se deberá referir a la indicación de la actividad privada de los propietarios individuales, siempre y cuando se la considere positivamente vinculada y no simplemente limitada desde el exterior¹⁶. Se entra, de este modo, en el campo de los denominados derechos funcionales (por ejemplo, el derecho electoral, la patria potestad, etc.)¹⁷, expresión empírica y, al menos, ambigua, en cuanto que es susceptible de denominar, al mismo tiempo, su especial contenido potestativo, o una verdadera y propia potestad pública, en el sentido ya explicado, que el ordenamiento quiere vincular con aquellos, como parece suceder en el caso de algunas libertades (de opinión, de manifestación del pensamiento)¹⁸, en el caso de que, reconociéndole el mencionado valor funcional, se consideren positivamente vinculadas.

16 Sobre la naturaleza de entidad completa y plena, propia del derecho subjetivo, opuesta al carácter instrumental del poder, a partir del cual se desarrolla dinámicamente la función, se debe ver el importante trabajo de PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 23 y ss., y las indicaciones que allí se contienen. Pero la separación más nítida entre derecho subjetivo y poder resulta solo cuando este último se entiende como un acto o como un caso dinámico (*cf.* respecto a esto GUARINO, “Potere giuridico e diritto soggettivo”, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, pp. 238 y ss.). Sobre la conexión entre el concepto de función y el de derecho subjetivo público, v. Prosperetti, *L'elettorato politico attivo*, Milano, 1954, pp. 37 y ss.

17 Sobre los problemas relativos a las figuras individuales de estos derechos funcionales configurados por la Constitución italiana, v. en síntesis y para referencias bibliográficas, MORTATI, *op. cit.*, I, pp. 345 y ss. (para el derecho electoral); II, pp. 889 y ss. (para la función social de la propiedad y de la iniciativa privada conexas), 923 (para el carácter funcional de la autonomía y, como consecuencia, de los derechos de familia), 953 (sobre el carácter funcional del derecho a huelga); *cf.* también, sobre el electorado activo como función pública, FERRARI, “Elezioni (teoría generale)”, en *Enciclopedia*, XIV, pp. 636 y ss.; sobre la función social de la propiedad, RODOTÀ, “Proprietà”, *Nss. D. I.*, XIV, 1967, pp. 134 y ss. e incluso antes, *Id.*, “Note critiche in tema di proprietà”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1252 y ss., y especialmente pp. 1266 y ss.; sobre el derecho de familia y, en particular, sobre la tutela, la administración de los bienes de los hijos menores, del menor adoptado, y las dotaciones, véase la revisión de VENCHI, *op. cit.*, pp. 20 y ss. y la información allí incluida.

18 Sobre el carácter individual o social o funcional de la libertad de manifestación del pensamiento se pueden leer las importantes páginas de ESPOSITO, “La libertà di manifestazione del

En otros casos, como en el de la función-deber, no es fácil distinguir entre un significado impropio del término, que define el contenido o el tipo de una actividad (por ejemplo, función política, de control, consultiva, directiva)¹⁹, y un significado propio, pero parcial, que se encuentra en la mencionada formalización de la actividad misma (por ejemplo, función legislativa, jurisdiccional, administrativa) en la que aparecen singularizados, definidos y caracterizados los momentos que marcan el flujo de la actividad, es decir, los actos²⁰.

Este uso del término es parcialmente significativo, en cuanto que capta solo un aspecto de la actividad, propiamente el aspecto en el que aquella se exterioriza concretándose en distintos actos; lo cual, además es propio de todas las actividades y no solo de aquellas que pueden denominarse función. Así, ni siquiera la formalización de la función-deber parece suficiente para determinar la existencia de una función propia y verdadera. Antes bien, se trata de que una actividad, para poder aspirar a esta consideración y relevancia global que le permita asumir el aspecto de la función, debe efectivamente estar formalizada en lo que respecta también a su contenido, pero debe estar predeterminada, cuando menos, por aquello que incumbe a su objetivo o al cargo al cual está vinculada. Solo así “el modo en el que opera una determinada actividad” –en el que puede reconocerse su contenido– asume una relevancia jurídica específica y se convierte, junto al cargo, al objetivo y, a veces, al objeto, en uno de los elementos de la valoración global de aquella. Por poner un único ejemplo conocidísimo, solo en la coexistencia de la posición super partes del

pensiero nell’ordinamento italiano”, *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1957-1958, pp. 49 y ss. y la información aquí recogida. *Cfr.* también sobre esto MORTATI, *op. cit.*, II, pp. 858 y ss.

19 En lo que respecta a los significados impropios de la función-deber, no ha faltado el intento de concebir, por ejemplo, la actividad de control como una función propia y verdadera –la cuarta función del Estado– (LETTIERI, *I poteri dello Stato e la funzione di controllo*, Roma 1947, *passim*, especialmente pp. 35 y ss., y 42 y ss.). También el artículo 23 habla de una función de control administrativo contable ejercida por la sección local de la Corte de cuentas.

20 Sobre el contorno solo sociológico de la función-deber en ausencia de su formulación jurídica, ya sea entendida en el sentido limitado de investir no ya el largo procedimiento en el que la función viene desarrollándose, pero solo el acto (final) de reconocer ciertos rasgos caracterizadores, *cfr.* GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, p. 8 y ss., donde se afirma la existencia de una “función normativa” (en leyes constitucionales, la expresión aparece una sola vez: *cfr.* art. 26 st. V. d’A) diferente de la función legislativa, en cuanto que el ordenamiento jurídico conoce la categoría de los “actos normativos”. Pero sobre los difíciles problemas surgidos a partir de esta categoría de actos, denominados actos-fuente del derecho, *cfr.* CRISAFULLI, “Atto normativo”, *Enciclopedia*, IV, pp. 230 y ss. e *Id.*, “Fonti del diritto”, *Enciclopedia* XVII, pp. 925 y ss.

poder judicial, de las normas de Derecho objetivo para aplicar objetiva y exhaustivamente a los hechos de la vida –objeto de la actividad– y de la finalidad, consistente en tal aplicación objetiva y en la determinación de parte de la autoridad del derecho controvertido o incierto, puede la sentencia del juez constituir una manifestación de la función jurisdiccional, en cuanto que está formalizada –de distintos modos en los diferentes ordenamientos, pero todos radicados en el carácter definitivo e inmutable, de la cual es una manifestación positiva la cosa juzgada–²¹.

Incluso la función-deber, por otra parte, no distingue necesariamente la actividad globalmente relevante atribuida al cargo en cuestión y, por tanto, no siempre indica determinados tipos de función, porque no basta el uso de la locución por parte de la disposición positiva para determinar una función propia y verdadera, es

21 Sobre los rasgos característicos, considerados integralmente, de la función jurisdiccional y sobre la conocida y reiterada disputa relativa a estos, se remite para una síntesis y para referencia a MORTATI, *op. cit.*, I, pp. 321 y ss., así como, para una reciente adhesión a la tesis (Allorio) que coloca en el juzgado el criterio distintivo del acto jurisdiccional, a la rápida visión de F. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, pp. 86 y ss. Para una confirmación de la distinción tradicional entre jurisdicción y administración, véase en cambio por todos FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Munich y Berlin, 1956, pp. 4 y ss.

Además, en lo que respecta a la formalización, es especialmente significativa otra tendencia autoritaria que, al criterio de la sentencia, entendido como imperatividad inmutable de los pronunciamientos, sustituye el criterio, aún más formal, de “hacer estado”, según el cual “solo otra sentencia puede modificar una sentencia” (A. M. SANDULLI, “Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione”, *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 200 y ss., particularmente p. 215). No puede ocultarse, en cambio, que la Corte Constitucional, por decirlo así, ha separado de la función-cargo la función-deber jurisdiccional, con una tendencia totalmente opuesta a la tendencia amplia que se ha dibujado en el texto, cuando ha extendido la noción de “juicio”, sobre la cual el art. 1 de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, y el art. 23 de la Ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, a cualquier procedimiento que se desarrolle “en presencia y bajo la dirección del titular de un cargo jurisdiccional” (función-cargo) y, respectivamente, cuando ha puesto el foco en una noción de “funciones juzgadas” de las cuales puede ser investido excepcionalmente cualquier órgano: funciones caracterizadas solo por la objetiva aplicación de la ley y de la posición super partes del mismo órgano –función-deber– (C. cost. de 2 de julio de 1966, núm. 83, en *Giur. cost.*, 1966, p. 1080). Sin embargo, debe observarse que, además de la plurivocidad de la fórmula del art. 23, la cual, con la acentuación del elemento subjetivo, ha hecho posible la extensión de la noción de juicio a cualquier procedimiento que se desarrolle frente a una actividad jurisdiccional, y la misma equivocidad del término “juicio”, motivos de oportunidad específicos y relativos al problema del control de constitucionalidad han inducido a la Corte a adoptar una jurisprudencia similar (*cf.* sobre este punto, con un sentido crítico, que no tiene por qué compartirse, ONIDA, *op. cit.*, pp. 12 y ss.).

decir, una actividad globalmente relevante; formalizada en cuanto a su contenido; dirigida hacia un determinado objeto, a veces libremente asumido; con un objetivo predeterminado; atribuida a un cargo o a un conjunto de cargos junto a una situación subjetiva de potestad.

IV. ANÁLISIS SINTÉTICO DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Para fijar el sentido del discurso realizado hasta aquí y para una mejor comprensión respecto del sólido terreno de las disposiciones positivas, bastará recorrer, sumaria pero ordenadamente, nuestra Constitución vigente para captar la diversidad y la variedad de empleos del término²².

En primer lugar, no parece que pueda negarse que la Constitución conoce la función como una actividad particularmente cualificada, cuando en el art. 4 reúne, pero distingue, actividad y función, elevándolas al contenido del deber de cada ciudadano, aunque no fuera, ciertamente, está la intención de los constituyentes al emplear ambos términos en este lugar. La función de la que se habla aquí –además de su significado totalmente genérico y sea cual sea el valor que se quiera atribuir a la disposición constitucional– no se distingue de la actividad por su carácter público, como se confirma con suficiente claridad en el art. 54, el cual, hablando de los “ciudadanos a los que son atribuidas funciones públicas”, no parece excluir la existencia de funciones meramente privadas (v. *infra* § 5).

La Constitución utiliza a menudo el término, en referencia a un cargo, ya sea en el sentido propio, aunque parcial, de atribuir o reconocer una actividad-función a un cargo (arts. 86-90, 91, 93, 96, 99, 106, 107.3, 115, 119, 121, 128, 129 y disposición transitoria 8.^a), ya sea en el sentido impropio de atribuir o reconocer a este una mera actividad (art. 37), ya sea en el sentido también impropio, pero de uso habitual (v. *supra* § 1), de distinguir con el término función el cargo (art. 51.3), o, por último, en el sentido, diferente, de indicar el funcionamiento (en un acto) del cargo mismo (disposiciones transitorias 7.^a y 17.^a3).

22 Un breve ensayo de análisis léxico-semántico de la Constitución italiana se encuentra en GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, p. 8.

Sobre los problemas relativos a la función legislativa, jurisdiccional y administrativa en general y en el ordenamiento italiano se remite, además de a las indicaciones dadas anteriormente, a *Attività amministrativa, Atto amministrativo, Atto giurisdizionale, Atto normativo, Fonte del diritto, Giurisdizione, Legge, Regolamento*, etc., así como a las importantes discusiones institucionales de Derecho público, constitucional, administrativo y procesal.

Además, en lo que respecta a la función-objetivo, entendida en el sentido impropio antes mencionado (v. *supra* § 3), es preciso observar que la Constitución conoce su uso, además de en el ya mencionado art. 42, también en el art. 45, cuando establece que: “La República reconoce la función social de la cooperación con carácter de mutualidad y sin fines de especulación privada” y que la ley promueve y favorece su incremento y asegura su carácter y su finalidad. Pero también aquí, como en el art. 42, la aparente improcedencia del uso se dirige inmediatamente a su comprensión exacta, solo que se refleja en la naturaleza de tal disposición, dirigida a finalizar no ya una institución positiva inerte, sino la propia función legislativa en lo que respecta a un determinado objeto, de modo que se recupera al punto el uso exacto de la función-objetivo. Sin embargo, la disposición ha preparado solo un ingrediente –el finalista– para la realización de la función, pero espera su terminación a partir de otras disposiciones que hacen de la actividad legislativa en otros sentidos una función.

Y son precisamente los arts. 70 y 76 de la Constitución, como es sabido, los que, al atribuir, como suele decirse, la titularidad de la función legislativa exclusivamente a las dos Cámaras, y al permitir solo la delegación del ejercicio al Gobierno en ciertas condiciones necesarias y suficientes, determinan simultáneamente la función-cargo y la función-deber legislativa, mientras que otras disposiciones, como por ejemplo las contenidas en los arts. 77, 134 y 136, relativas a la fuerza o al valor de ley, se encargan de formalizar el contenido. Asimismo, se entiende que en las dicciones de los arts. 70 y 76 el término función equivale también a potestad o poder, en el sentido de posición subjetiva de autoridad, pero también en el sentido diferente de situación potestativa que tiene como finalidad la realización de intereses ajenos, como se desprende particularmente de las disposiciones contenidas en los arts. 56, 57, 67, 68 (igualmente el art. 122.4), en distintos artículos de los estatutos regionales especiales y de la Ley Constitucional de 11 de marzo de 1953, n. 1, así como en el nuevo texto del art. 135.4 (contenido en la Ley Constitucional de 22 de noviembre de 1967, n. 2)²³, en los cuales vuelve a aparecer nuestro término con el sentido de función-poder. Así, parece que, además de lo que dirá sobre la necesidad de la predeterminación de la finalidad de la actividad legislativa, esta puede calificarse como una función en el sentido más propio y más amplio del término, incluso del mismo modo que la función jurisdiccional, a la que ya nos hemos referido (v. *supra* § 3), y que, como función-deber (y función-cargo), está expresamente prevista en la Constitución, en el art. 102.

23 En G. U. de 25 de noviembre de 1967, núm. 294.

Por último, para completar este breve análisis del texto constitucional en lo que respecta al uso de nuestro término, es preciso mencionar que la tercera entre las funciones tradicionales del Estado no se encuentra, en el lugar apropiado (pt. II tít. II secc. II), indicada expresamente o, al menos, no se encuentra indicada como función (*cf.* Art. 97). Por el contrario, es la actividad administrativa de la región, de la provincia, de los municipios y de otros entes locales la que se califica como tal, repetidamente, en el art. 118; y el término vuelve a aparecer de nuevo, en lo que respecta a “las funciones administrativas delegadas por el Estado a la Región” en el art. 121.4. en cambio, esto, unido a lo dispuesto en el art. 124, equivale a reconocer que, también para el Estado, aunque sea en disposiciones relativas al ordenamiento regional, la Constitución emplea el término con el significado de la función-deber administrativa, demostrando así reconocer, como funciones-deber, solo las que tradicionalmente han sido consideradas funciones propias del Estado.

Pero el discurso sobre la función administrativa, así como sobre la ya mencionada limitación aparente de las funciones-deber, es, como se verá a continuación, mucho más complicado.

V. LA FUNCIÓN EN EL DERECHO PRIVADO Y EN EL DERECHO PÚBLICO

Si la actividad globalmente relevante, a la cual accede una situación de potestad, atribuida a un cargo, relativa a un determinado objeto, formalizada en el contenido, dirigida a un fin prestablecido, puede denominarse función, esta noción no es propia y exclusiva del Derecho público, sino que pertenece también al Derecho privado, y de hecho, surgió precisamente en el terreno del Derecho privado.

Los deberes privados legales (tutela, curatela), necesarios (liquidadores de entes y de herencias) y voluntarios (gerentes, consignatarios, administradores de entes o de patrimonios, albaceas) constituyen las figuras típicas en las cuales se manifiesta la función en el Derecho privado; y no se tarda demasiado en comprender que, aunque en una variedad casi indefinida de motivos, de fines y de intereses a satisfacer o a perseguir, el rasgo finalista que distingue y que unifica estas instituciones es la preocupación por los intereses, la cual –como es sabido– caracteriza, si no la actividad (institucional) del poder administrativo, sí la función administrativa como tal²⁴.

24 Sobre la función (administrativa) en Derecho privado *cf.* CANDIAN, “Del c.d. ‘ufficio privato’ e, in particolare, dell’esecutore testamentario”, en *Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione*, I, Padova, 1953, pp. 209 y ss.; GIANNINI, *op. ult. cit.*, I-II, § 25, donde se encuentra también la afirmación de que el derecho privado es el inventor de la figura.

De ello deriva que todas o casi todas (la duda podría surgir con la función familiar, recogida en el art. 37 de la Constitución) las funciones conocidas por el Derecho privado son funciones administrativas y que el discurso que se puede realizar sobre ellas no puede diferenciarse, salvo por rasgos extrínsecos y cuantitativos, del discurso más general relativo a la función administrativa como tal.

Si, en efecto, los caracteres específicos de la función administrativa de los particulares deberían consistir en la satisfacción del interés privado y en una disciplina que no parta de la autoridad, pero igual a ella, es fácil observar cómo, por el contrario, la misma gradualidad de los asuntos privados, de los voluntarios y de los necesarios, respecto de los legales, de los mixtos (como el del capitán del barco), hasta aquellos provenientes de la autoridad (administrador concursal, secretario judicial, comisionado especial de sociedades crediticias, etc.) que también mantienen, por un lado, el carácter privado, se opone a la aparición de características similares frente a las propias de la función pública (intereses o fines públicos, disciplina proveniente de la autoridad, controles públicos). De modo que la distinción entre un tipo y otro de función administrativa resulta muy problemática a partir de la existencia de toda una serie de figuras intermedias (funciones administrativas denominadas de interés público)²⁵ cuya caracterización precisa resulta imposible por la propia relatividad del principio de contraposición entre intereses públicos e intereses privados²⁶.

Sobre los “cargos privados” en general, v. la amplia y analítica revisión de VENCHI, *op. cit.*, *passim*, y especialmente pp. 17 y ss., y allí las abundantes referencias doctrinales. Sobre la variedad de razones, finalidades e intereses a satisfacer con estas instituciones, véase GIANNINI, *op. ult. cit.*, I-II, p. 89; NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 62 y ss.; y finalmente CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949, pp. 58 y ss. Para la focalización de la función de la actividad administrativa, en cuanto preocupación concreta por los intereses públicos, se remite también a GIANNINI, *op. ult. cit.*, I-II, p. 83, que, en cambio, detecta la incompleta caracterización.

25 Sobre la coexistencia de intereses públicos y privados en la hipótesis de una “función” perteneciente al Derecho privado, véase GIANNINI, *op. ult. cit.*, I-II, pp. 91 y ss., seguido también de VENCHI, *op. cit.*, pp. 153 y ss. y aquí otras referencias.

26 Sobre la relatividad de la distinción entre intereses públicos e intereses privados, véanse por todos, PUGLIATTI, “Diritto pubblico e privato”, *Enciclopedia*, XII, pp. 696 y ss.; POUND, “Rassegna degli interessi sociali”, *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962, pp. 281 y ss., y en general, GIORGIANNI, “Il diritto privato e i suoi attuali confini”, en *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, II Milano, 1963, pp. 349 y ss., así como CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1962, pp. 9 y ss. Véase también ampliamente, “Droit public, droit privé (En marge d’un livre sur l’évolution du droit civil français du XIX^e siècle)”, *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1952, pp. 903 y ss., en particular pp. 931 y ss. Sobre el problema de la relevancia jurídica de los intereses públicos, *cf.* GIANNINI, *op. ult. cit.*, I-II § 34 y las referencias que allí se contienen.

Por otra parte, tampoco el discurso sobre la función administrativa pública puede basarse siempre convenientemente en el interés público que la sustancia y en la disciplina proveniente de la autoridad vinculable a este, o bien, según la fórmula de la Escuela de Viena, en la exclusividad y consecuente especialidad del régimen jurídico de una parte de la actividad –administrativa– (denominada actividad mediata)²⁷, aunque solo sea porque en los ordenamientos jurídicos que no reconocen el Derecho administrativo la función administrativa no está caracterizada por el rasgo autoritario-sancionador de la normatividad que la regula. Incluso la función administrativa, en un modo similar a las otras funciones, está caracterizada entonces por la relevancia jurídica continua y global de la actividad, en cuanto que está dirigida al objetivo a alcanzar o al interés a satisfacer.

Por otra parte, no es solo la dificultad de distinguir el interés público del interés privado lo que hace imposible la caracterización, en una teoría general, de la función administrativa pública, ya que –y en el hipotético caso de superar tal dificultad– se interpone un obstáculo posterior, incluso para adherirse momentáneamente a la tesis que coloca el rasgo diferencial en la especialidad y autoridad-sancionatoriedad de su normatividad, o para circunscribir su consideración a los sistemas del Derecho administrativo. Se alude a la posibilidad de que también la actividad privada de la Administración Pública²⁸ sea publicitada o funcionalizada –posibilidad que se ha llevado a cabo, en efecto, por conocidos motivos históricos en el siglo pasado, cuando el Estado patrimonial dejaba paso al Estado liberal– casi hasta el punto de agotar por completo la actividad administrativa del Estado. Pero en esa misma línea, aunque con logros parciales, el mismo resultado se ha producido respecto de los entes

27 Para la distinción, propia de la Escuela de Viena, entre actividad mediata o indirecta y actividad inmediata o directa, fundada sobre el carácter primario o sancionador de la primera y secundario o no sancionador de la segunda, véase KELSEN, “Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, en *Kantfestchrift des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Berlin, 1923-1924, pp. 387 y ss.; *Id.*, *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*, Viena, 1926, traducción italiana, Roma, 1932, p. 53; *Id.*, *Reine Rechtslehre*, Leipzig y Viena, 1934, p. 81; *Id.*, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, 3.ª ed. italiana, Milano, 1959, pp. 282 y ss., y con una inserción sistemática en un perfil organizativo, MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlin, 1927, pp. 299 y ss., que sustituye a las expresiones kelsenianas “*mittelbare und unmittelbare Verwaltung*”, la dicción, aunque sea de significado relativo, de “*Hoheits – oder behördliche Verwaltung*” por un lado, y de “*freie oder private Verwaltung*”, por el otro (p. 301).

28 La existencia de una actividad privada de la administración, distinta de la actividad administrativa de Derecho privado, fue revisada por primera vez en AMORTH, “Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato”, *Arch. dir. pubbl.*, 1938, pp. 455 y ss.

públicos económicos, cuya actividad, por su propia naturaleza, está desprovista del carácter de función-cargo, es decir, de una relevancia jurídica propia y, en todo caso, sujeta al régimen privado de la rama de la administración en la que se desarrolla.

Sin embargo, la preocupación, aunque sea indirecta, por el interés público ha representado a veces el fundamento justificativo para la funcionalización (en el último sentido explicado) de parte de su actividad (por ejemplo, la actividad del consejo de administración, la actividad relativa a la política administrativa, etc.). Esta posibilidad de funcionalizar en todo o en parte (las denominadas funciones episódicas)²⁹, si por un lado se inclina por la asimilación, en cuanto a su naturaleza, de la función (administrativa) pública y de la privada, por otro lado demuestra cómo, especialmente para la función administrativa dada la propia generalidad del objetivo y de las consecuentes diversidades de los deberes y la multiplicidad de los asuntos, el ordenamiento positivo tiene el modo de no hacer coincidir la relevancia también global de la actividad con la delimitación más específica de la función.

Más bien, es la propia generalidad de la noción de interés público la que nos conduce a algunas consideraciones posteriores. Más que de interés público, se debería hablar preferiblemente de una pluralidad de intereses públicos u objetivos coordinados entre ellos, pero susceptibles de conflicto.

Ahora bien, si se considera que la función administrativa, en cuanto que preocupación concreta por los intereses públicos o los objetivos, afecta necesariamente a los intereses privados, no es difícil entender la razón por la cual el problema de la comparación de tales intereses constituye el punto de partida para su desarrollo. De esto se deduce que la función administrativa, en la medida en que está dispuesta, en sus diversas especificaciones, al cuidado (pero ya antes a la identificación) de un interés público primario establecido por la norma, es actividad de comparación y de elección entre los distintos intereses a satisfacer o a sacrificar por un interés primario que pretende conseguir. En este sentido, la función administrativa es una actividad discrecional, es decir, un *quid médium* entre la actividad libre (de los particulares) y la actividad obligada.

Por otra parte, considerada la función administrativa calificada como tal, más que por su disciplina derivada de la autoridad (que puede estar ausente), por su posición o situación de poder o de potestad a partir de la cual se realiza, es fácil deducir que la discrecionalidad distingue la actuación no vinculada de la Administración en

29 Sobre el fenómeno histórico de la funcionalización, en el sentido de publicitación, de la actividad privada de la administración y sobre el de la parcial o “episódica” funcionalización de la actividad de los entes públicos económicos, *cfr.* GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, § 84.

cuanto que ejerce una potestad, más que la actuación libre de aquella como autoridad. Así, podría considerarse discrecional también la función administrativa en el Derecho privado.

Pero no es suficiente: si son la potestad o el poder los que distinguen propiamente la función o, mejor dicho, los que reúnen las nociones parciales de función-cargo, función-deber y función-objetivo en los elementos necesarios y suficientes para conseguir la relevancia continua y global de la actividad, se entiende también que toda función debería estar caracterizada por la actuación discrecional³⁰.

La objeción que se ha planteado a este punto de vista, partiendo del fundamento de que, por ejemplo, la función gubernativa o la función administrativa privada no pueden considerarse discrecionales, aunque no se puedan adscribir a la categoría de actividad libre o actividad vinculada, descansa sobre la elección del término discrecional para indicar solo uno entre los grados intermedios en los cuales puede presentarse la actividad, entre los extremos de la vinculación y de la libertad-arbitrio, y en particular, aquel en el que el vínculo viene dado por la determinación normativa del interés primario específico³¹. Ahora bien, si con esto se quiere decir que la

30 La conexión necesaria y biunívoca entre función y discrecionalidad, sobre el plano de la teoría general, ha sido contestado recientemente por GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, pp. 44 y ss., sobre el presupuesto de la no discrecionalidad de ciertas actividades de las que no puede decirse que sean “totalmente libres”. Los grados intermedios entre la absoluta vinculación y la absoluta libertad (arbitrio) serían entonces cualitativamente múltiples. Pero esta diferencia cualitativa no es demostrable, partiendo del supuesto de la relevancia global de la actividad necesaria para tener una función. En efecto, una actividad globalmente relevante no puede ser libre más de lo que sea necesario para determinar completamente, según criterios teleológicos y, en todo caso, extranormativos, la disciplina parcialmente determinada o, al menos, indicada por la norma o por otra fuente “voluntaria” (por ejemplo, la deliberación de una asamblea de una sociedad por acciones) que establezca expresamente e implícitamente los criterios. Pero es esto lo que precisamente sucede en el caso de la función administrativa pública, indiscutible y típicamente discrecional. De modo que, desde un punto de vista cualitativo –determinación, en el caso concreto, del interés primario específico a la luz de los intereses secundarios, *rectius*: posición de la proposición originaria discrecional que determina la disciplina normativa (o, en todo caso, vinculante) de la actividad (mérito)– la actividad globalmente relevante no puede diferenciarse, en sus distintas maneras, dado el carácter siempre parcialmente determinado del interés, público o privado, específico que la caracteriza.

31 Sobre el problema de la discrecionalidad administrativa, debe consultarse, para la más reciente visión de conjunto y para la configuración de la discrecionalidad que se ha aceptado en el texto, GIANNINI, *op. ult. cit.*, III, I, § 90, y para su fundamento, I-II, p. 85; *cf.*: en cambio, para la discrecionalidad basada sobre el reenvío a reglas no jurídicas, MORTATI, “Potere discrezionale”, *N. D. I. X*, 1939, pp. 76 y ss., en particular, pp. 70 y ss.; *Id.* “Ancora sul merito amministrativo”, *Stato dir.*, 1942,

determinación del interés primario, en el caso de la función administrativa privada o en el de la función gubernativa o, podemos añadir, en el de la función legislativa, no es normativa, en el sentido de que no está fijado por la norma de ley, sino por la voluntad privada o por las disposiciones constitucionales (las cuales quizás no siempre, o por su naturaleza, pueden denominarse *stricto sensu* normativas, especialmente si no se considera que los principios se agotan en normas más generales)³², la importancia es indiscutible. Si, por el contrario, con esto se quiere poner en evidencia la libertad en la finalidad de estas funciones a diferencia de la función administrativa o de la jurisdiccional, la incoherencia de la observación, aún dominante en la doctrina actual, no solo resulta de experiencias positivas que se afirman cada vez más (como, por ejemplo, el control de la Corte Constitucional sobre el exceso del poder legislativo)³³, sino sobre todo por la contradicción entre el uso del término función

pp. 46 y ss; *Id.*, “Discrezionalità”, *Nss.D.I.*, V, 1960, pp. 1098 y ss. Para la historia (e historicidad) de la noción, véase PIRAS, “Discrezionalità amministrativa”, en *Enciclopedia XIII*, pp. 65 y ss., donde se encuentra la bibliografía más completa en argumentación, así como, en síntesis, GIANNINI, *Lezioni, cit.*, 1950, pp. 93 y ss.

El vínculo fundamental entre discrecionalidad y poder fue establecido por M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, pp. 23 y ss., cuando caracterizó la actividad discrecional como aquella positivamente limitada, en cuanto que el poder discrecional es inherente a ella. Para la definición del poder discrecional administrativo, véase también GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 52, y para sus fundamentos, pp. 77 y ss. *Cfr.* también la definición de discrecionalidad dada por GIANNINI en *Lezioni, cit.*, 1950, p. 98. El desarrollo de esta concepción se debe, por otra parte, a PIRAS (*Interesse legittimo*, cit. II, pp. 411 y ss. y nt. 64, 66, 404, 54, y *passim*), que ha detectado el significado último de la afirmación, en concreto, esto es respecto al acto administrativo, la discrecionalidad se traduce en una disciplina por la cual es posible hacer variar “más o menos el valor del interés final (interés esencial)”, GIANNINI, *Il potere, cit.*, p. 79, identificando exactamente el carácter normativo de dicho momento de la actividad. Sobre el significado exacto de atribuir a la predeterminación del interés público primario, véase PIRAS, *op. cit.*, II, pp. 319 y ss., y nt. III.

32 Sobre el valor no normativo o, por decirlo así, ultranormativo de los principios generales del Derecho, véase BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 89, 205 y ss., y allí (con amplias referencias) la crítica a la teoría “normativista”. Para esta, con referencia a la Constitución, *cfr.* por todos CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*, y en especial pp. 38 y ss., y en estas nt. 9 con la referencia a un estudio previo sobre los principios generales del Derecho; *cfr.* también en diversos sentidos PROSPERETTI, *op. cit.*, pp. 13 y ss.; CHIARELLI, “Elasticità della Costituzione”, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, pp. 43 y ss.

33 Sobre el exceso de poder de los actos normativos en general, Véase LA VALLE, “Cognizione principale ed incidentale dei regolamenti nel giudizio amministrativo”, in *Jus*, 1967, pp. 158 y ss.

empleado por aquellas y por la irrelevancia o la indiferencia del rasgo más evidente y más característico de tal calificación.

En este punto se podría objetar que la finalidad caracteriza la función solo en un sentido genérico y descriptivo, y no ya de un modo que vincule positivamente la actividad a la consecución de un objetivo. Mejor dicho, el control de la correspondencia de la actividad con el fin, control, como decimos, de mérito, de conveniencia y de oportunidad, que es solo eventual y parcial, mientras que el control de legitimidad no requiere necesariamente la presencia de límites internos o positivos en torno a la actividad. Póngase como ejemplo la función legislativa. Su finalidad es genérica e indeterminada, consistiendo en la satisfacción de las exigencias sociales que de vez en cuando se imponen, a través de la posición de las correspondientes normas jurídicas o de medidas concretas dotadas de una fuerza especial (leyes-medida). El control relativo del fondo es aun sustancialmente desconocido en los ordenamientos de nuestra época, no pudiendo considerarse un verdadero control aquel del bicameralismo, en el que una Cámara lo ejerce en oposición a la otra, o está, como máximo, pero discutiblemente, atribuido al Jefe del Estado en el momento de su promulgación.

Sin embargo, siendo ciertas estas consideraciones, no se puede negar que el desarrollo histórico de la más significativa de las funciones, la función administrativa, —ya sea porque es la única que no puede ser eliminada para la existencia del ente político, ya sea porque es residual del en otro tiempo poder exclusivo del soberano absoluto— apunta decididamente hacia una progresiva funcionalización de la actividad, es decir, de la fijación previa de límites positivos internos a su realización³⁴. Recuérdese la supe-

y sus referencias. Sobre el exceso del poder legislativo y sobre la ley del plan, v. por todos, bajo diversos perfiles y en distintos sentidos, PALADIN, “Osservazioni sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere del legislatore ordinario”, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1956, pp. 993 y ss.; *Id.*, “Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 304 y ss.; *Id.*, “Il sindacato della Corte costituzionale sull’ ‘utilità’ delle leggi”, *Giur. Cost.*, 1964, pp. 114 y ss.; CRISAFULLI, *Osservazioni a C. cost. 3 ottobre 1958, n. 56*, 1958, pp. 867 y ss.; Barbera, *Leggi di piano e Sistema delle fonti*, Milano, 1968.

34 Sobre la funcionalización de la actividad administrativa, preparada a partir de las conocidas críticas desde Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, pp. 491 y ss. y, aún antes, desde BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, p. 46, hasta la concepción dominante, véase particularmente PIRAS, *Discrezionalità, cit., passim*, especialmente pp. 77 y ss., que la conecta con la “inserción del perfil organizativo de la actividad”, esto es, con la “necesidad de una actividad de una decisión resultante (de norma) del concurso de la iniciativa de más personas, de la intervención —en un único procedimiento de formación de la voluntad— de los actos de más figuras subjetivas”.

ración de la fórmula de la “actividad libre dentro de los límites externos fijados por la ley”³⁵ hacia la otra de “actividad discrecional en razón del interés primario establecido por la ley”, para atestiguar la evolución. Así, incluso la actividad del gobierno³⁶, si quiere elevarse a función, en el sentido más completo, debe incorporar su finalidad, aunque de vez en cuando sea variable, al programa de gobierno sobre el cual las Cámaras le atribuyen su confianza; de este modo, la actividad legislativa, especialmente en un sistema de Constitución rígida, se ve siempre más vinculada a los límites no solo externos, sino también internos y, precisamente, funcionales³⁷.

Es cierto que tales límites (por ejemplo, la utilidad social, el interés general, etc.) están previsto solo en algunos casos particulares y no en general, pero, por un lado, este inicio de especialización de la actividad legislativa recuerda mucho a la división de la mencionada función administrativa en tantas funciones diferentes como intereses públicos distintos existen prefijados a través de ellas, y, por otro, no pueden pasarse por alto los indicios de una evolución dirigida a una especialización cada vez mayor. Piénsese únicamente en las proporciones del aumento, en nuestro siglo, del fenómeno de la delegación legislativa (típico ejemplo de actividad legislativa vinculada positivamente)³⁸; piénsese en el gran número de materias atribuidas a la

35 ... según la fórmula de ANSCHTÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig, 1891, p. 53, seguido en Italia por RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, pp. 268 y ss.

36 Sobre la actividad gubernativa, sobre la función de dirección política y sobre el acto político, ya sea bajo el perfil histórico, ya sea bajo el perfil positivo italiano, *cfr.* en particular CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, *passim*, pero en particular, pp. 55 y ss. sobre la focalización del “Gobierno” como cuarta función del Estado, como continuación de la solución autoritaria de la crisis del sistema parlamentario (y p. 59 nt. 13, referencias, sobre este aspecto, de doctrina italiana y alemana), así como pp. 61 y ss. sobre la distinción en el interior de la actividad de gobierno de su “momento primero y esencial”, calificado como función de dirección política. *Cfr.* en particular CRISAFULLI, “Per una teoría giuridica dell'indirizzo politico”, en *St. urb.*, 1939, *passim*, pero en concreto pp. 79 y ss., 91 y ss.; además p. 49 (y en nt. 17 indicaciones doctrinales) y sobre todo 87 (y referencias en nt. 33) sobre la actividad de gobierno como actividad “ejecutiva” de la Constitución que encuentra en un sistema rígido un significado más propio y más definido; pp. 89 y ss. sobre la permanencia de la nueva estructura constitucional de una función de dirección política como función “direccionada” del ordenamiento; pp. 163 y ss. sobre la dirección política como función jurídica, así como BARILE “Atto di governo (e atto politico)” en *Enciclopedia IV*, pp. 220 y ss.; SICA, “L'attività politica”, en *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960, pp. 1543 y ss. Además, sobre algunos aspectos, véase LEISNER, “La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp. 342 y ss.

37 *Cfr.* MORTATI, *Istituzioni*, cit. II., p. 1052.

38 Para los aspectos novedosos y los problemas relativos a la delegación legislativa, véase CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, 1968 (edición provisional).

competencia bipartita o concurrente del Estado y de las regiones, donde la finalidad de la legislación estatal se agota en los principios; piénsese también en el principio de igualdad, que en su alcance general, no parece que pueda agotarse en un límite solo negativo a través de las leyes, según se dispone en el art. 3 de la Constitución; piénsese, por último y sobre todo, en la reciente experiencia de la ley-programa³⁹, destinada por su naturaleza a fijar la finalidad positiva hacia la cual deberán converger todas las leyes y no solo las leyes del Estado y de otros entes públicos.

El concepto de función, el que se ha esbozado aquí, no se agota, por una parte, en la posibilidad abstracta de actuar en vista de un fin o por un efecto –en el que, por otra parte, se observa exactamente la actividad–, sino que se identifica con el desarrollo concreto de una actividad en su continuidad y relevancia global, en vista de la realización de un fin. Al decir esto, no se niega la aguda intuición relativa a la estructura de la función, según la cual esta consiste en hacer o concretar el poder en un acto único, es decir, el momento de la actuación en el cual esto no es aún un acto, pero es ya algo más que una simple actividad⁴⁰, sino que se ha invertido, al no oponerse ya, sino al unificarla con la tradicional concepción de la *deputatio ad finem*. En resumen, la función puede ahora definirse como la concreción del poder o de la potestad, a través de los actos formalizados por el Derecho, en la realización del fin o en la satisfacción del interés perseguido.

VI. LA FUNCIÓN PÚBLICA FRENTE AL SERVICIO PÚBLICO⁴¹

Por último, solo queda un punto por aclarar. La noción más propia y más completa de función que hemos intentado dar en los párrafos precedentes se presta también a explicar las disposiciones tautológicas de los arts. 357 y 358 del Código

39 Véase *supra* nt. 32.

40 La teoría de la función, como el poder en su realizarse acto y como momento intermedio entre la actividad y el acto, fue elaborada, y aplicada, como es sabido, por BENVENUTI, “Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione”, *Rass. dir. pubbl.* 1950, pp. 1 y ss., especialmente 29 y ss., y nt. 59; *Id. Funzione amministrativa, cit.*, pp. 118 y ss., especialmente, pp. 121 y ss., seguido en parte por PIRAS, *Interesse legítimo, cit.*, II, pp. 312 y ss., 326 y allí nt. 116 como consecuencia de un desacuerdo parcial.

41 Sobre la función pública, en el aspecto de un complejo de actividades o en el aspecto de una actividad individual, y sobre el ejercicio público o privado de la función pública, con el objetivo de interpretar los arts. 357 y 358 del Código Penal, v. para una síntesis definitiva, MIELE, *op. cit.*, § 2 y allí las referencias esenciales. Respecto a esto la bibliografía es amplísima y aquí nos limitamos a remitir a MALINVERNI, “Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio”, en *Nss. D. I.*, XIV, 1967, pp. 557 y ss., en donde se encuentra esta recientemente indicada.

Penal, relativos, respectivamente, a la función pública y al servicio público. Estas disposiciones, de hecho, definen a efectos de la ley penal, las nociones de funcionario público y de persona encargada de un servicio público en referencia a los conceptos de función pública y de servicio público. Ahora bien, para obtener el primero de los dos conceptos basta dirigir el foco entre las actividades públicas a aquellas en las que intervienen la imputación de un cargo, la formalización del contenido, la relevancia del objeto y la determinación del objetivo, así como la atribución al cargo de un poder o de una potestad.

Es cierto que esta focalización está cargada de dificultad por las razones ya vistas, relativas a la continuidad de la serie de las funciones desde un extremo absolutamente privado –cargo legal voluntario– hasta otro extremo ciertamente público, en el cual la potestad o el poder que están atribuidos al cargo van incluidos en el sentido ya mencionado (v. *supra* § 2) de la posición fundamental del ente público, caracterizada por la autoridad, lo cual no impide que la certeza del segundo entre tales extremos invite a adoptar un criterio más bien restrictivo. Esto es lo que han venido haciendo desde hace unos siete lustros, con cierta correspondencia de principios, doctrina y jurisprudencia, reconfortadas por la misma letra del art. 357 del Código Penal, que habla de “función pública, legislativa, administrativa o judicial”, al referirse, como parece evidente, a la tradicional tripartición de las funciones estatales.

La función pública a la que se refiere el art. 357 del Código Penal es, por tanto, toda función estatal o de otro ente público (por expresa adición del texto de la ley) que exprese el momento de la autoridad. Se entiende que, además de la plurivocidad de la noción de función administrativa, la misma tendencia a la multiplicación de funciones (por ejemplo, funciones de la Corte Constitucional, que podrían ser revisadas unitariamente como funciones relativas al control de los órganos constitucionales como garantía de la observancia de la Constitución; funciones presidenciales: si se admite la categoría de los actos presidencia *stricto sensu*; funciones gubernativas: una vez que se distinguen nítidamente, siguiendo la tendencia actual, el gobierno de la administración)⁴² hace que el criterio de descubrimiento sea menos evidente inmediatamente de lo que pueda parecer a primera vista, pero no se puede decir, por el contrario, que resulte, en principio, poco claro, si se observa que en base al carácter de la autoridad sería también posible e

42 Sobre lo cual, *cfr.* GIANNINI, *Corso, op. cit.*, I-II, § 19, así como LESSONA, “La posizione costituzionale della Pubblica Amministrazione”, en *Problemi della Pubblica amministrazione*, 1960, IV, p. 29.

incluso deseable la construcción de una teoría moderna del acto (medida) público proveniente de la autoridad⁴³.

En cambio, es preciso aludir a otro aspecto del problema, relativo a la discriminación de la función pública de la actividad que, incluso teniendo carácter público en cuanto que asumida por el Estado o por entes públicos, no presenta, en cambio, el rasgo de función. También aquí parece ser de ayuda la noción más propia y más amplia de función que hemos venido desarrollando. Si la función administrativa por la propia variedad de los cargos, de los objetos y de los fines que la distinguen no es reconducible por completo a un único poder, como sucede por ejemplo con la función legislativa, surge el problema de individualizar cuáles entre las diversas actividades administrativas constituyen funciones públicas y cuáles servicios públicos. Ahora bien, dado que en ambas figuras no falta la relevancia de la actividad en cuanto tal (también el servicio público se presenta, de hecho, como un complejo de actividades y no ya como una actividad individual), la atribución a un cargo, así como la determinación del objeto y de la finalidad, que no pueden tampoco considerarse no esenciales, teniendo en cuenta la evolución histórica y legislativa de los deberes propios del Estado y de los entes públicos, aquello de lo que los servicios públicos (por ejemplo, educación, sanidad, transporte ferroviario, correos y telecomunicaciones, obras públicas, etc.) carecen es la presencia del poder o de la potestad entendidos, de nuevo, en el sentido de una posición fundamental de la autoridad y, al mismo tiempo, de la formalización necesaria del contenido, de la actividad, es decir, de la concreción del poder en actos sometidos por el ordenamiento a un régimen particular.

VII. FUENTES

Son citadas en el texto en el § 4.

VIII. LITERATURA

Dada la extrema plurivocidad del término es imposible dar aquí aunque sea una breve indicación bibliográfica. Se recuerdan, entonces, además de los trabajos citados en las notas y especialmente en lo que respecta al tema tradicional de las funciones estatales, con particular referencia a la problemática conexas de la división de poderes (además de algunas indicaciones dadas en el texto en el § 2), solo las

43 Cfr. M. S. GIANNINI, "Atto amministrativo", *Enciclopedia*, IV, p. 187.

siguientes fuentes de información o de reconstrucción: LEROY BEAULIEU, *L'État moderne et ses fonctions*, Paris, 1890 (especialmente el libro III, con traducción italiana en *Biblioteca di scienze politiche*, dirigida por A. BRUNIALTI, VII, pt. I, Torino, 1891); ARTUR, “Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions”, *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1900, XIII, 214, 470; XIV, 34, 236, 436; BEYER, “Kritische Studien zur Systematisierung der Staatsfunktionen”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1911, 421, 605; KELSEN, “Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates”, *Kantfestschrift des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Berlín, 1923-1924 (reproducido posteriormente en *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, 229); THOMA, “Die Funktionem der Staatsgewalt”, en ANSCHÜTZ-THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, Tübingen, 1932, 108; VON PRAAG, *Die Rechtsfunktionen*, Haag, 1932; BURDEAU, “Remarques sur la classification des fonctions étatiques”, *Rev. Dr. Pubbl. sc. Pol.*, 1945, 2020; CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946; DEL PRETE, “Il principio funzionale della distinzione degli atti giuridici pubblici”, *Ann. Bari*, 1947; BENVENUTI, “Funzione amministrativa, procedimiento, proceso”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; TESAURO, “Le funzioni fondamentali dello Stato”, *Rass. dir. pubbl.*, 1957, 533 (reproducido posteriormente, con algunas leves modificaciones, en *Studi in onore di E. Crosa, II*, Milano, 1960, p. 1565); MODUGNO, “Poteri (Divisione di)”, en *Nss. D. I.*, XIII, 1966, 472 y aquí amplia bibliografía.

Resumen

En este artículo, el jurista italiano Franco Modugno realiza un exhaustivo análisis acerca de los diferentes aspectos que configuran la noción de función. Se trata de un término para el que se han propuesto distintas definiciones desde diferentes disciplinas científicas, y que, además, es frecuentemente utilizado en el lenguaje cotidiano. Para adecuarlo de un modo íntegro al ámbito jurídico, el autor perfila sus distintos caracteres fundamentales, entre los que destacan las ideas de deber, objeto, cargo y objetivo, cuya suma, puesta en relación con otros elementos, como la potestad personal que ostenta una determinada función o la fuente de la que surge, consigue configurar jurídicamente, de un modo global, la noción de función. Tras esto, el profesor Modugno pondera esta conceptualización del término frente a la Constitución Italiana, el Derecho público y el Derecho privado.

Palabras clave

Función; Función jurídica; Constitución Italiana; Derecho público; Derecho privado.

Abstract

This article presents an exhaustive analysis by the Italian jurist Franco Modugno of the different aspects that make up the notion of function. Several definitions have been proposed for this term from different scientific disciplines, and it is also frequently used in everyday

language. In order to fully adapt it to the legal field, the author outlines its different fundamental characteristics, particularly the ideas of duty, object, position and objective, the sum of which, when put in relation to other elements, such as the personal power that holds a certain function or the source from which it arises, manages to legally configure, in a global way, the notion of function. After this, Professor Modugno weighs this conceptualization of the term against the Italian Constitution, public law and private law.

Keywords

Function; Legal function; Italian Constitution; Public law; Private law.



Jurisprudencia



**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN,
TRIBUNALES NACIONALES Y SALVAGUARDIA
DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UE**
**Court of Justice of the European Union, National
Courts and safeguarding the Rule of Law in the EU**

BETTINA STEIBLE
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El TJUE como garante de los valores de la UE.
- III. El papel renovado de los tribunales nacionales.
- IV. Conclusiones.
- V. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) consagra una serie de valores “axiológicos”¹, entre los cuales figuran la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. La positivación de estos valores en el Derecho primario de la Unión significa que son jurídicamente vinculantes y que su interpretación debe realizarse a la luz de su posición “en la cúspide del ordenamiento de la Unión [y] según criterios previamente establecidos en los Tratados”². Así pues, los valores consagrados en el artículo 2 TUE tienen un carácter institucional en el sistema jurídico de la UE³. Sirven de fundamento de la Unión, así como de denominador común en la sociedad europea⁴, fundamentan su acción y reflejan su identidad.

1 D. SIMON, “Les fondations: L’Europe modeste?, Le traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?”, *Europe*, núm. 7, 2008, pp. 24-138.

2 T. FREIXES, “La juridificación de los valores y la igualdad como valor en la Unión Europea”, en *VVAA, Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, p. 256.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

De hecho, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) calificó la entonces “Comunidad de Derecho” en su conocida sentencia *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento Europeo* ya en 1986⁵. Asimismo, añadió en su dictamen sobre el proyecto de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos que el ordenamiento jurídico de la Unión se sustenta “en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE”⁶. Dicha premisa también se asienta en el hecho de que, para acceder a la UE, los Estados tuvieron que cumplir con los denominados criterios de Copenhague⁷ y ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Existe, pues, una cierta presunción de respeto de estos valores tanto por parte de las instituciones europeas como de sus Estados miembros⁸. No obstante, este núcleo común refleja sobre todo un horizonte político para la construcción europea antes que un acervo definitivo⁹. En efecto, la Unión se enfrenta actualmente a una “crisis de valores”¹⁰, que desvela las divisiones entre sus diferentes Estados miembros sobre aspectos fundamentales como son la gestión de la cuestión migratoria, la independencia del Poder Judicial o los derechos LGBTI.

Sin duda, las derivas por parte de algunos Estados miembros cuestionan esta presunción y obligan a repensar cómo se puede asegurar el respeto a los valores de la UE a nivel interno. Si bien los Tratados ya preveían un mecanismo mediante el artículo 7 del TUE, sus resultados han sido, hasta la fecha, insatisfactorios¹¹. Asimismo,

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento Europeo*, asunto C- 294/83, EU:C:1986:166, párr. 23.

6 Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) (*Adhesión de la Unión al CEDH II*), 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, párr. 168.

7 TUE, artículo 49.

8 Partiendo de esta legitimidad interna, la UE exterioriza sus valores, promoviendo su respeto en distintas dimensiones de su acción exterior. Sobre este aspecto, véase, por ejemplo: B. STEIBLÉ, *Ensuring compliance with International Humanitarian Law. The EU, France, and Spain*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2020.

9 C. RIZCALLAH, “Le principe de confiance mutuelle: une utopie malheureuse ?”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 118, 2019, p. 298.

10 D. KOCHENOV, “Europe’s Crisis of Values”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 48, 2014, pp. 106-118.

11 L. PECH, “From “Nuclear Option” to Damp Squib? A critical assessment of the four article 7(1) TEU hearings to date”, *Verfassungsblog*, 13 de noviembre de 2019. Disponible en el siguiente

la Comisión Europea ha desarrollado una panoplia de instrumentos, cuya eficacia es muy variable.

Frente a la inacción o acción insuficiente por parte de las instituciones europeas y de los Estados miembros, la vía judicial se ha impuesto como el último recurso para salvaguardar los valores de la Unión, especialmente el Estado de Derecho. Es así que el TJUE se ha convertido en garante del Estado de Derecho en el seno de sus Estados miembros (véase epígrafe II). Además, los recientes desarrollos en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia auguran una mayor participación de los tribunales nacionales en la salvaguardia del Estado de Derecho en el seno de los Estados miembros (véase epígrafe III).

II. EL TJUE COMO GARANTE DE LOS VALORES DE LA UE

1. Una jurisprudencia innovadora en materia de protección del Estado de Derecho

A la vista del éxito relativo de los mecanismos pensados para hacer frente a una posible vulneración de los valores de la UE, el TJUE ha tenido que pronunciarse acerca de diversos asuntos en los cuales estaba en juego el Estado de Derecho, especialmente a través de los recursos por incumplimiento (arts. 258-260 TFUE) y de las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE). Es en este contexto que diversos asuntos han llegado al TJUE sobre la base del artículo 19, apartado 1, del TUE y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, sobre el derecho a una tutela judicial efectiva¹². El Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia que vincula el principio de independencia del Poder Judicial con el valor Estado de Derecho, dotándole así de un contenido justiciable. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, precisamente porque los jueces nacionales lo son del Derecho de la Unión, debe la propia Unión garantizar la independencia de esos jueces.

La primera sentencia de calado sobre esta materia es el conocido asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, de 27 de febrero de 2018¹³. En esta sentencia,

enlace: <https://verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib/> (última consulta: 15 de junio de 2021).

12 R. MAŃKO, *Briefing 'Protecting the rule of law in the EU. Existing mechanisms and possible improvements'*, European Parliamentary Research Service, noviembre de 2019. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI\(2019\)642280_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI(2019)642280_EN.pdf) (última consulta: 15 de junio de 2021).

13 Sobre esta sentencia, véanse, entre otros: M. BONELLI y M. CLAES, "Judicial seren-

el TJUE consagra la aplicabilidad del artículo 19 TUE a cualquier tribunal susceptible de conocer una cuestión relativa al Derecho de la Unión, sin que sea necesario averiguar la aplicabilidad del Derecho de la UE al asunto en cuestión. En efecto, el simple hecho de que un tribunal nacional tenga competencia para pronunciarse acerca de cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho de la UE es suficiente para que rijan el artículo 19 TUE¹⁴. Para llegar a esta conclusión, el TJUE reconoció el vínculo entre el valor Estado de Derecho y el artículo 19, apartado 1 TUE, al interpretarlo como una “mayor concreción” del valor Estado de Derecho¹⁵. Tras haber establecido esta premisa, el Tribunal concretizó el contenido de la garantía de independencia contemplada en el artículo 47 de la Carta, “que es inherente a la misión de juzgar” y que resulta aplicable tanto a los jueces europeos como a los jueces nacionales¹⁶. Así pues, la garantía de independencia del Poder Judicial se convirtió en una obligación derivada del artículo 19, apartado 1 TUE, y “adquirió un nuevo papel en el ordenamiento constitucional de la UE como obligación de Derecho primario”¹⁷.

Con esta sentencia, el TJUE preparó el terreno para los asuntos que le llegaban desde Polonia y Hungría. Cabe mencionar los asuntos C-619/18 (Independencia de los jueces del Tribunal Supremo polaco) y C-192/18 (Independencia de los tribunales ordinarios) en los que el Tribunal consideró que las reformas del Poder

dipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, núm. 3, septiembre de 2018, pp. 622-643; L. PECH y S. PLATON, “Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses”, *EU Law Analysis*, disponible en: <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html> (última consulta: 15 de junio de 2021); L. BLATIERE, “La protection évolutive de l’État de droit par la Cour de justice de l’Union européenne”, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, núm. 31, 2019.

14 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas*, asunto C-64/16, EU:C:2018:117, párr. 40: “Por consiguiente, en la medida en que el Tribunal de Contas esté facultado, en calidad de “órgano jurisdiccional” –en el sentido expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia–, para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión, extremo que incumbe verificar al tribunal remitente, el Estado miembro de que se trata deberá garantizar que aquel órgano cumpla las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo”.

15 *Ibid.*, párr. 31.

16 *Ibid.*, párr. 42.

17 M. BONELLI y M. CLAES, *op. cit.*, pp. 622-643 (traducción libre).

Judicial emprendidas en 2017 por las autoridades polacas contravenían el Derecho de la Unión, al no ser compatibles con los elementos constitutivos del principio de independencia del Poder Judicial, especialmente el principio de inamovilidad de los jueces.

El asunto C-619/18, de 24 de junio de 2019 (Independencia de los jueces del Tribunal Supremo polaco) es la primera sentencia condenatoria adoptada por el Tribunal de Justicia en contra de Polonia, por vulneración del artículo 19, apartado 1, párrafo segundo del TUE como consecuencia de la adopción de las reformas del Poder Judicial¹⁸. Concretamente, la Comisión Europea había planteado un recurso por incumplimiento en relación con las reformas que pretendían, por un lado, adelantar la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo y aplicar esta medida a los jueces nombrados antes del 3 de abril de 2018 y, por otro, atribuir al Presidente de la República un poder discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

En esta sentencia, el Tribunal subraya la relación directa entre el artículo 2 TUE y el artículo 49, sobre los criterios de adhesión, recordando pues el compromiso permanente de los Estados miembros una vez formen parte de la Unión. Reitera que la UE:

“se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a los valores comunes proclamados en el artículo 2 TUE, los respetan y se comprometen a promoverlos, de modo que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, tales valores”¹⁹.

También pone el énfasis en la necesidad de respetar y salvaguardar los valores de la Unión para asegurar el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico de la UE. La independencia del Poder Judicial, como elemento del Estado de Derecho, es un requisito para garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión en todo su territorio, la preservación de sus características específicas y de su autonomía, así como de su sistema jurisdiccional²⁰. Siguiendo su línea jurisprudencial, remarcó la necesidad de garantizar la independencia del Tribunal Supremo, recordando que:

18 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, EU:C:2019:531.

19 *Ibid.*, párr. 42.

20 *Ibid.*, párr. 44-45.

“la necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular, el valor del Estado de Derecho”²¹.

Además, recordó cuáles son los elementos constitutivos de dicha independencia. Hay un aspecto externo, que implica la ausencia de “vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros” así como la imposibilidad de “recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que [el juez] quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones”²². En cuanto al aspecto interno, se asocia a la imparcialidad y “exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica”²³. Aplicando estos principios al caso y vinculándolos con el principio de inamovilidad, concluye a la vulneración del artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del TUE.

En esta sentencia, el Tribunal denota la desconsideración de las autoridades polacas por el principio de cooperación leal²⁴ y expresa duras críticas en contra de la reforma. Efectivamente, emite “serias dudas en cuanto a que la reforma de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio” del Tribunal Supremo realmente persiga los objetivos alegados –ajustar la edad de jubilación de los jueces con la edad general de jubilación aplicable a los trabajadores– “en lugar de en la voluntad de apartar a un determinado grupo de jueces de ese Tribunal”²⁵.

Asimismo, cabe referirse al asunto C-192/18 (Independencia de los tribunales ordinarios) de 5 de noviembre de 2019²⁶. Concretamente, la Comisión Europea

21 *Ibid.*, párr. 58.

22 *Ibid.*, párr. 72.

23 *Ibid.*, párr. 73.

24 L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, “Poland’s Rule of Law Breakdown: a Five-Year Assessment of EU’s (In) Action”, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, 2021, p. 30.

25 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, EU:C:2019:531, párr. 82.

26 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran sala), de 5 de noviembre de 2019, asunto C-192/18, Comisión Europea contra República de Polonia, EU:C:2019:924. Sobre esta sentencia, véase, entre

había planteado un recurso por incumplimiento contra el Estado polaco con motivo de la adopción de un conjunto de reformas que pretendían reducir la edad de jubilación aplicable a los jueces de los tribunales ordinarios, así como facultar al Ministro de Justicia para autorizar y denegar la prórroga del período en ejercicio en activo del cargo de juez.

En esta sentencia, el Tribunal rechazó el argumento esgrimido por las autoridades polacas según el cual no tenía competencia para pronunciarse acerca de las reformas relativas a la Administración de Justicia, al recordar que “al ejercer esta competencia, [los Estados miembros] deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión”²⁷. Como los tribunales ordinarios polacos “forman parte del sistema polaco de vías de recurso en los ‘ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión’ [...] deben cumplir las exigencias de la tutela judicial efectiva”²⁸, por lo que garantizar su independencia resulta esencial. En definitiva, también es la primera vez que el Tribunal califica al principio de inamovilidad como de “importancia capital”²⁹.

Otro recurso por incumplimiento importante es el asunto C-791/19 (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo) interpuesto por la Comisión Europea contra Polonia. Aún está pendiente de resolver, pero en un auto de 8 de abril de 2020, el TJUE ordenó la suspensión de la aplicación de la normativa polaca sobre la nueva Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo³⁰. Como señala Laurent Pech, este auto es “significativo y sin precedente”³¹. Por un lado, deja claro que el Derecho de la Unión prohíbe la creación de salas disciplinarias que no cumplen el derecho a una tutela judicial efectiva. Por otro, ordenó la suspensión inmediata de los procedimientos disciplinarios iniciados ante la Sala Disciplinaria, hasta que se dictase la sentencia definitiva. Además, el Abogado General Evgeni Tanehev ya emitió sus conclusiones el 6 de mayo de 2021, en las cuales invitaba el TJUE a declarar

otros: L. PECH y S. PLATON, “The beginning of the end for Poland’s so-called “judicial reforms?” *RECONNECT Blog*, 2 de julio de 2019. Disponible en: <https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-lawreform> (última consulta: 15 de junio de 2021).

27 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran sala), de 5 de noviembre de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, asunto C-192/18, EU:C:2019:924, párr. 102.

28 *Ibid.*, párr. 104.

29 L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, p. 30.

30 Auto del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2020, *Comisión Europea contra República de Polonia*, asunto C-791/19 R, EU:C:2020:277.

31 L. PECH, “Protecting Polish judges from Poland’s Disciplinary “Star Chamber”: Commission v. Poland (Interim proceedings)”, *Common Market Law Review*, núm. 58, 2021, pp. 137-138.

el nuevo régimen disciplinario del Poder Judicial como siendo contrario al Derecho de la Unión³².

Aparte de los recursos por incumplimiento, también cabe destacar la jurisprudencia originada con base en las cuestiones prejudiciales. No obstante, si bien la cuestión prejudicial ha permitido ciertos avances importantes, también cabe recalcar los límites del sistema. En efecto, restringiéndonos al caso de Polonia, de las treinta y cinco cuestiones elevadas por los tribunales polacos durante el período 2016-2020, únicamente dos sentencias de fondo han sido emitidas por el Tribunal³³.

En el asunto L.M. (o Celmer), de 25 de julio de 2018, el TJUE considera que:

“la necesidad de independencia de los jueces está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros, enumerados en el artículo 2 TUE, en particular, del valor del Estado de Derecho”³⁴.

Asimismo, en el asunto A.K., de 19 de noviembre de 2019 (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)³⁵, el TJUE asentó, a petición del Tribunal Supremo polaco, los criterios que permiten determinar si un órgano judicial efectivamente satisface dicha necesidad de independencia. En la misma cuestión prejudicial, el Tribunal explicó cómo determinar si el nuevo Consejo Nacional del Poder Judicial, fruto de las recientes reformas, goza de independencia. Si bien el Tribunal evitó pronunciarse *in concreto* sobre la nueva cámara disciplinaria del Tribunal supremo polaco y el nuevo Consejo Nacional del Poder Judicial, el análisis entre líneas de la sentencia demuestra que no se satisfacen estas exigencias³⁶. De hecho, el tribunal remitente llegó a esa misma

32 Véanse las Conclusiones del Abogado General Evgeni Tanchev, presentadas el 6 de mayo de 2021, *Comisión Europea contra República de Polonia*, asunto C-791/19, EU:C:2021:366.

33 L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, p. 32.

34 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 25 de julio de 2018, *LM*, asunto C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, párr. 48.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 19 de noviembre de 2019, *AK/Krajowa Rada Rada Sądownictwa y CP y DO/Sąd Najwyższy*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

36 S. PLATON, “Writing between the lines. The preliminary ruling of the CJEU on the independence of the disciplinary chamber of the Polish Supreme Court”, *EU Law Analysis*. Disponible en:

conclusión, al considerar que la Sala Disciplinaria no podía ser considerada un tribunal acorde con el Derecho de la Unión, y que, por tanto, tampoco podía serlo según el Derecho polaco³⁷.

Igualmente, cabe destacar el reciente asunto *Repubblika*³⁸, donde el TJUE reconoce por primera vez el principio de no regresión del nivel de protección de los valores de la Unión. Considera, pues, que los Estados miembros no pueden modificar su normativa en materia de organización de la justicia si implica una regresión del valor Estado de Derecho³⁹. Esta sentencia es, por consiguiente, extremadamente importante, ya que permite hacer el enlace de forma explícita entre los criterios de adhesión a la UE y el respeto a los valores de la UE por parte de los Estados miembros. Vincula los Estados miembros al compromiso que demostraron durante el proceso de adhesión. De este modo, se explicita en términos jurídicos la permanencia de este compromiso, y los Estados miembros no pueden eludir sus obligaciones derivadas del cumplimiento de los criterios de Copenhague una vez dentro de la UE.

Finalmente, cabe hacer una mención especial al asunto *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*, ya que, a pesar de sentenciar la inadmisibilidad de las peticiones planteadas por dos jueces polacos, el razonamiento seguido por el Tribunal es ilustrativo y contiene un aviso a las autoridades polacas según el cual imponer procedimientos disciplinarios por haber elevado una cuestión prejudicial contraviene el Derecho de la Unión: “la mera perspectiva de poder ser sometido, en su caso, a un procedimiento disciplinario por haber efectuado tal remisión o haber decidido mantenerla después de haberla realizado” contraviene el principio de independencia del Poder Judicial y el Derecho de la Unión⁴⁰.

Así pues, el TJUE se ha convertido en un garante del valor Estado de Derecho a nivel supranacional: protege la independencia del poder judicial a nivel nacional y asume de nuevo su papel motor del proceso de integración

<http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/11/writing-between-lines-preliminary.html> (última consulta: 15 de junio de 2021); L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, p. 32.

37 L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, p. 34.

38 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de abril de 2021, *Repubblika contre II-Prim Ministru*, asunto C-896/19, EU:C:2021:311.

39 *Ibid.*, párr. 63-65.

40 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*, asuntos acumulados C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234, párr. 58.

européa⁴¹. Este activismo es bienvenido frente a la ineficacia de los demás mecanismos existentes. No obstante, esta jurisprudencia ha tenido un impacto desigual sobre el terreno.

2. Una jurisprudencia con un impacto desigual sobre el terreno

Aparte de los desarrollos sobre el contenido del valor Estado de Derecho y de la visibilidad otorgada a las derivas ocurridas, al menos, en Polonia y Hungría, la jurisprudencia del TJUE ha tenido ciertos efectos. Así pues, tras el auto C-619/18 R, algunos jueces que habían sido jubilados forzosamente, fueron reincorporados al Tribunal⁴². No obstante, esta jurisprudencia tiene límites, originados en parte por el propio sistema jurisdiccional de la UE y otros derivados de la actuación de las autoridades nacionales.

En efecto, se han emitido muchas críticas hacia la Comisión Europea, cuya acción ha sido considerada insuficiente a lo largo de los años: en primer lugar, de cara a las reformas adoptadas en Hungría y, en segundo lugar, frente a las autoridades polacas. Efectivamente, a pesar de los incumplimientos reiterados por parte de los Estados en cuestión, la Comisión Europea no ha asumido todas las consecuencias derivadas de su papel de guardiana de los Tratados.

Frente a las diversas cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces polacos en relación con las reformas que menoscaban su independencia, la Comisión Europea ha planteado pocos recursos por incumplimiento. Es más, cuando sí lo ha hecho, tampoco ha tomado las medidas adicionales exigibles, tras constatar que las autoridades nacionales habían permanecido en una postura de incumplimiento de la jurisprudencia del TJUE. A modo de ejemplo, como indican Laurent Pech, Patryk Wachociec y Dariusz Mazur, el incumplimiento de las sentencias y autos del TJUE por parte de las autoridades polacas ha llegado a su extremo con la adopción a finales de 2019 de la denominada “ley mordaza”. Ésta legalizó las vulneraciones sistémicas de la jurisprudencia del TJUE, y fue seguida por la “nulificación *de facto* y *de iure*” de la cuestión prejudicial A. K. ya mencionada⁴³. Asimismo, la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo ha seguido imponiendo medidas disciplinarias a los jueces que defendían la independencia del Poder Judicial⁴⁴.

41 L. BLATIERE, “La protection évolutive de l’État de droit par la Cour de justice de l’Union européenne”, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, núm. 31, 2019.

42 L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, p. 15.

43 *Ibid.*, p. 28.

44 *Ibid.*, p. 32.

A este respecto, una vía interesante sería interponer recursos por inexecución de las sentencias del TJUE e imponer sanciones pecuniarias, según los términos del artículo 260, apartado 2, del TFUE. Otra vía podría ser interponer recursos por omisión, precisamente para presionar a la Comisión Europea y obligarla a ser más contundente frente a las autoridades nacionales que menoscaban los valores fundamentales de la Unión. Asimismo, la jurisprudencia del TJUE ha activado nuevas herramientas de presión hacia las autoridades que vulneran el valor Estado de Derecho en el contexto de las euroórdenes, gracias a la colaboración con los tribunales nacionales.

III. EL PAPEL RENOVADO DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

1. La vulneración del Estado de derecho como causa de no ejecución de una euroorden

Como es sabido, el ordenamiento jurídico de la UE, incluido el espacio de libertad, seguridad y justicia, se sustenta en los principios de reconocimiento y confianza mutua. Comportan una presunción de admisibilidad de las decisiones judiciales adoptadas en el seno de los otros Estados miembros. A pesar de no gozar de un reconocimiento en los Tratados, constituyen la “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal” en la UE⁴⁵. Sobre esta base se adoptó la Decisión-marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁴⁶. Efectivamente, a falta de armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la UE, era necesario fundamentarse en estos principios para aceptar la adopción de la Decisión-marco.

El mecanismo instaurado por la Decisión-marco establece un sistema simplificado de entrega entre los Estados miembros de las personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las sentencias o de diligencias en materia penal⁴⁷. En 2003, el TJUE aclaró en una cuestión prejudicial que este mecanismo “implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos

45 Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la Presidencia.

46 Decisión-Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, JO L 190 de 18.7.2002, p. 1-20.

47 *Ibid.*, preámbulo.

accepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente⁴⁸. Este instrumento jurídico fundamentado en la confianza mutua favorece el proceso de integración jurídica de la Unión, ya que permite atenuar, sino suprimir, las fronteras jurídicas en el espacio europeo, a la vez que respeta la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁹. Así lo recordó el TJUE en su Dictamen 2/13 sobre la adhesión al CEDH, en el cual afirmó que el principio de confianza mutua “permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores” (párr. 191).

No obstante, los ataques repetidos contra la independencia del Poder Judicial en algunos Estados miembros ponen en jaque la correcta aplicación de las euroórdenes, en la medida en que suponen un riesgo para el principio de confianza mutua. Efectivamente, algunos tribunales nacionales pueden legítimamente preguntarse si todavía pueden ejecutar las órdenes de detención emitidas por las autoridades de los países que socavan los valores fundamentales de la UE. En este contexto, la Decisión-marco enumera los motivos para la no ejecución de las euroórdenes. Si bien no hace una mención explícita a los riesgos de vulneración de los derechos fundamentales, el preámbulo de la Decisión-marco afirma que “el mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros, por lo que su aplicación únicamente se puede suspender en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados Miembros” de los derechos fundamentales⁵⁰.

Sobre esta base, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado, hasta llegar a reconocer los riesgos de vulneración sistémicas del Estado de Derecho como posible motivo de no ejecución de una euroorden. En primer lugar, el TJUE reconoció en el asunto *Aranyosi y Căldăraru* la vulneración de los derechos fundamentales como motivo de denegación de la ejecución de una euroorden “en circunstancias excepcionales”⁵¹. Para ello, el tribunal nacional debe realizar un análisis que le permita demostrar “la existencia de deficiencias sistémicas o ge-

48 STJUE de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügge*, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, párr. 33.

49 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 299.

50 Considerando 12 de la Decisión marco 2002/584.

51 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 5 de abril de 2016, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, párr. 78-82; Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), *cit.*, párr. 191.

neralizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión”⁵². Esta sentencia aplicable a las condiciones de detención abrió entonces el paso a excepciones derivadas del incumplimiento del valor Estado de Derecho, en su vertiente relativa a la independencia del Poder Judicial.

Posteriormente, el TJUE dictó en el asunto *L.M.*, de 25 de julio de 2018⁵³, los criterios que los tribunales nacionales deben seguir para poder denegar la ejecución de una orden de detención europea en caso de amenaza al Estado de Derecho en el Estado emisor. Dicho esto, este asunto se enmarca en la línea jurisprudencial iniciada en la sentencia *Aranyosi y Căldăraru*, al considerar que los límites a los principios de reconocimiento y confianza mutua se pueden admitir únicamente “en circunstancias excepcionales”⁵⁴.

En el asunto *L. M.* (o *Celmer*), el Tribunal Superior irlandés (*High Court*) había elevado una cuestión prejudicial al TJUE para saber si, dada la naturaleza sistémica de la vulneración del Estado de Derecho en Polonia –reflejada, entre otros, en la activación del artículo 7 TUE por parte de la Comisión Europea en contra de Polonia – podía abstenerse de ejecutar una orden de detención europea emitida por las autoridades polacas. El tribunal remitente alegaba que existía un riesgo real de que el interesado fuese juzgado arbitrariamente en Polonia, que su entrega supondría una violación del artículo 6 CEDH y que, por lo tanto, debía ser rechazada.

Según el TJUE, los tribunales deben seguir un examen en dos etapas o dos criterios –uno general y otro concreto–. En primer lugar, los tribunales nacionales deben analizar,

“basándose en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos al funcionamiento del sistema judicial del Estado Miembro emisor si existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, como consecuencia de la falta de independencia [del poder judicial del Estado en cuestión], debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en ese mismo Estado”⁵⁵.

52 *Ibid.*, párr. 89.

53 STJUE *LM*, *cit.*

54 *Ibid.*, párr. 44.

55 *Ibid.*, párr. 61.

Para ello, la información recopilada por la Comisión en el marco del mecanismo del artículo 7 TUE o por la Comisión de Venecia es especialmente relevante.

En segundo lugar, si el tribunal nacional constata que existe tal riesgo, entonces deberá “comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá ese riesgo”⁵⁶, es decir, si la persona buscada gozará del derecho a un proceso equitativo. En caso de no cumplirse ambas condiciones –general y concreta– no se da el supuesto que permite el ejercicio normal de las euroórdenes, ya que no podría mantener la aplicación del principio de confianza mutua.

Posteriormente, en una cuestión prejudicial del 17 de diciembre de 2020 (Asuntos acumulados C-354/20 PPU y C-412/20 PPU)⁵⁷, el TJUE aclaró que las deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a la independencia del Poder Judicial del Estado miembro emisor, por graves que sean, no constituyen por sí solas una base suficiente que permita denegar automáticamente la ejecución de las órdenes de detención europeas [emitidas en Polonia], por lo que se ha de analizar cada caso de forma individualizada. La existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas excluye por tanto cualquier forma de automatismo.

Al contrario, los tribunales nacionales de ejecución también deben analizar la situación concreta de cada asunto, solicitando información al tribunal emisor para evaluar si el riesgo es aplicable al asunto en concreto. Es por tanto preciso establecer una cooperación entre el tribunal de ejecución y el tribunal emisor para realizar este análisis. En efecto, atendiendo a las especificidades del sistema de cooperación judicial en materia penal, el TJUE resalta la necesidad de atestiguar este riesgo en concreto para evitar cualquier situación de impunidad⁵⁸.

Sobre este aspecto, el TJUE matizó la jurisprudencia Celmer, al enfatizar la necesidad de realizar una cierta vigilancia en caso de agravamiento de las deficiencias sistémicas o generalizadas relativas a la independencia del Poder Judicial del Estado emisor⁵⁹. Así pues, explicitó los criterios que los tribunales nacionales pueden tomar en consideración en el ejercicio de esta vigilancia:

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 68.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de diciembre de 2020, asuntos acumulados C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 63-64.

⁵⁹ L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, p. 26.

“Habida cuenta de la situación personal de la persona cuya entrega se solicita mediante la orden de detención europea de que se trate, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico en el que se dictó esa orden de detención, como las declaraciones de autoridades públicas que pueden interferir en el tratamiento que ha de darse a un caso concreto, y tomando en consideración la información que le haya facilitado la autoridad judicial emisora”⁶⁰.

Este examen en dos fases ya ha sido aplicado por algunos tribunales nacionales. Por ello, parece que estemos frente a la puesta en marcha de un sistema descentralizado de “vigilancia mutua”, en apoyo del TJUE.

Si bien en el caso irlandés que dio lugar a la sentencia *Celmer*, la *High Court* irlandesa decidió entregar a la persona buscada, al no darse el segundo criterio del examen. Desde entonces, algunos tribunales nacionales han optado por denegar la entrega de la persona buscada debido a la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas.

Por ejemplo, dos tribunales alemanes rechazaron la ejecución de órdenes de detención europeas emitidas en Polonia debido al estado del sistema judicial polaco, conclusión a la que llegaron tras tomar en cuenta una serie de consideraciones⁶¹. El Tribunal Regional Superior de Karlsruhe explicó que el motivo principal que fundamentaba su denegación de ejecución de la euroorden era la entrada en vigor de la ‘ley mordaza’ en Polonia. También alegó los abusos derivados de los procedimientos disciplinarios iniciados en contra de algunos jueces por la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo, a pesar de su falta de independencia. Según el Tribunal, una petición de entrega de un ciudadano alemán debe ser rechazada si los procedimientos penales pueden tener lugar en Alemania adecuadamente; finalmente, los riesgos de vulneración del Estado de Derecho deben ser tomados en cuenta. Por tanto, parece ser que el criterio en concreto no se ha aplicado a este caso y que la existencia de deficiencias generalizadas fue un motivo suficiente para denegar la ejecución de la euroorden.

60 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de diciembre de 2020, asuntos acumulados C-354/20 PPU y C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, párr. 61.

61 OLG Karlsruhe, resolución del 6 de octubre de 2020 [Ausl. 301 AR 34/20] y del 17 de febrero de 2020 [Ausl. 301 AR 156/19]. Véase A. WÓJCIK, *A German court refuses to extradite a German citizen to Poland, because of the state of the Polish judicial system*, 14 de enero de 2021. Disponible en: <https://ruleoflaw.pl/german-court-european-arrest-warrant-poland/> (última consulta: 15 de junio de 2021).

En cambio, en una decisión del 10 de febrero de 2021, el Tribunal de Distrito de Ámsterdam sí aplicó claramente el examen en dos fases del TJUE, y denegó la entrega de la persona buscada⁶². La primera etapa no supuso mucha dificultad, pues se fundamentó en las distintas reformas del Poder Judicial, la información recopilada por la Comisión Europea en conexión con los recursos de incumplimiento y las sentencias del TJUE en la materia.

Además, en esta decisión, el tribunal de Ámsterdam también concluyó que existían pruebas suficientes para demostrar la existencia de un riesgo real de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona buscada. Para llegar a esta conclusión, menciona los comentarios de políticos y medios de comunicación polacos sobre el asunto y el hecho de que el Fiscal General haya hecho referencia al nombre de la persona buscada en un memorándum dirigido a los fiscales⁶³. También hace referencia a los procedimientos disciplinarios iniciados por la cámara disciplinaria del Tribunal Supremo en contra de al menos dos de los jueces del tribunal emisor, uno siendo presidente del tribunal en cuestión⁶⁴. Por estos motivos, denegó la entrega, al considerar que el asunto había llamado la atención de las autoridades y que podría tener un efecto paralizador (*chilling effect*) sobre los jueces responsables del asunto.

Consignientemente, la jurisprudencia desarrollada por el TJUE sobre la existencia de deficiencias sistémicas como motivo de la no ejecución de una euroorden se está implementando, y posiblemente, conocerá más desarrollos a falta de cambios por parte de las autoridades polacas. Demostrando, por tanto, que la vulneración de los valores de la Unión no constituye solamente un riesgo para el sistema democrático del Estado en cuestión, sino que además menoscaba los fundamentos del ordenamiento jurídico de la Unión. A este respecto, tanto el principio de confianza mutua, piedra angular de la cooperación judicial en el seno de la UE, como la propia configuración del espacio de cooperación judicial se ven alterados. Parece pues, que el sistema se esté configurando hacia una “vigilancia mutua”⁶⁵ entre tribunales nacionales, bajo los auspicios del TJUE.

62 ECLI:NL:RBAMS:2021:420. Disponible en (en inglés): <https://www.rechtspraak.nl/Site-CollectionDocuments/4501679623-zaak-ml-tbv-vertaling.pdf#search=judgment%20amsterdam%20court%2010%20February%202021> (última consulta: 15 de junio de 2021).

63 *Ibid.*, párr. 5.3.8.

64 *Ibid.*, párr. 5.3.7.

65 Colloque de la Cour de cassation, “Le mandat d’arrêt européen: de la reconnaissance mutuelle vers la supervision mutuelle?”, 3 de junio de 2021.

2. ¿Desde la confianza mutua hacia una vigilancia mutua?

La jurisprudencia del TJUE desvela las tensiones entre la necesidad de salvaguardar el Estado de Derecho en los Estados miembros y el principio de confianza mutua. En este sentido, existe una relación paradójica entre estos dos elementos, ya que la confianza mutua tiene su fundamento en la presunción de respeto a los valores de la Unión y, esta a su vez, puede llegar a constituir un límite al poder otorgado a los tribunales para asegurar el respeto de estos valores.

Existe, pues, una “relación circular” entre el principio de confianza mutua y los valores de la UE⁶⁶. En el Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 ya mencionado, el TJUE explicitó que es sobre la premisa de que los Estados miembros comparten un conjunto de valores, que se asienta y se justifica “la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica”⁶⁷. Como subrayó el Presidente del TJUE, para que los tribunales efectivamente demuestren esta confianza mutua, deben ser independientes, y la protección de la independencia del Poder Judicial es esencial para fomentar la confianza mutua entre los tribunales⁶⁸.

En consecuencia, el principio de confianza mutua, a la vez que impone, se asienta en una presunción del respeto a los valores de la UE por parte de sus Estados miembros. El TJUE recordó que el principio de confianza mutua:

“obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho”⁶⁹.

En este contexto, el razonamiento seguido por el TJUE en los asuntos *Celmer* y *PPU* no ha estado exento de críticas. En efecto, algunos autores consideran que el Tribunal de Justicia otorga un peso excesivamente elevado al principio

66 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 303.

67 *Ibid.*, párr. 168.

68 K. LENAERTS, “The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence”, Speech at the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland, Warsaw, 19 de marzo de 2018, disponible en: www.nsa.gov.pl/download.php?id=753&mod=m/11/pliki_edit.php (última consulta: 15 de junio de 2021).

69 Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, *cit.*, párr. 191.

de confianza mutua, poniendo en peligro la salvaguardia de los valores de la Unión. Se puede considerar que el principio de confianza mutua puede erosionar sus propios fundamentos en la medida que, tal y como está interpretado por el TJUE, descarta prevenir futuras vulneraciones de los derechos fundamentales y puede obligar a las autoridades del Estado de ejecución a respaldar un quebrantamiento demostrado⁷⁰. Asimismo, se puede argumentar que el TJUE no toma en cuenta el carácter sistémico de los ataques a la independencia del Poder Judicial en Polonia, a pesar de la adopción de la “ley mordaza”, con el objetivo de garantizar el principio de confianza mutua a toda costa⁷¹. Según estos autores, la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas debería de constituir un motivo suficiente para denegar la ejecución de las euroórdenes, ateniéndose a la existencia de un conjunto de sentencias que atestiguan el deterioro del Estado de Derecho en Polonia, la activación del artículo 7 TUE, la activación de procedimientos disciplinarios en contra de jueces que aplican la jurisprudencia del TJUE, así como la actitud del gobierno polaco, poco dispuesto a cumplir con el Derecho de la Unión en la materia. Mientras que el TJUE reconoció que el Estado de Derecho no puede ser garantizado si el Poder Judicial carece de independencia, parece no haber asumido todas las consecuencias de esta idea, en tanto que no considera que el deterioro estructural de la independencia del Poder Judicial implica descartar la aplicación del principio de confianza mutua⁷². Por tanto, según estos autores, la crisis de los valores de la Unión debería de ser reconocida como una vulneración de la confianza mutua.

También alegan, estos autores, que la carga de la prueba debería de recaer en las autoridades emisoras y no en los sujetos de la euroorden. Sobre este aspecto, será interesante ver cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegará a interpretar el artículo 6 del Convenio en una situación semejante, y si compartirá el criterio del TJUE⁷³.

Finalmente, a nivel práctico, se puede cuestionar la relevancia de iniciar un intercambio de información entre el tribunal de ejecución y el tribunal emisor. En efecto, los jueces de ejecución se ven obligados a analizar la veracidad de las

70 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 303.

71 L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, *op. cit.*, pp. 36-37.

72 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 321.

73 R. SPANO, “The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary”, *European Law Journal*, núm. 1, 2021, p. 16.

garantías presentadas por las autoridades de emisión, cuya independencia está amenazada⁷⁴.

Todas esas críticas no carecen de fundamento y, seguramente, se tendría que avanzar en este deber de “vigilancia mutua”. A este respecto, los tribunales nacionales de ejecución de euroórdenes procedentes de Estados miembros en los cuales (siguiendo los criterios del TJUE) el deterioro del Estado de Derecho ha sido documentado, deben sacar las conclusiones pertinentes. En este sentido, el TJUE ha sentado las bases de un sistema que se sustenta en una colaboración entre este y los tribunales nacionales, llegando a descentralizar la salvaguardia del Estado de Derecho. Se trata sin duda de un sistema imperfecto, pero su potencial tal vez no haya sido suficientemente aprovechado. La decisión del Tribunal de Ámsterdam demuestra que la implementación de este sistema puede producir resultados y que los tribunales nacionales están llamados a ostentar un papel importante en la protección de los valores del ordenamiento jurídico de la Unión.

IV. CONCLUSIONES

El proceso de integración europea se encuentra frente a un desafío de calado: una crisis de valores, originada entre otros por la contestación de sus propios fundamentos por parte de sus Estados miembros. La salvaguardia de los valores de la UE constituye entonces una prueba de cara a su credibilidad como potencia pacificadora, tanto en su dimensión interior como en su dimensión exterior. Ciertamente se trata de una cuestión que determinará el futuro de la Unión y, por ello, se requiere una toma de conciencia por parte de todos los actores –instituciones europeas, Estados miembros, tribunales y sociedad civil– que puedan participar en la resolución de esta problemática.

Frente a la falta de voluntad política de algunas instituciones o de los Estados miembros para confrontarse a las derivas de ciertos Estados miembros, el Poder judicial ha sido llamado a ostentar un papel clave: primero, el TJUE y, ahora, los tribunales nacionales. Estos pueden contribuir a inducir un cambio favorable hacia la restauración de los valores de la UE en todos sus Estados miembros, en su calidad de jueces del Derecho común de la Unión. En el ejercicio de esta misión, los jueces nacionales participan en la correcta aplicación del Derecho de la Unión en su territorio, en particular, del acervo

74 C. RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 319.

relativo al Estado de Derecho, en su vertiente relativa a la independencia del Poder Judicial.

Esta dinámica igualmente cuestiona otros fundamentos del sistema jurídico, como el principio de confianza mutua. No obstante, el TJUE ha enmarcado de forma restrictiva esta excepción, mitigando así en una cierta medida las posibles acusaciones de doble rasero o posibles decisiones arbitrarias adoptadas por los tribunales nacionales, y que podrían ser consideradas como formas de injerencia indebida. A este respecto, recurrir a fuentes objetivas a la hora de analizar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas, como los datos aportados por la Comisión de Venecia, reviste una gran importancia.

En definitiva, es posible considerar que, lejos de socavar el principio de confianza mutua, la participación de los tribunales nacionales en la salvaguardia del Estado de Derecho en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia precisamente pretende reforzar este principio. Sin Estado de Derecho y sin independencia del Poder Judicial, difícilmente se puede construir un espacio de libertad, seguridad y justicia, y la cooperación judicial no puede tener lugar. Las euroórdenes se convierten, pues, en un instrumento que permite hacer respetar los valores de la Unión, gracias a la colaboración y al diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BLATIERE, L., “La protection évolutive de l’État de droit par la Cour de justice de l’Union européenne”, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, núm. 31, 2019 (www.revuedlf.com).
- M. BONELLI y M. CLAES, “Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, núm. 3, septiembre de 2018, pp. 622-643.
- P. BONNECARRÈRE, y J. Y. LECONTE, *Rapport d’information n° 457 (2020-2021) fait au nom de la commission des affaires européennes sur l’État de droit dans l’Union européenne*, Sénat, París, 18 de marzo 2021.
- T. FREIXES, “La juridificación de los valores y la igualdad como valor en la Unión Europea”, en VVAA, *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts Valencianes, Valencia, pp. 254-265.
- D. KOCHENOV, “Europe’s Crisis of Values”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 48, 2014, pp. 106-118.

- K. LENAERTS, “The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence”, Speech at the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland, Warsaw, 19 de marzo de 2018, disponible en el siguiente enlace: www.nsa.gov.pl/download.php?id=753&mod=m/11/pliki_edit.php (última consulta: 15 de junio de 2021).
- R. MAŃKO, *Briefing ‘Protecting the rule of law in the EU. Existing mechanisms and possible improvements’*, European Parliamentary Research Service, noviembre de 2019. Disponible en el siguiente enlace: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI\(2019\)642280_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642280/EPRS_BRI(2019)642280_EN.pdf) (última consulta: 15 de junio de 2021).
- D. MAZUR, *From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the ‘muzzle act’, Annual report for 2020 (second publication)*, 31 de diciembre de 2020. Disponible en el siguiente enlace: http://themis-sedziowie.eu/wp-content/uploads/2021/02/Themis_From-bad-to-worse_ang_wer2.pdf (última consulta: 15 de junio de 2021).
- L. PECH, P. WACHOCIEC y D. MAZUR, “Poland’s Rule of Law Breakdown: a Five-Year Assessment of EU’s (In)Action”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, vol. 13, pp. 1-43.
- L. PECH, “Protecting Polish judges from Poland’s Disciplinary ‘Star Chamber’: Commission v. Poland (Interim proceedings)”, *Common Market Law Review*, núm. 58, 2021, pp. 137-162.
- L. PECH, “From ‘Nuclear Option’ to Damp Squib? A critical assessment of the four article 7(1) TEU hearings to date”, *Verfassungsblog*, 13 de noviembre de 2019. Disponible en el siguiente enlace: <https://verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib/> (última consulta: 15 de junio de 2021).
- L. PECH y S. PLATON, “Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses”, *EU Law Analysis*, Disponible en el siguiente enlace: <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html> (última consulta: 15 de junio de 2021).
- S. PLATON, “Writing between the lines. The preliminary ruling of the CJEU on the independence of the disciplinary chamber of the Polish Supreme Court”, *EU Law Analysis*. Disponible en el siguiente enlace: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/11/writing-between-lines-preliminary.html> (última consulta: 15 de junio de 2021).
- C. RIZCALLAH, “Le principe de confiance mutuelle: une utopie malheureuse ?”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 118, 2019, pp. 297-322.

- D. SIMON, “Les fondations: L’Europe modeste ?, Le traité de Lisbonne: oui, non, mais à quoi?”, *Europe*, núm., 2008, pp. 24-138.
- R. SPANO, “The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary”, *European Law Journal*, núm. 1, 2021, pp. 1-17.
- B. STEIBLE, *Ensuring compliance with International Humanitarian Law. The EU, France, and Spain*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2020.
- A. WÓJCIK, *A German court refuses to extradite a German citizen to Poland, because of the state of the Polish judicial system*, 14 de enero de 2021. Disponible en el siguiente enlace: <https://ruleoflaw.pl/german-court-european-arrest-warrant-poland/> (última consulta: 15 de junio de 2021).

Resumen

Reflejando las constituciones nacionales, la Unión Europea (UE) se ha dotado de valores fundamentales –la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos– actualmente consagrados en el artículo 2 del Tratado de la UE. Estos valores axiológicos legitiman la existencia de la UE, fundamentan su acción y reflejan su identidad. Existe pues, una cierta presunción de respeto de estos valores tanto por parte de las instituciones europeas como de sus Estados miembros. Partiendo de esta legitimidad interna, la UE exterioriza sus valores, promoviendo su respeto en distintas dimensiones de su acción exterior. No obstante, las derivas iliberales de algunos Estados miembros de la UE cuestionan esta presunción y obligan a repensar cómo se puede asegurar el respeto de los valores de la UE a nivel interno. Es necesario no solamente para asegurar la credibilidad de la acción exterior de la UE, sino también para la propia existencia del ordenamiento jurídico de la UE, tal y como demuestra la reciente decisión de un tribunal neerlandés negando la ejecución de una euroorden en Polonia. En este artículo, se analiza el papel del Poder Judicial europeo en la salvaguardia del Estado de Derecho, y del correspondiente papel de los tribunales nacionales en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Palabras clave

Valores de la UE; Estado de Derecho; Independencia del Poder Judicial; Confianza mutua; Euroorden.

Abstract

Reflecting national constitutions, the European Union (EU) has endowed itself with fundamental values –democracy, the rule of law and respect for human rights– now enshrined in Article 2 of the EU Treaty. These axiological values legitimise the EU’s existence, underpin its action and reflect its identity. There is therefore a certain presumption of respect for these values on the part of both the European institutions and its Member States. On the basis of this internal legitimacy, the EU externalises its va-

lues, promoting respect for them in different dimensions of its external action. However, the illiberal drifts of some EU member states call this assumption into question and force a rethink of how to ensure respect for EU values internally. This is necessary not only to ensure the credibility of the EU's external action, but also for the very existence of the EU legal order, as demonstrated by the recent decision of a Dutch court refusing the execution of a European arrest warrant in Poland. This article analyses the role of the European judiciary in safeguarding the rule of law, and the corresponding role of national courts in the area of freedom, security and justice.

Keywords

EU values; Rule of Law; Judicial Independence; Mutual trust; European Arrest Warrant.

Recibido: 16 de junio de 2021

Aceptado: 23 de junio de 2021



Legislación



CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.
PRIMER SEMESTRE DE 2021
Chronicle of European legislation. First semester 2021

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Código de Conducta de los miembros del Tribunal de Cuentas Europeo.
- II. Reglamento (UE) del Parlamento y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el mecanismo de Recuperación y Resiliencia.
- III. Reglamento (UE) 2021/240 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de febrero de 2021 por el que se establece un sistema de apoyo técnico.
- IV. Decisión del Comité Director sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural.
- V. Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de modificación del Reglamento de Europol.

I. CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO

La tendencia de la homologación de la Unión Europea (UE) con los Estados le llevó a crear las mismas instituciones con cobertura supranacional. Una de ellas es el Tribunal de Cuentas previsto en los arts. 285, 286 y 339, y desde ahí también una regulación de esas instituciones muy parecida. El Tribunal se dotó de un Reglamento interno y ahora de un Código de conducta, igualmente previsto en los arts. 3, 34 y 81.4.

Lo que persigue este Código es establecer mecanismos que garanticen la independencia de su funcionamiento, y para ello se articula en una serie de normas que regulan el estatus de sus miembros y las condiciones en el ejercicio de sus funciones.

Como valores exigibles en el desempeño de sus funciones estarían de una parte la integridad, la independencia, la confidencialidad, la transparencia y la lealtad y discreción como exigencias en la conducta de sus miembros, y de otra una serie de prohibiciones concretas como la de aceptar regalos o financiación indirecta en gastos

de viajes o actividades externas. Llama poderosamente la atención que en los regalos o beneficios se considere que no sean superiores a 150 euros, lo que permite sin embargo aceptar aquellos que no rebasen esa cantidad. Esto no deja de ser sorprendente, porque más allá de la cuantía todo indica que esa costumbre pueda subsistir en pequeñas cantidades.

También, en lo que se refiere a la financiación de viajes, se excluye que estos sean “manifiestamente desproporcionados”. Es aún más sorprendente porque si bien los regalos –aunque sean absolutamente inapropiados–, tienen un límite que garantizaría la seguridad jurídica del precepto, resulta sin embargo que en el caso de “gastos de viaje o estancia manifiestamente desproporcionados” no hay un criterio sobre el que se pueda establecer esa proporción, –suponiendo que sea correcta la situación en sí misma–. Es decir, la sola idea de que un miembro del Tribunal de Cuentas de la UE se le pueda costear un viaje o una estancia.

En el art. 5 se contempla igualmente otra posibilidad muy peligrosa para la objetividad e imparcialidad de los jueces con los grupos de interés, de los que se dice que deberán ser compatibles “con la necesidad de proteger su independencia”. No se acierta a comprender cuál es la razón de esa compatibilidad, por lo que el precepto tiene la misma vaguedad e imprecisión que el anterior.

En el art. 11.4. a), en cambio, se regula una situación que puede ser discutible desde la óptica de la libertad de expresión por su redacción restrictiva. Se dice que “Los miembros se abstendrán de realizar fuera del Tribunal cualquier comentario que cuestione una decisión adoptada por el Tribunal”. Esta restricción susceptible de anular la crítica de todas las decisiones del Tribunal sin distinción supone la capacidad de expresar, en el ejercicio de la libertad de expresión, cualquier idea o criterio del Tribunal, desde sus resoluciones judiciales hasta su funcionamiento interno. Lo cual parece una exageración desde el punto de vista del derecho a la libertad de expresión de las personas.

De hecho, la posibilidad que recoge la institución del voto particular en las resoluciones judiciales, y en algunos casos en las administrativas, no es más que la expresión de esa posibilidad de apartarse de la mayoría, con argumentos jurídicos. La taxatividad de impedir que cualquier decisión del tribunal pueda ser comentada, deja en entredicho esa libertad de expresión.

Se permiten, en el art. 12, los puestos honoríficos no remunerados. Por honoríficos se entienden aquellos que no conllevan dirección ni poder decisorio respecto del órgano en cuestión, y solo se agotan en la información o consulta.

No parecen tampoco muy razonables las exigencias de no publicar un libro, salvo que los derechos de autor se destinen a organizaciones benéficas, o a impartir

cursos o conferencias. En efecto, en estas prohibiciones se cercena indirectamente el derecho de esa persona a la autodeterminación y desarrollo de la personalidad, sin que quepa pensar que su actividad intelectual repercuta en una incompetencia o falta de objetividad en el desarrollo de sus funciones.

Su declaración de intereses exige que, en el plazo de un mes, y después una vez cada año así como cada vez que se produzcan cambios, deberán notificarse al presidente del Tribunal.

Todas las circunstancias que se produzcan en relación con el Código de conducta se solventarán por un Comité de ética que resolverá incluso en aquellos casos en los que ese miembro del Tribunal haya cumplido su mandato hasta un plazo de dos años.

Este Comité de ética se regula en el art. 18 que prevé el tratamiento de cualquier cuestión. Se reunirá previa solicitud de su presidente y emitirá un dictamen en el plazo de 30 días, que a su vez se aprobará por mayoría y será motivado.

En el art. 19 se prevé una colaboración entre los miembros del Tribunal y el Comité de ética que atenderá a sus peticiones; en casos de discrepancia, se dará un plazo de cinco días para que se exprese por escrito ese desacuerdo, y transcurrido este, se remitirá lo actuado al Tribunal para que se acuerde lo procedente.

II. REGLAMENTO (UE) DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 12 DE FEBRERO DE 2021 POR EL QUE SE ESTABLECE EL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA

El art. 175 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) obliga a los Estados miembros a coordinar sus políticas económicas para alcanzar objetivos de cohesión económica, social y territorial. Conforme al art. 174 del mismo texto, se exige la reducción de las diferencias entre los niveles de desarrollo de las regiones, para compensar a las menos favorecidas.

La importancia que ha tenido la epidemia del brote de COVID-19 en la configuración de las relaciones sociales y productivas exige que se adopten medidas especiales para levantar la situación que se ha creado en estos países.

El Reglamento se inicia con la definición de los términos de uso como “fondos2”, resiliencia, o contribución financiera, y sigue con el ámbito de aplicación que se estructura sobre 6 pilares: la transición ecológica, la transformación digital, la cohesión, crecimiento y competitividad, la cohesión social, la resiliencia y las políticas enfocadas a la juventud.

Como objetivos específicos se plantea mitigar en lo posible la crisis, en particular en lo que se refiere a las mujeres, en apoyo de los derechos sociales, y con un presupuesto importante que se desglosa en función de diferentes criterios. Algunas partidas podrán ser compartidas para cubrir costes de apoyo a otras actividades o de apoyo técnico a los proyectos que presenten los Estados.

El reparto de la carga financiera será de un 70 por ciento en función de la tasa de desempleo y de un 30 por ciento –en función de otros criterios–, que operará como criterio máximo.

También se podrán obtener ayudas en forma de préstamo, a cuyo fin se deberán seguir las siguientes condiciones: que esté justificada la solicitud y su importe sea razonable y que las ayudas tengan una relación directa con las medidas que se vayan a acometer por parte del Estado solicitante.

En tales casos, se celebrará un Acuerdo entre el Estado y la Comisión Europea, que tendrá como mínimo los siguientes requisitos: el importe, el vencimiento, la fórmula de cálculo del coste, el número de tramos y los demás elementos necesarios para ejecutar el préstamo en relación con las reformas.

Los planes habrán de sujetarse a una serie de requisitos para su aprobación. Se debe tratar de un documento único que integre todo el contenido de la solicitud y debe estar lo suficientemente motivado. Sobre las medidas que se adopten, se debe razonar que sus efectos tengan que ver con la finalidad del crédito, y deben tener un impacto medioambiental para cumplir los planes de transición ecológica, y una explicación cualitativa de las medidas de recuperación.

Las previsiones estarán proyectadas a 2026, en los plazos que se consideren adecuados y todas aquellas otras medidas que se estimen importantes para ser valoradas por la Comisión.

La Comisión evaluará el plan y presentará al Consejo sus propuestas de decisión para que este las apruebe. Para esta evaluación se debe tener en cuenta la pertinencia, eficacia, eficiencia y coherencia en los siguientes criterios:

La pertinencia ha de referirse a si el plan da una respuesta integral adecuada y equilibrada ante la situación económica y social, si está previsto que el plan contribuya a hacer frente de manera efectiva a las recomendaciones específicas dirigidas a reformar el crecimiento del empleo y si están garantizados esos proyectos de ejecución de las medidas de manera previsiblemente efectiva.

Sobre la eficacia, igualmente se debe prever que las disposiciones de los Estados sean duraderas y puedan seguirse en el tiempo; y sobre la eficiencia, que estén en relación con el coste y la eficacia, y que se puedan detectar posibles fraudes o con-

fictos de intereses. Sobre la coherencia ha de valorarse que se cumplan los criterios de evaluación desde una lógica interna de la solicitud sin contradicciones entre los capítulos de desarrollo de este plan.

En caso de negativa, se podrá contar con expertos de los Estados miembros que clarifiquen los puntos oscuros. En casos de evaluación positiva, se redactarán las cláusulas que procedan entre el Estado y el Consejo y se dejará ya dispuesta la ejecución.

Los mecanismos de control con los que cuenta la Unión para defender sus intereses son los de comprobaciones periódicas y las posibles auditorias y controles. La transparencia será el principio por el que se rija este acuerdo y la información periódica.

III. REGLAMENTO (UE) 2021/240 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 10 DE FEBRERO DE 2021 POR EL QUE SE ESTABLECE UN SISTEMA DE APOYO TÉCNICO

El Parlamento Europeo, en cumplimiento del art. 175 del TFUE que regula la obligación de prestar apoyo técnico a los Estados, y teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en este tiempo de la pandemia se plantea reforzar la capacidad de los Estados en las posibilidades de afrontar los problemas que se presentan. Para ello debe coordinar las estrategias de lo que parecen problemas comunes referidos a la sanidad, la pobreza que está generando el COVID-19 y prestar una atención separada e importante a las mujeres, a la desigualdad social, a la ecología, a la competitividad, y al mercado único.

Se trata pues de un instrumento que debe colaborar con las instituciones del Estado prestando colaboración, en una amplia diversidad de actividades como la judicial, la administrativa, la empresarial o de asistencia social, aportando una dotación económica concreta a estas.

Se dará especial importancia a las acciones que fomenten la transición ecológica y digital. Cualquier Estado miembro podrá solicitar ese apoyo técnico mediante una petición de la ayuda, cumplimentando una poco complicada solicitud que facilita su obtención con cierta urgencia dada la situación en que se encuentran algunos Estados.

En las ayudas se respetará el principio de igualdad de trato, buena gestión financiera, y transparencia.

Su regulación se determina mediante un contenido reglamentario que se inicia con las definiciones, y sigue con el objetivo de ese Instrumento, que –como se ha

dicho— es el de facilitar la situación ocasionada por la pandemia, reforzando sus capacidades administrativas, y facilitando la información técnica precisa.

Su presupuesto es de 864.000.000 y podrá cubrir los gastos a las actividades de asesoramiento, seguimiento, control, auditoría y evaluación para las gestiones centrales y se podrán agrupar varios Estados para compartir estos gastos. Las acciones que pueden recibir apoyo técnico serán las de asesoramiento, tareas operativas, seminarios, talleres, conferencias, formación, refuerzo informático, y cualquier otra que pueda ser pertinente para la consecución de los objetivos específicos que plantea este programa.

La tramitación de las solicitudes será la usual en estos procedimientos, aunque —dadas las circunstancias— por una vía rápida, para poder así emprender cuanto antes las actividades; si bien el seguimiento y el control hacia los Estados garantizarán el proceso. Habrá una valoración de la gestión en plazos periódicos y luego otra, con posterioridad a la ejecución.

IV. DECISIÓN DEL COMITÉ DIRECTOR SOBRE LAS NORMAS INTERNAS RELATIVAS A LA LIMITACIÓN DE DETERMINADOS DERECHOS DE LOS INTERESADOS EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO POR LA AGENCIA EJECUTIVA EN EL ÁMBITO EDUCATIVO, AUDIOVISUAL Y CULTURAL

Esta Agencia Educativa Audiovisual y Cultural tiene la posibilidad de limitar la aplicación de los arts. 14-22, 35 y 36 del Reglamento para excepcionar de manera justificada determinados datos personales.

Esta limitación se debe llevar a cabo de manera proporcionada y con una causa justificada, para satisfacer los principios de necesidad y proporcionalidad exigibles en la limitación de los derechos. Igualmente debe estudiarse si estas limitaciones pueden perjudicar los derechos de otras personas interesadas y debe hacerse por el tiempo imprescindible.

Aquella persona a la que se limitaren ciertos derechos deberá ser informada de esta medida y se le garantizará en todo caso el derecho de rectificación.

En los casos en los que sea necesario limitar el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, esta limitación se ajustará a lo establecido en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo. La limitación, de manera inexcusable, se deberá notificar a la persona interesada, así como las razones que originan esa medida y de su derecho a reclamar contra ella.

V. RESUMEN DEL DICTAMEN DEL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE EUROPOL

El Supervisor Europeo de Protección de Datos atiende así a que por parte de las autoridades policiales se pueda solicitar información, que solo estaría justificada en el curso de una investigación policial, para así beneficiarse de informaciones jurídicas y técnicas posibles para desempeñar su función de detección, investigación y prevención de delitos y otras amenazas para la seguridad pública. Se procurará que no exista un conflicto entre la seguridad y los derechos fundamentales, incluido el derecho a la protección de datos. Por consiguiente, el presente dictamen tiene por objeto ofrecer una evaluación justa y objetiva de la necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas, acompañada de una serie de recomendaciones específicas dirigida a garantizar el equilibrio adecuado entre los valores y los intereses en juego.

Las investigaciones penales y las operaciones de inteligencia criminal incluyen cada vez más la recopilación y el tratamiento de grandes y complejos conjuntos de datos por parte de las autoridades policiales. Aunque el SEPD valora positivamente las salvaguardias que acompañan a las excepciones propuestas en tales casos, manifiesta su preocupación por que las excepciones a las normas de protección de datos, aplicables a Europol, acaben siendo la norma en la práctica.

El SEPD presta especial atención, asimismo, al uso previsto de datos personales por parte de Europol con fines de investigación e innovación. De igual modo, es muy consciente de que la alternativa (es decir, que Europol y las autoridades policiales nacionales utilicen herramientas y productos desarrollados por proveedores externos, a menudo ubicados fuera de la UE) plantea claramente riesgos mucho mayores en lo que atañe a los derechos fundamentales. A pesar de ello, el SEPD considera que el nuevo fin del tratamiento está definido de manera demasiado amplia y recomienda que el alcance de las actividades de investigación e innovación se aclare en un documento vinculante.

A estos efectos es importante considerar que en 2018 se produjo la entrada en vigor (25/5/2018) del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que deroga la Directiva 95/46 CE ante normativa la Directiva (UE). Este Reglamento obedece a la necesidad de avanzar en la creación de un marco legal del que se puedan beneficiar los Estados, no solamente en su aplicación directa, sino también en lo que tenga de importante como aportación a la legislación estatal.

La Directiva 95/46/UE del Parlamento y del Consejo necesitaba una adecuación a los avances que en materia de seguridad en el tratamiento de los datos de carácter personal, requieren los más de diez años de regulación. El Reglamento intenta garantizar un alto nivel de protección a las personas físicas en su protección individual de las injerencias que en el campo de la tecnología, puedan producirse respecto de los derechos fundamentales reconocidos en su ordenamiento jurídico.

Después de nada menos que 173 consideraciones previas acerca de las condiciones en que se desarrollará, el Reglamento entra en el contenido material disponiendo su objeto de regulación, y determina que se trata de “normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de los datos”.

Se definen como datos personales “toda información sobre una persona física identificada o identificable” y la persona física como “aquella cuya personalidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea, o uno o varios elementos de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Los principios en que debe basarse el tratamiento de los datos serán el de la licitud, lealtad y transparencia. Para unos fines legítimos, determinados, explícitos, adecuados, pertinentes, y limitados a lo que sea necesario para el fin que están propuestos.

La licitud exige que se haya prestado el consentimiento para sus fines, para el cumplimiento de una obligación legal, para la protección de intereses vitales, o la satisfacción de intereses legítimos. En el art. 7 se regulan las condiciones de prestación del consentimiento, que debe ser escrita y con posibilidad de revocación inmediata una vez que sea adoptada, y en los casos de menores de 16 años por quienes ostenten la patria potestad.

El art. 9 regula la interdicción de cualquier sesgo racial, étnico, derivado de opiniones o convicciones políticas o religiosas, genético, biométrico, o atinente a la salud o condición personal o social.

Los derechos de las personas interesadas en relación con el tratamiento de los datos se regulan en el Cap. III y se refieren a la transparencia y a las modalidades del ejercicio del derecho. El interesado tendrá derecho a conocer en todo momento si se están utilizando sus datos personales y deberá ser informado de: los fines del tratamiento de esos datos; las categorías de los datos personales de que se trate; los destinatarios a que se están comunicando; el plazo de uso de esos datos; del derecho de rectificación que se reserva al titular de los datos; de la posibilidad de presentar

una reclamación; del origen de los datos si no se han suministrado por el titular; de toda la información referida a la utilización de sus datos; de la facilitación de una copia de esa información en formato electrónico.

En el art. 17 se reconoce el derecho al olvido que se considera como el derecho que se tiene a revocar toda información del pasado con la supresión de los datos que conlleve, y al borrado en los medios en que considere que debe hacerse, de toda la información que hayan generado esos datos. El responsable del tratamiento de los datos estará obligado a gestionar ante los destinatarios de los datos la voluntad del borrado del titular, salvo en los casos en que esto sea imposible o tenga un coste desproporcionado.

En el art. 23 se establecen medidas limitativas al derecho si están justificadas por la salvaguarda de la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública, una investigación judicial, objetivos importantes de interés nacional, la prevención de delitos, las libertades públicas, o demandas civiles. Y todo ello deberá de ponderarse con criterios según la categoría de esos datos, las garantías de las posibles transferencias de los mismos, los posibles responsables de acciones relacionadas con ellos, y los derechos de información sobre todo este proceso que deben también estar garantizados.

En el art. 40 se obliga a los Estados a la creación de un código de conducta para la correcta aplicación de este Reglamento y este contendrá los mecanismos necesarios para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos a los titulares de la cesión. Los Estados miembros de la UE, las autoridades de control, el Comité y la Comisión, promoverán la creación de mecanismos de certificación en materia de protección de datos y de sellos y marcas de protección de datos a fin de demostrar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento en todas aquellas operaciones que se refieran a las relaciones entre los responsables y los encargados.

Especial importancia reviste el Cap. V que hace referencia a las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, en las que se impone extremar el cuidado respecto de los países de la UE. En primer lugar, como condición previa, la Comisión, antes de permitir la exportación de datos a terceros países, ha de tener la certeza de que ya se trate de su país o de su organización internacional garantizan un nivel adecuado de protección. Y para hacer esta evaluación será imprescindible la comprobación de que se trata de un Estado de Derecho en el que se respeten los derechos humanos y las libertades públicas, que en referencia a este tema haya autoridades independientes que tengan responsabilidad en garantizar y hacer cumplir las normas relativas al tratamiento de los datos y capacidad para asumir compromisos internacionales en el caso de ser necesarios. Esto estará en todo

caso sujeto a un acto de ejecución, que firmarán ambos Estados y que tendrá una revisión periódica.

En el Cap. VI se exige que cada Estado fije la responsabilidad en una autoridad independiente que se llamará “autoridad de control”, para supervisar la aplicación de este Reglamento con el fin de proteger las libertades y derechos que contiene. Esta autoridad de control será independiente en el desempeño de sus funciones a toda influencia externa. Se abstendrá de cualquier acción que sea incompatible con sus funciones, y no participará de ninguna actividad profesional, sea o no remunerada. El Estado garantizará que disponga en todo momento de los recursos humanos, técnicos y financieros, así como de la infraestructura necesaria para el cumplimiento de su función.

El art. 64 regula las funciones relacionadas con el Comité, que debe emitir un dictamen siempre que la autoridad de control competente proyecte adoptar alguna de las medidas de las que deba darse cuenta a la Unión Europea o que afecten a un asunto relacionado con el artículo 40, sobre modificación o ampliación. Igualmente, tendrá por objeto aprobar los criterios de acreditación de un organismo o determinar las cláusulas tipo de Protección de Datos que tengan por objeto la autorización de cláusulas contractuales o la aprobación de normas corporativas vinculantes.

En referencia al control, cuando una autoridad de control incumpla las obligaciones relativas a una asistencia mutua exigida por la Unión Europea entre los Estados que formen parte, o cuando se promueva algún conflicto por parte del Comité y con el fin de garantizar una aplicación correcta y coherente de este reglamento, el Comité tendrá que adoptar una decisión, que será vinculante. Bien cuando una autoridad de control interesada haya manifestado una objeción que sea pertinente y que esté motivada respecto de un proyecto de decisión de la autoridad principal, o bien que haya sido rechazada cuando haya varios puntos de vista sobre cuál de las autoridades de control es competente para el establecimiento principal.

En este caso, el presidente del Comité notificará sin dilación la decisión contemplada en el apartado uno a la autoridad de control interesada; informará también a la comisión y se publicará en el sitio web del Comité sin demora, una vez que la autoridad de control haya notificado la decisión definitiva.

El art. 68 crea un comité europeo de Protección de Datos, como un organismo dependiente de la Unión, que tendrá personalidad jurídica, estará representado por su presidente y estará compuesto por el director de la autoridad de control de cada Estado miembro y el supervisor europeo de Protección de Datos.

La comisión tendrá derecho a participar en la actividad de reuniones del comité, pero no tendrá derecho a voto. Dicho comité actuará con total independencia, también en el desempeño de sus funciones, que serán las de supervisar y asesorar a la comisión, emitir las directrices relacionadas con recomendaciones y buenas prácticas, y alentar la elaboración del código de conducta de los Estados.

El comité tendrá que elaborar un informe anual en materia de protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de la Unión y, si procede, también de terceros países. Tomará sus decisiones por mayoría simple de los miembros y adoptará un reglamento interno. Elegirá, por mayoría simple, a la presidencia y a dos vicepresidencias, con un mandato de 5 años de duración.

Las funciones del presidente serán las de convocar las reuniones, notificar las decisiones, y garantizar el ejercicio de las funciones del comité. La distribución de funciones entre el presidente y la vicepresidente se concreta en los artículos 73 y 74, se dotará de un reglamento interno y la actuación estará sometida a confidencialidad. Conocerá de los recursos que se puedan formular y también de la vigilancia de que se cumplan los derechos fundamentales en relación con la materia de tratamiento de datos. Se establece un régimen sancionador para los Estados que infrinjan el reglamento.

Y en el capítulo 11, en su disposición final se prevé la derogación de la Directiva 95/46 CE a partir del 25 de mayo de 2018.

Resumen

Durante este semestre, las novedades legislativas en la Unión se dividen en tres áreas de interés. En primer lugar, se analiza el Código de Conducta aplicable a los miembros del Tribunal de Cuentas Europeo. En segundo lugar, se presentan dos de los instrumentos de gobernanza económica europea adoptados en el contexto del brote de COVID-19: por un lado, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que le permite a la Unión proporcionar ayuda financiera directa a los Estados miembros; por otro lado, el instrumento de apoyo técnico a los Estados miembros en la realización de reformas estructurales. Finalmente, destacan las novedades legislativas en materia de protección de datos personales. En concreto, la Decisión del Comité Director sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural; y el Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de modificación del Reglamento de Europol.

Palabras clave

Tribunal de Cuentas Europeo; gobernanza económica; Covid-19; protección de datos.

Abstract

During this semester, legislative developments in the Union are divided into three areas of interest. First, the Code of Conduct applicable to the members of the European Court of Auditors is discussed. Secondly, two instruments of European economic governance adopted in the context of the COVID-19 outbreak are presented: on the one hand, the Recovery and Resilience Mechanism, which allows for direct financial assistance from the Union to Member States; on the other hand, the instrument for technical support to Member States in carrying out structural reforms. Finally, the legislative developments in the area of personal data protection are also noteworthy. In particular, the Decision of the Steering Committee on internal rules relating to the limitation of certain rights of data subjects with regard to the processing of personal data in the framework of the activities carried out by the Education, Audiovisual and Culture Executive Agency; and the Summary of the Opinion of the European Data Protection Supervisor on the proposal to amend the Europol Regulation.

Keywords

European Court of Auditors; economic governance; Covid-19; personal data protection.

Recibido: 27 de mayo de 2021

Aceptado: 2 de junio de 2021

Foro



**FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE
SPEECH REGULATION IN SOCIAL MEDIA
PLATFORMS: CONSIDERATIONS ON THE
EXAMPLE OF THE SO-CALLED “GERMAN
NETWORK ENFORCEMENT ACT”
(*NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ*)¹**
**Regulación de la libertad de expresión y del discurso
del odio en las plataformas de redes sociales:
consideraciones a la luz de la ley alemana de la
aplicación de la red (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*)**

INGO WOLFGANG SARLET²

Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (PUCRS)

GABRIELLE BEZERRA SALES³

Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (PUCRS)

TABLE OF CONTENTS:

- I. Introduction.
- II. Notes on the always current problem of tensions/conflicts between freedom of expression and the other fundamental rights: Germany, Europe and Brazil.
- III. Online Hate speech: some notes in light of decisions by the ECtHR, FCCG and BSFC.

1 The first author, Ingo Sarlet, wishes to thank to DAAD – German Academic Exchange Service – for the financial support that enabled him to participate as a speaker at the Biennial Congress of the Centres for European and German Studies held in Berlin, December 2018, where he held a lecture on the topic and started to develop his related studies and publications.

2 Dr. Iur. at Munich University, Germany. Professor and Chair of the Graduate Program in Law at the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (PUCRS). Retired Judge of the State Appeal Court of the State of Rio Grande do Sul and Lawyer.

3 Dr. Iur. at University Augsburg, Germany. Professor at the Undergraduate and Graduate Program in Law at the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (PUCRS). Lawyer.

- IV. The regulatory experience of the German *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (German Network Enforcement Act).
- V. The regulatory experience of the German *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (German Network Enforcement Act).
- VI. Final remarks.

I. INTRODUCTION

There appears to be a consensus that, although hate speech and its diffusion in many different forms is not a new phenomenon, it is increasingly attaining important dimensions, especially due to its potential for online dissemination. It is present in our everyday life and has had devastating consequences on the lives of many individuals, families and communities, not to mention its impact on society, economy, politics and culture. To illustrate this phenomenon, it is enough to point out the upsurge of xenophobic and racist actions and statements, as well as the moral and even physical violence directed at religious minorities or else driven by prejudices involving gender, sexual orientation and other characteristics.

To promote a semantic arrangement right from the start, bearing in mind the controversy on the adoption of a broad concept, hate speech involves all cases in which there are manifestations aiming at the culture of humiliation, encompassing actions such as cyber-bullying, revenge porn and the so-called cyber-lynching⁴.

It should be noted that, according to the recommendation of the Council of Europe—which is crucially relevant also to the present text—hate speech encompasses “every expression that spreads, incites, promotes or justifies racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or any other form of intolerance, including intolerance caused by aggressive nationalism and ethnocentrism or hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”⁵.

In the case of the digital environment, especially in regards to Internet 2.0 and its opening—emphasizing the so-called social networks and research providers—, the dimensions of time and space became substantially and irreversibly blurred (unless there are some changes that we cannot foresee), since the Internet environment is increasingly a global and omnipresent phenomenon.

4 E. TAKIMOTO, “Até um dia, Facebook”, *Jornal GGN*, May 4th, 2017. Available at <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/ate-um-dia-facebook-por-elika-takimoto/>. Accessed on March 1st, 2021.

5 Council of Europe, European Council Recommendation n. 97/20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech”, 1997.

Still preliminarily and closely to our subject, it is known that manifestations of hate on the internet generally have nefarious effects, since they affect not only individuals, especially those belonging to vulnerable groups, but because they also reinforce social structures that supposedly legitimize discriminatory conducts, both at the individual and institutional level⁶.

Thus, from an individual perspective, consequences such as depression, low self-esteem, suicide attempts, self-exclusion and self-mutilation are common acts and practices of victims. On the other hand, from a collective perspective, when hatred is directed against particular social groups, the perverse impact involves diffuse effects, since all offenses generally tend to erode the bonds of social belonging⁷.

In this context, hate speech (as well as the –partially correlated– phenomenon of fake news, of disinformation) stirs up sectarianisms, instills social division, generates worrying levels of political instability and even, increasingly, represents real threats against democracy.

In fact, it is sufficient to look at the upsurge of extremisms and social and political radicalizations worldwide, including –for our purposes– especially in Germany, Europe and Brazil, where we can find greater levels of populism, authoritarianism, as well as an increase in movements of a neo-fascist nature, among others. This scenario has been intensified (to a greater or lesser extent depending on which country) in the context of the Covid-19 pandemic (Coronavirus) through the exploitation of fear, the massive use of disinformation and the so-called fake news to undermine efforts and policies aimed at struggle against the pandemic. Since the denial of science is also related to this, and with it the ever-increasing appeal to irrationality and emotions, we highlight a statement of Umberto Eco, who highlighted that both the latter are instruments and characteristics of the authoritarian and fascist regimes of yesterday, today, and tomorrow⁸.

From the perspective of Law, one of the main challenges is still the pursue to a balance between the full exercise of free expression in its many different dimensions and the necessary protection of human dignity and personality rights. Nonetheless, another challenge is to function as an instrument for the affirmation, from the transindividual standpoint, of an environment with satisfactory levels of tolerance and recognition. Without this, the Democratic Rule of Law itself, which is necessarily free, plural and egalitarian, will be at risk.

6 E. THWEATT, “Bibliography of hate studies materials”, *Journal of Hate Studies*, 2001.

7 J. WALDRON, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012, p. 5.

8 U. ECO, *O Fascismo Eterno*, Editora Record, Rio de Janeiro-São Paulo, 2019.

It no wonders that Frank Michelman underscores that the relationship between democracy and freedom of expression is a reciprocal conditioning and takes on a complementary, dialectical and dynamic character, so that, although more democracy may in general mean more freedom of expression and vice-versa (More freedom of speech indicates more democracy.) it is also true that freedom of expression can involve risks for and even harm democracy, while the latter, in turn, can compromise freedom of expression⁹.

Besides not being a new perspective, the possibility of the State or the community to regulate the content of freedom of expression and the ways in which it is conveyed is a highly sensitive and complex issue. At least since the English Bill of Rights of 1689 (although not with the status of a constitutional fundamental right), freedom of expression (including freedom of information) has been at the top of the catalogs of the constitutions of democratic states and has assumed the status of a human right in international treaties at the universal (UN) and regional level. Regarding the latter, that is the case, for our purposes, with the European Convention on Human Rights, the European Charter of Fundamental Rights and the Inter-American Declaration of Human Rights.

In this context, whether in an international (supranational) or on the domestic level, several measures have already been taken by legislative, executive and judiciary bodies. But these measures are not always appropriate from the point of view of their efficacy and are also controversial as regards their legal legitimacy, especially when evaluated from the perspective of the catalogues of human and fundamental rights.

There are many problems that have appeared and must be solved, as well as many respective challenges, and here they can only be analyzed in the light of some examples. Thus, we seek to identify, discuss and evaluate whether and to what extent, the regulation on a legislative and administrative level, as well as –here with a particular emphasis– how the intervention of the courts has been able to vigorously and effectively ensure freedom of expression but, at the same time, to fight the occasional abuses in what can be characterized as hate speech in the digital environment.

Even if one can no longer clearly differentiate between the offline and online dimensions, a large and increasing volume of what is found in databases and

9 See F. MICHELMAN, “Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos”, in I. W. SARLET (ed.), *Direitos fundamentais, informática e comunicação*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 49 ff.

publications that were originally non-digital ends up being digitized and circulates on the Internet, with all the impact that is peculiar to such an environment.

However, besides the legal-political problem of whether how and to what extent one can or even should intervene in freedom of expression, there is the challenge regarding the efficacy and effectiveness of regulation, taking into account, among other aspects, the fact that local or even regional solutions, in themselves, already prove to be difficult and that a minimally efficacious enforcement at the global level is for now practically unfeasible, regardless of the question as to whether it is something desirable.

What is certain is that not only public authorities (national and supranational), but also private actors themselves (including internet giants like Facebook, Google, etc.) are aware of the dangers and risks caused by hate speech, as they have already implemented numerous interesting and creative initiatives, though not necessarily uncontroversial. Besides, Judges and Courts are acting in cases related to the theme, in many spheres of Law, urged to intervene in legislative and administrative options (or omissions), as well as to decide on conflicts between private individuals and the State, and private actors among themselves, producing a wealth of jurisprudence on the theme never seen.

From the legislative perspective, an example to be highlighted (and not as necessarily positive or negative at first sight) is the recent German legislation that regulates abusive content on the Internet as regards to the big social platforms, the so-called *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks, henceforth referred as German Network Enforcement Act – GNEA), of September 1st, 2017¹⁰.

Differently from what occurred in Germany, in the case of Brazil, despite the new parameters of the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet and of the General Data Protection Act, which only came into effect in August 2020, there is no specific legislative act to regulate the content of online publications on the social platforms, but rather a set of normative provisions applicable to the issue, which, however, lack further consideration, harmonization and even corrections and adjustments.

At the European level (transnationally), in particular about the countries covered by the European Charter of Fundamental Rights (only European Union) and the

10 *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), September 1, 2017, BGBl. I S. 3352. Available at <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf>. Accessed on March 1st, 2021.

European Convention on Human Rights, there is also still no formal regulatory framework of a specific binding nature, but there are data protection provisions that can, depending on the case, be applied to the problem of hate speech¹¹, as well as some soft law normative manifestations, about which we will refer later on.

However, with or without specific legislative and administrative rules, there is no lack of judicial decisions on the topic. These decisions, as regards the national higher courts and the international judicial bodies, have established a few parameters, with which one may or not agree, but which must be increasingly presented and discussed.

Thus, our intention here is to offer not only an overview of the state-of-the-art in Germany and in Europe (from the national, transnational and supranational perspective), but also to supply a potential aid for the advancement of discussions on the topic/problem in Brazil.

The hypothesis enunciated here is that, despite significant regulatory advances and besides several important court decisions, there are major gaps to be filled. Although it is difficult to ensure a solution for all challenges, this could, at least to some extent, improve the performance of our regulatory framework in matters of legislation and administration, but also by the courts in dealing effectively with the problem of hate speech.

We justify the choice for Germany and Europe as legal frameworks to be analyzed and evaluated due to their potential use in the Brazilian, since the German law was possibly the first (at least the one that has become best known¹²) specific legislation to regulate contents in the social networks, whereas at the European level, despite the lack of a regulation of the same kind (i.e. that is binding and could be invoked effectively in the judiciary sphere), various decisions have been issued. One of the most recent and relevant ones by the European Court of Human Rights (ECtHR) is selected for the present analysis.

It should also be noted that, in European law, since there is no specific normative and binding act facing the problem of hate speech, the aforementioned

11 For a contrast between the European and North American perspectives, in addition to a Spanish overview of the matter, see M. A. PRESNO LINERA, “Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio”, in L. E. RÍOS VEGA and I. SPIGNO, *Los Derechos Fundamentales en el siglo XXI*. Tomo II, vol. XIV, *La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, Tirant lo Blanch, Ciudad de Mexico, 2021, pp. 323-354.

12 It should be noted that, meanwhile, on July 9, 2019, a new French law was enacted: directly inspired by the German Network Enforcement Act, it obliges the social networks to remove from the internet contents that express hate speech.

courts have used, as a parameter, the human and fundamental rights contained in the European Convention on Human Rights (EConvHR) and in the European Charter of Fundamental Rights (ECtHR), as well as other binding acts, such as the General Data Protection Regulation (GDPR) of the European Union.

However, before starting with the presentation and examination of the GNEA and about the case law of the European courts, it is advisable to begin with some more general considerations on the subtle and complex relationship between freedom of expression and of information and other fundamental rights, mainly the personality rights in Germany, Europe and Brazil. Without this prior approach it is not possible, at least not as correctly as needed, to discuss the specific problems involved in hate speech and its regulation on the internet.

It should also be noted that it is not the intention here to present an inventory of the case law of the ECtHR or of the Federal Constitutional Court of Germany (FCCG) and the Brazilian Supreme Court (BSFC), nor even a selection of decisions, but only to resort to a few examples drawn from the ECtHR's decisional practice (but representative of the general position hereby adopted) and some judgments of the Federal Constitutional Court of Germany (FCCG) and the Brazilian Supreme Federal Court (BSFC).

II. NOTES ON THE ALWAYS CURRENT PROBLEM OF TENSIONS/ CONFLICTS BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND THE OTHER FUNDAMENTAL RIGHTS: GERMANY, EUROPE AND BRAZIL

Although they are essential elements of a democratic order and corollaries of the liberal-individualist tradition that is at the root of modern constitutionalism, freedom of expression and freedom of assembly have always been threatened and violated and lacked specific protection, a requirement that is becoming more acute in quantitative and qualitative terms in the digital environment.

Of the highest importance, in this context, is the role taken by freedom of expression in many different legal systems, with emphasis, however, on the problem regarding the position of freedom of expression in terms of State protection compared to the other fundamental rights. The answers are known to be diverse, although there are important elements common to them, besides a growing approach between models, not only due to the processes of reception of experiences from other countries, but also of the parameters established in the sphere of the international (universal and regional) system of protection of human and fundamental rights.

From this perspective it is essential to consider –given its consequences to deal with and solve real problems– whether freedom of expression does or doesn't have a preferred position in relation to the other freedoms and even other fundamental rights, and to what extent this position has an impact on the weighing process when one has to determine the legal legitimacy of restrictions to freedom of expression in favor of the protection of other fundamental rights and/or other legal interests that have constitutional stature.

The importance of the discussion about the relational weight of freedom of expression is that it has a direct impact on the way of coping with problems involving hate speech and its interdiction. In this context, a more or less restrictive comprehension of the legal definition of hate speech is particularly relevant, that is, in other words, the decision about which manifestations can and which cannot be classified as such and whether –and to what extent– they can be repressed.

At this point, it should be underscored that the differences between the legal systems as regards the preferred position of freedom of expression particularly in relation to the so-called hate speech are sometimes significant, as occurs, for instance, in the USA, in Europe, in Germany and even in Brazil, especially as regards Holocaust denial.

In the case of the USA, as already mentioned, the case law of the Supreme Court has remained firm regarding its long-existing view on the interpretation of the First Amendment (1791) to the Federal Constitution of 1787, which, as a rule, forbids any limitation of freedom of expression, ensuring it a strong preferred position in the constitutional architecture and vis-à-vis other constitutional rights and legal interests, attributing a very restrictive sense to the concept of hate speech for purposes of its interdiction and sanctioning¹³.

Thus, in the USA, even manifestations that are unequivocally contrary to the factual reality, including Holocaust denial, but also others such as neo-Nazi manifestations, affirmation of white supremacy, burning crosses in front of the homes of people of African descent and even (saving some assumptions)

13 On the case of the USA, see, from a general perspective, T. ZICK, *The dynamic free speech clause. Free speech and its relation to other constitutional rights*, Oxford University Press, New York, 2018; on hate speech, see especially J. WALDROM, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012. From a comparative perspective on the USA and Germany, see, among others, W. BRUGGER, "Verbot oder Schutz von Hassrede?", *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 128, 2003, pp. 372 ff. From the same author, see also "Sollte Hassrede verboten oder geschützt werden? Ein Konflikt zwischen Deutschland und Amerika", in H. MEIER and F. DYCKMANS (eds.), *Rechtsradikale unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit*, Evangelische Akademie, Hofgeismar, 2010.

the exhortation or support to concrete and discriminatory acts of violence are as a rule considered protected by the First Amendment. However, even there, freedom of expression does not have absolute traits, since, exceptionally, eminently defamatory and slanderous manifestations are forbidden, as well as the incitation to violence¹⁴.

In Germany, as in general in the European environment (especially the European Charter of Fundamental Rights and even the case law of the Court of Justice of the European Union, but especially the case law of the European Court of Human Rights [ECtHR])¹⁵, on the contrary, the concept of hate speech, as already seen in the introductory part, is broader and consequently there is a greater possibility of setting limits on freedom of expression, as found, for instance, in the case of discourses that deny the Holocaust or convey discriminatory content¹⁶.

As an example, mention should be made of the decision (1 BvR 673/18) of June 22, 2018, by the German Federal Constitutional Court¹⁷ that considered compatible with the Fundamental Law –and with the freedom of expression established and protected in it (article 5, 1)– the criminalization and consequent punishment for denial of the National-Socialist genocide, namely, in the concrete case that was the subject of the trial (with the non-admission for decision) of a constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) that challenged the decision that had convicted the claimant for having denied the occurrence of the extermination carried out in the Auschwitz-Birkenau concentration camp.

14 On this topic, especially on the relationship between freedom of expression and other fundamental rights, see T. ZICK, *The dynamic free speech clause, ... cit.*

15 See, among others, J. M. PORRAS RAMÍREZ, “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en Europa”, *Revista Direito Público*, n. 14, 2018, pp. 77 ff. After a general presentation of the topic –underscoring that also in Europe (although more timidly than in the USA), freedom of expression has generally taken on a preferred position– the author shows that, concerning the problem of hate speech, the definition of its content is broader and the protection system stricter.

16 On this topic, see in Germany (but also looking at the European system – European Charter of Fundamental Rights and European Convention on Human Rights), A. K. STRUTH, *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung. Der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äußerungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Springer, Berlin, 2018.

17 See 1 BvR 673/18, Rn. 1-37. Available at http://www.bverfg.de/e/rk20180622_1bvr067318.html. Accessed on March 1st, 2021.

For the German Federal Constitutional Court –here in very brief words– the conscious dissemination of factual statements that can be proved to be untrue does not contribute to form an opinion in the public context and, therefore, is not protected by freedom of expression. Furthermore, the denial of the National Socialist genocide goes beyond the frontiers of a peaceful clash of ideas in the public sphere and affects social peace. Since this decision follows a tradition consolidated throughout the Federal Constitutional Court’s history, starting in the early 1950s that, although in other domains –as occurs with cartoons, satires, exhibition of photographs of public personalities, criticism directed at the government, at politicians, etc.–, it can be seen that the Court has shown to be progressively more liberal and favorable to a stronger position of freedom of expression, in more sensitive situations such as that of hate speech and, particularly, situations marked by the actions performed during the National Socialist period, it holds that manifestations of this kind should be reprimanded¹⁸.

When presenting the Brazilian case, although there is a tendency to gradually strengthen freedom of expression, even in the sense of a preferred position, the situation, especially regarding hate speech, is not well defined as to the content of the notion and, consequently, as to which limits can be imposed on freedom of communication, particularly the freedoms of expression and assembly.

It should be noted that, initially, the list of fundamental rights contained in article 5 of the Brazilian Federal Constitution, at least at first sight and based on the literal content of the respective precepts, apparently attributes an identical value both to protection of intimacy, privacy, honor and image and to freedom of the expression of thought and the expression of artistic, intellectual, scientific and communication activities¹⁹.

From the reading these constitutional provisions, there is no way –duly respecting divergent positions– to infer a necessary priority of one set of

18 See, among others, H. BETHGE, “Meinungsfreiheit, Art. 5”, in M. SACHS (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 8th ed., C.H. Beck, München, 2018, especially pp. 329 ff, as well as T. KINGREEN and R. POSCHER, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 34th ed, C.F. Müller, Heidelberg, 2018, pp. 195-96.

19 “Article 5 ...

IV – manifestation of thought is free, but anonymity is forbidden;

IX – expression of intellectual, artistic, scientific, and communication activity is free, independent of any censorship or license;

X – the privacy, private life, honor and image of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured; ...”.

protections in relation to the other, insofar as the constitutional provision of these fundamental rights aims only at affirming –even if in a relatively indeterminate manner– the existence of these two cores of basic human liberties, which cannot be abolished, ignored or seriously penetrated by other legal claims. The limits of their exercise and the situations in which one and another will become less relevant should still be the object of specification and case law analysis.

For this reason, based on this constitutional exegesis, one must begin by recognizing that the two sets of fundamental rights are, a priori, on an equal footing, insofar as these protective spheres aim at safeguarding and protecting two distinct instances of immeasurable human value, none of them, however, absolute: the first has the purpose of enabling the full spiritual and autonomous development of each individual, as regards the protection of the inner plane of their conscience and dignity, safeguarding them from an unnecessary or stigmatizing public exposure; while the other aims at enabling full development on the external plane, not only of each individual, through the possibility of manifesting their worldview publicly, thus ensuring their self-expression –which also represents one of the dimensions of their dignity– but also through the free flow of ideas and opinions, establishing and implementing the very democratic system that our constitution establishes, which cannot develop without the possibility of externalization of a pluralism of ideas²⁰.

However, even though, initially, the Brazilian Federal Constitution ensures an identical protective status to privacy and the guarantee of freedom of manifestation and expression, one can see that, in relation to the latter, the constitutional texts considered that it should be more explicit and detailed as regards the criteria of control and restriction of this freedom, as seen in the constitutional rules contained in articles 220 and 221. This is because the Federal Constitution, besides establishing legislative obstacles in advance (§ 1 and § 3 of article 220), deemed it appropriate to already provide the categorical prohibition of censorship (§ 2 of article 220), as well as to establish directive principles that should guide the production of advertising, radio and television (§§ 4, 5 and 6 of article 220 and article 221).

This constitutional option can be interpreted as a sign that the constitutional conventioners were more selective as regards the restrictions

20 See I. W. SARLET and A. M. FERREIRA NETO, *O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2018, p. 77.

that can be applied to freedom of the press, manifestation of thought and expression than they were in relation to the protection of intimacy and privacy, which should be weighed up a posteriori to identify the situations of grave and intolerable interference in the sphere of private protection. In other words, the limits (and consequent restrictions) of such liberties are to a great extent pre-set in the Constitution, whereas possible restrictions to personality rights were left for later specification, not only by the lawgiver but also by the Judiciary's equitable appreciation. This option of the 1988 constitutional conventioners can be interpreted as indicating the constitutional choice to treat restrictions to freedom of manifestation and expression as something exceptional, demanding that possible additional restrictions will need a differentiated and more intense argumentative effort that will have to be able to justify the particular need for a new limitation²¹.

From this perspective it can be claimed that by means of a systematic interpretation –together with the fact that freedom of expression and information is indispensable (and even structuring) to a democratic regime– the Federal Constitution ensured for these freedoms a (relative) preferred position vis-à-vis personality rights that can be understood as a *prima facie* preference. Indeed, this has been –at least so far– the view that has prevailed in the Brazilian literature (although there is a significant dissent)²² and in case law, especially in the Higher Courts, particularly the Federal Supreme Court, at least when taking into account the main cases tried in recent years and that has pointed to a preferred position of freedom of expression and information.

Among the cases tried by the Brazilian Supreme Federal Court (BSFC) involving freedom of expression and indicating its preferred position, it is possible to mention the declaration of non-acceptance –due to its incompatibility with the Brazilian Federal Constitution– of the then Press Act elaborated during the military regime, when the Rapporteur, Judge Carlos Britto mentioned that freedom of expression occupies an almost absolute position and can only be the object of limitation in cases expressly established by the Federal Constitution,

21 *Ibidem*, p. 77.

22 See, as an illustration of the position in favor of the preferred position, L. R. BARROSO, “Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”, in L. R. BARROSO, *Temas de Direito Constitucional*, vol. III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 103, and also, more recently, D. SARMENTO, “Art. 5.º, IV”, in J. J. GOMES CANOTILHO, G. FERREIRA MENDES, I. W. SARLET and L. L. STRECK (eds.), *Comentários à Constituição do Brasil*, 2nd ed. Saraiva/Almedina, São Paulo, 2018.

namely the right to compensation and the right of a reply²³. Likewise two other cases stand out, the so-called “Marijuana March”, in which the BSFC found that a public and collective manifestation in favor of legalizing the use of marijuana could not be classified in the penal definition of incitement to crime²⁴. More recently, reference should be made to the case of non-authorized biographies in which the Court decided that the requirement for a previous authorization by the person whose biography was written was unconstitutional²⁵, and also to the judgment that established a difference, as regards the electoral process, between criticism conveyed by manifestations of humor in general, such as satires and cartoons, and the so-called fake news, allowing the former and forbidding the latter²⁶. In addition to this, a very recent judgment, dated February 11th, 2021 and reported by Justice Dias Toffoli, in which, by an overwhelming majority, the Court denied the existence of a broad right to be forgotten, reaffirming the priority position of freedom of expression and information²⁷.

However, none of the cases mentioned involved the convey of information (expressions or manifestations) that were clearly untruthful or intrinsically offensive (insult, defamation and even slander) nor even situations in which one could say with conviction that they were examples of the so-called hate speech. Especially in the case of the latter, there is no way to avoid mentioning the main precedent of the Brazilian Federal Supreme Court, in 2003, involving the confirmation of the criminal conviction for racism of the author and publisher of a work that denied the Jewish Holocaust during World War II, which precisely does not sustain the thesis of the preferred position of freedom of expression, although three Judges issued a divergent opinion²⁸.

It is clear, on the other hand, that Holocaust denial (which has already long been criminalized in Brazil) represents a very special and impactful case, justifying

23 Supremo Tribunal Federal, ADPF [Action against the Violation of a Constitutional Fundamental Right] n. 130, Judge-Rapporteur Carlos Britto, en banc court, judged on April 30, 2009.

24 Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 187, Judge-Rapporteur Celso de Mello, en banc court, judged on June 15, 2011.

25 Supremo Tribunal Federal, ADI [Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality] 4815, Judge-Rapporteur Cármen Lúcia, en banc court, judged on June 10, 2015.

26 See ADI n. 4451/DF, Judge-Rapporteur Alexandre de Moraes, judged on June 20-21, 2018.

27 See RE n. 1010606, Judge-Rapporteur Dias Toffoli, judged on February 11th, 2021.

28 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus [HC] n. 84292/RS, Judge-Rapporteur Moreira Alves, Judge-Rapporteur for appellate decision Maurício Corrêa, en banc court, judged on September 17, 2003.

here a differentiated view, but at the same time it is also known that depending on the prevalence assigned to freedom of speech, as in the case of the USA, the solution may be different.

The position of the BFSP, since the Ellwanger case, is not very well defined, and we are also not able to establish some more solid parameters, regarding the limits of freedom of speech in cases that conventionally fall under the category of hate speech (at least understood in a broad sense, as seen in the introductory part of the text). There are a few judgments that could be collected in this perspective, which, however, will be the object of attention in the next segment.

In view of the brief presentation regarding how the relation between freedom of expression and other fundamental rights –highlighting the personality rights– is understood and managed, in general terms, but especially as regards its more or less privileged position in the United States, German, European and Brazilian legal systems, we refer to the next segment for a more detailed approach to this aspect which concerns hate speech.

Wherever it may be, a possible limitation of the freedom of expression, especially aimed at certain discourses, has been justified based on its impacts on personality rights and their content in terms of human dignity (such as the rights to privacy, honor, image, name, and others), but also when the purpose is to prevent segregation, discrimination of all kinds and incitation to violence, affecting vulnerable groups and even compromising democracy itself.

On the other or lesser weight given to freedom of expression in a particular legal system and the scope given to the content of the so-called hate speech have, as already mentioned, a particular relevance also in the environment of the internet, which will now be examined from the European perspective, especially as regards the normative framework of the European Convention on Human Rights (EConvHR) and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), but also in the light of the German Network Enforcement Act (GNEA) and the normative framework and case law (Here with emphasis on the Brazilian Supreme Federal Court [BSFC]).

III. ONLINE HATE SPEECH: SOME NOTES IN LIGHT OF DECISIONS BY THE ECtHR, FCCG AND BSFC

As regards the digital environment, which is the subject of our attention, the case law of the ECtHR is outstanding in Europe, here represented by the case of

Belkacem vs. Belgium, issued on June 27th, 2017²⁹, as well as the case of *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, judged on January 14th, 2021. In a summary, the first case concerns the legitimacy, from the perspective of the EConvHR, of the criminal conviction (in 2012), of the Belgian citizen Belkacem, the leader and mouthpiece of the “Sharia4Belgium” organization, sentenced to two-years in prison, due to an online publication on YouTube containing offensive videos inciting to discrimination against non-Muslim people, having as main target the then Minister of Defense of that country.

It should be noted that in the aforementioned videos websurfers were provoked to domination and to the performance of acts of fighting founded on the apologia for the *jihad* and *sharia*, and Belkacem was sued based on Belgium’s Anti-Discrimination Law of 2007. According to the Court of Antwerp, it was evident the intentional, explicit and reiterated character of the offenses and incitation to discrimination and violence. Besides the prison sentence, it was also imposed a fine of five hundred and fifty euros. The conviction, except for the revision of the prison time, was upheld on appeal (2013).

In response to an individual appeal presented in April 2014, based on the denial of the acts of incitement and hate speech, as well as supported by the right to freedom of expression enshrined in article 10 of the EConvHR, the ECtHR considered that there had been a clear abuse in exercising this freedom due to the offensive, discriminatory and violent character of the content of the videos posted by the appellant, directed at all non-Muslims, and also applied the disposition of article 17 of the aforementioned Convention. According to the ECtHR, the content of the videos and the manifestations made by Belkacem were an attack on the values of tolerance, social peace and non-discrimination that underlie and permeate that Convention. Particularly as regards Belkacem’s references to *sharia*, the Court reiterated its view –mentioned in the introduction– that the online propagation of discourses encouraging acts of violence can be classified as hate speech and, for this reason, each State Party of the Convention has the right to oppose movements of this kind, based on religious fundamentalism. As a result, the Belgian legislation based on which the sentence condemning Belkacem was given is fully compatible with the EConvHR, the case law of the Court and the recommendations of the

29 On the decision, see <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5795519-7372789>. Accessed on March 1st, 2021. For the full decision, see ECtHR (2nd Section), 27 June 2017, n. 34367/14: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFDEC/ADMISSIBILITY/2017/CEDH001-175941>. Accessed on March 1st, 2021.

Council of Europe aimed at combatting the incitement to hate, discrimination and violence.

In a more recent judgment, namely the case of *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, judged on January 14th, 2021, the ECtHR recognized a violation of the prohibition of discrimination enshrined in article 14 of the EConvHR, in combination with a violation of the right to private and family life (article 8), as well as a violation of the right to effective judicial protection (article 13). In a very brief summary, the Court condemned Lithuania for failing to fulfill its duty to protect individuals against homophobic hate speech, since the prosecuting authorities and the national judiciary did not properly address the complaints made by two young men. The victims, as a result of the publication (by one of them) on Facebook of a photo of them kissing, were target of hundreds of comments of offensive and aggressive nature, some directed at the LGBT community, in general terms, and others directed against the plaintiffs in the case before the ECtHR.

According to the responsible national agencies, the behavior of the victims had been provocative and that, although unethical, the comments were not liable. For the ECtHR, the refusal to open an investigation was related to prejudice and discrimination regarding sexual orientation, since it was denied protection in the criminal sphere due to discriminatory offenses and even calls for physical violence and psychological attacks toward the victims. Thus, the Lithuanian authorities has not demonstrated that the different treatment was compatible with the terms of the Convention. Furthermore, the ECtHR held that the judicial precedents of the Lithuanian Supreme Court considered in the national decision to not open the investigation are also not in accordance with the Convention, since they refer to homosexuality as “eccentric behavior” and that members of such minorities should respect the traditions and opinions of others³⁰.

Regarding Germany, in the case of the FCCG jurisprudence, as already anticipated, hate speech has also been recurrently on the court’s agenda. It is noteworthy that, in addition to a pro-free speech evolution and even a (relative) preferred position, there are already decisions regarding the Internet domain.

As already remarked by the first author in a Brazilian legal news website (Revista Consultor Jurídico) in his recurring column, in one of the most recent judgments of the FCCG, issued on July 7th, 2020, the German Court revisited and updated important arguments related to the object and scope of freedom of expression, even

30 ECtHR, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, application n. 41288/15, 14 January 2020. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-200344>. Accessed on February 14th, 2021.

though it did not admit the constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) for trial. As for the arguments, the court particularly (and more than understandably) highlighted the sensitive problem of hate speech against Jews and even the Jewish community itself.

In the specific case at hand, the local president of an association of the Right-wing Party (*Die Rechte*) –who has already been criminally convicted several times– was sentenced to six months’ imprisonment without parole for insulting (*Beleidigung*) and inciting hatred against a certain population group (*Volksverhetzung*), namely the Jewish population. The facts that gave rise to the criminal proceedings in the ordinary courts deserve a brief description. To this end, we have made use of the summary published in the FCCG newsletter, on July 10th, 2020, and the narrative of the facts contained in the reasoning of the decision.

In the case, prior to the penalties, the news website *Westdeutscher Rundfunk* had reported that a certain community in the state of Nordrheinwestfalen had its own official journal run by a publishing house whose owner issued writings of a radical right-wing orientation. As a result, the leader of a Jewish community in the region demanded that the official journal referred to be republished by another publishing house.

This led the petitioner of the case in analysis –at the time president of a local association linked to the aforementioned political party– to publish on the website of the association, under his responsibility, a series of manifestations that gave rise to the criminal case faced by him and whose verdict he sought to challenge before the FCCG. In the published article, the plaintiff ran under the headline “State Media, Left and Jewish Community”, he called the Jewish community representative a “cheeky Jewish official”, since the latter had called upon the municipality to no longer publish in the plaintiff’s publishing house.

Furthermore, the article insists in an “insidious campaign by the media, the left and the Jewish community” calling for “the immediate cessation of all cooperation” with the latter. In the same text, the plaintiff states that the party “The Right’ wants to reduce the influence of Jewish lobby organizations on German politics in a very short time to zero”, in addition to ‘cutting all state subsidies for Jewish communities and earmarking the resources for the common good.’ Note, further, that the plaintiff also described himself a “non-conformist political editor” – to a book he edited on “exemplary and proven men of the SS armed forces” (*vorbildliche und bewährte Männer der Waffen SS*).

In the case in analysis, this concerns a legally legitimate restriction, since we are dealing with manifestations that represent a violation or concrete threat to

legal interests as is the case precisely with speeches that are directed against certain people or groups and that take on the character of sedition or attack the urbanity of public debate. This is precisely the case with speeches that are directed against certain people or groups, and that have a seditious character or attack the urbanity of public debate.

According to the judgment of the German Constitutional Court, although a ban and criminalization of generic right-wing radical and even national socialist speech is not, as such, compatible with the requirements of freedom of expression, it is necessary to place such manifestations in the proper context. In this sense, the decision states that German historical experience has shown that the systematic and targeted persecution and boycott of the Jewish community paved the way for its extermination.

In the concrete case –still according to the judgment– the use of the expression “cheeky Jew”, as well as the positive reference to the members of the Waffen SS, can be directly linked both to the use of the same and similar expressions conveyed by the National Socialist propaganda, and to the fact that the SS were responsible for the planning and execution of the Holocaust. Moreover, the reference to the purpose of the elimination (‘reduction to zero level’) of any and all political influences of the Jewish community reveals an adherence to the Nazi rhetoric of extermination, concretely threatening the peaceful character of the political debate.

The decisions of the ECtHR and the FCCG, illustratively mentioned, show that both Courts have been aware of the phenomenon of hate speech on the Internet and have been firm in prohibiting it, not only admitting but also demanding its containment and sanctioning by the competent state bodies, including through criminalization.

On the other hand, this does not mean that the ECtHR –as well as the FCCG– has, even in the decisions portrayed here, opened the possibility of any kind of measure limiting freedom of expression or even endorsed an overly elastic interpretation of the concept of hate speech for this purpose. For this reason –but also from the perspective of national legal systems, especially constitutional catalogs of fundamental rights– each intervention in the scope of freedom of expression should be subject to careful examination as to its conventional and constitutional legitimacy.

As for the Brazilian case, as stated above, both a significant part of the legal literature and especially, the evolution of the BSFC’s decision practice, has strengthened the position of freedom of expression in the constitutional architecture,

assigning it a *prima facie* preferred position *vis-à-vis* other fundamental rights. In the same way, as equally indicated, it is not possible –at the present time– to extract a consolidated position, regarding the definition of hate speech practiced by the BSFC, especially if it is in fact compatible with the repeatedly affirmed preferred position of freedom of expression.

The case of Holocaust denial in itself –at least in principle and compared to the orientation prevailing in the USA– could already indicate precisely the contrary, i.e. that freedom of expression does not have a privileged condition within the long list of freedoms and fundamental rights enshrined in the Brazilian Federal Constitution.

When the most recent case law of the BSFC about the limits of freedom of expression is considered, the impression that there is still not enough clear position of the Brazilian Court regarding the content of so-called hate speech as an abusive manifestation of freedom of speech becomes even more remarkable, even though a preferred position continues to be attributed to freedom of speech.

To illustrate the matter, we present three judgments, two of which are not directly related to the exercise of freedom of expression on the Internet but are fully applicable to it.

In the first case –Investigation 4694/DF, reported by Justice Marco Aurélio Mello and issued on August 28th, 2018–, the First Panel of the BSFC rejected a complaint against a Member of Congress who, during a conference, expressed discriminatory and negative opinions about *quilombolas*³¹, indigenous peoples, refugees, women and the LGBT community (lesbians, gays, bisexuals, transvestites, transsexuals and transgenders). The Panel did not consider that the discriminatory content of the statements had been demonstrated, because they were sheltered both by freedom of expression and by parliamentary immunity, as portrayed in article 53 of the Brazilian Federal Constitution.

As regards to freedom of expression, for most of the Justices, although the speech of the defendant in the criminal case concerning *quilombolas* implied a position of superiority, it did not aim at incite acts of repression, domination and elimination, and did not have a discriminatory bias. According to the majority position, the interest in the extinction or reduction of indigenous reservations or

31 *Quilombolas* (*Quilombos*, in Portuguese) are communities of black people who are descendants of former slaves, living in areas that originally were used by them as a place of refuge. The *Quilombolas*, as well as the cultural, religious and the general traditions of afro-descendants are submitted to special protection in the Brazilian Constitution.

lands occupied by *quilombolas* is not the same as the intention to eliminate those minorities. Besides, even the fact that the accused Member of Congress used the term “*arroba*”³² to refer to the weight of a person that belongs to the *quilombola* community cannot be considered as a manifestation of a dehumanizing nature, but should, rather, be seen as an unfortunate way of saying that a given person is above the weight considered normal.

Also, as regards to the defendant manifestations on migrants, the First Panel of the Brazilian Supreme Federal Court held that there was no exorbitant manifestation that could exceed a criticism of the government’s migration policy at the time, since not only were there no incitation to xenophobic conduct, but the defendant stated that he did not make any distinction regarding the foreign origin of the immigrant, but rather, in general, to all immigrants.

Furthermore, Justice Roberto Barroso’s had a dissenting opinion on the case, since he had partly accepted the complaint concerning the *quilombolas*, afro-descendants and, also, homosexuals. Justice Rosa Weber also had a dissenting opinion, but she agreed with the divergence raised by Justice Barroso only as regards the defendant’s statements aimed at the *quilombolas*.

At this point, as it can be easily perceived, it is already possible to claim that in the Brazilian case briefly presented the BSFC maintained its case law favorable to a preferred position of freedom of expression, although Justice Roberto Barroso and Justice Rosa Weber shared a dissenting opinion (the latter upheld only in part) to accept the complaint. This circumstance, at least at a first reading, may mean a partial alteration of the opinion of Justice Barroso toward a preferred position of freedom of expression but also –and this appears to us as the most appropriate exegesis (although only Justice Barroso himself can clarify this)– suggest an attempt to maintain an internal coherence between the defense of the preferred position of freedom of expression and his equally firm position (even before becoming a Justice of the BSFC) as to recognizing and protecting minority rights.

Another decision that must be discussed here concerns the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality 2566/DF, judged on May 16th, 2019. The merits of the case involve the analysis of the request for the declaration of unconstitutionality of article 4, § 1, of the Law n. 9,612/1998, according to which it is forbidden to proselytize (i.e. to hold speeches aiming to convert people to a

32 The word “*arroba*” has its origin in Arabic “*ar-rub*” and consists in a unit of measure used mainly for animals (cattle), but it also had been used throughout the slave commerce.

particular doctrine, religion, etc.) within the sphere of community broadcasting media.

The decision, issued by majority opinion and drafted by Justice Edson Fachin, who sustained the thesis of unconstitutionality of that article due to the violation of the article 5, subparagraphs IV, VI and IX³³, as well as article 220³⁴, both of the Brazilian Federal Constitution. According to Justice Fachin, in a precedent-based reasoning, this liberty also covers persuasive speeches, besides the use of critical arguments, and it must be ensured an informed public debate characterized by the free dissemination and exchange of ideas.

Besides this, also according to Justice Fachin, the decision issued on the Ordinary Appeal in *Habeas Corpus* 134.682/BA is applied to the present case, since the claim to assume a universal character –proselytizing speeches– is part of the nature of religions, so that proscribing it would be incompatible with the essential core of religious freedom.

It should be noted that in the latter case, which involves religious proselytizing (but not incitation to physical or moral violence against other religions and their followers), the Justices of the panel of the BSFC, by majority of votes, embraced again the current dominant (despite a few variations among the Justices' opinions) a preferred position of freedom of expression. Besides, both cases are aligned with a broader notion –as previously stated– of hate speech than the one perceived in the United States, but more restricted than the one adopted on the European Convention on Human Rights.

Nevertheless, there is a shift when freedom of expression is used to attack and even overthrow the structures of the democratic rule of law. This change in understanding is perceived by the decision of the BSFC when it dismissed the Request for Non-Compliance of Fundamental Principles 572 (ADPF 572, in the Portuguese abbreviation), which analyzed the decision of the Brazilian Court to open an investigation (Inq 4781) on fake news (fraudulent news, in a more accurate

33 “Article 5...

IV – manifestation of thought is free, but anonymity is forbidden;

VI – freedom of conscience and belief is inviolable, assuring free exercise of religious beliefs and guaranteeing, as set forth in law, protection of places of worship and their rites;

IX – expression of intellectual, artistic, scientific, and communication activity is free, independent of any censorship or license”.

34 “Article 220. The expression of thoughts, creation, speech and information, through whatever form, process or vehicle, shall not be subject to any restrictions, observing the provisions of this Constitution”.

translation), slanderous accusations and threats against the Court, its Ministers and family members. It is worth highlighting the vote of Justice Celso de Mello, according to whom there would be no point in removing from the Court the instruments that effectively enable the protection of the democratic order, the democratic rule of law and the institution itself. Also, according to the abovementioned Justice, incitement to public hatred and the spread of offenses and threats are not covered by the constitutional clause that protects freedom of speech³⁵.

IV. THE REGULATORY EXPERIENCE OF THE GERMAN NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ (GERMAN NETWORK ENFORCEMENT ACT)

As for the regulation of hate speech on the Internet, although there is still no specific directive or regulation on the subject within the European framework, some instruments have been created for this purpose.

We highlight the measures here adopted in the context of the Council of Europe, to combat racism and intolerance, with the elaboration of Recommendation n. 97/20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe specifically on hate speech³⁶, in 1997.

In the context of the European Union, in May 2016, a Code of conduct on countering illegal hate speech online was signed by Facebook, Microsoft, Twitter and YouTube. Since then, other companies –such as Instagram, Snapchat, Dailymotion, Jeuxvideo.com, and TikTok– have announced the compliance with the provisions of the mentioned Code³⁷. In addition, there is the European Commission Recommendations to Tackle Illegal Content, issued in April, 2018. Currently being edited and processed, we also highlight the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) that, among others, encompass social media platforms, last updated on December 15, 2020³⁸, as well as the proposal for

35 See ADPF n. 572, Judge-Rapporteur Edson Fachin, judged on June 18th, 2020.

36 Council of Europe, European Council Recommendation n. 97/20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech”, 1997.

37 European Union, European Commission, *5th evaluation of the Code of Conduct. Countering illegal hate speech online*. Factsheet, June 22th, 2020. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/codeofconduct_2020_factsheet_12.pdf. Accessed on February 12th, 2021.

38 European Union, Digital Services Act, December 15th, 2020. Available at: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_pt. Accessed on February 14th, 2021.

the Charter of Fundamental Digital Rights of the European Union, which, among other provisions, aims to protect freedom of opinion and the public sphere, also including social media platforms³⁹.

Therefore, it is in this context that the controversy regarding the so-called German Network Enforcement Act (GNEA) (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) is framed. The Act was approved by the German Parliament on September 1st, 2017, with the purpose of restraining and repressing offensive, discriminatory speeches and the incitement to violence on social media platforms⁴⁰. The GNEA is the outcome of an intense reaction to the exponential growth –especially (but not only) due to the German migration policy which, in recent years alone, attracted more than one million migrants, most of them from Syria– of the flow of hate speech online, a measure that, in principle, is in accordance with the German tradition, more strict concerning hate speech, but also more sensitive in reacting to offenses to personality rights in general.

But, despite the motivation of the Act which is itself legitimate, it has drawn much criticism, both in the phase of its elaboration and discussion in Parliament and as regards its application. The controversy on the compatibility of the Act with the German Basic Law, but also with the European Convention on Human Rights (EConvHR) and the European Charter of Fundamental Rights (ECFR), is of particular relevance, especially insofar as it involves restrictions to freedom of expression in social networks⁴¹.

Since it is not feasible to explore in greater detail the content of the Act and its myriad of repercussions and the questions it arouses, we limit ourselves to emphasize a few of the main aspects that aim to enable greater control toward hate speech and even its interdiction.

39 Charta der Digitalen Grundrechte der Europäischen Union. Available at: <https://digitalcharter.eu>. Accessed on February 14th, 2021.

40 The content of the Act can be found at <https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+-+NetzDG&f=1>. Accessed on March 1st, 2021.

41 On the topic, see, *pars pro toto*, presenting a summary of the controversy and referring to the most current and relevant literature, but adopting a substantially favorable understanding, A. LANG, “Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 143, 2018, pp. 225 ff. Sustaining the substantial incompatibility, at several points, of the GNEA with the Fundamental Law and European Convention, see, *pars pro toto*, the opinion of G. SPINDLER, “Legal Expertise Commissioned by BITKOM”, Göttingen, 2017, available at <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Sonstiges/Legal-Expertise-Official-2-0.pdf>.

Thus, it should be initially emphasized that the GNEA required the implementation of clearer and stricter security measures regarding the injurious and potentially unlawful contents, enabling citizens to maintain a broad control over the material posted.

According to the content of § 1, (1) and (2), of the Act, the GNEA has as its target the enterprises that promote social platforms for profit and have more than two million users in Germany. It should be noted, however, that the Act established differences between providers and does not apply to messaging and e-mail platforms, as well as to platforms designed to publish journalistic and editorial contents⁴².

Regarding its object, the Act requires that unlawful content posted on the abovementioned social media to be deleted and blocked. According to § 1, (3), all contents that correspond to the definitions of crimes mentioned in 23 provisions of the German Criminal Code are considered unlawful, such as those that involve attacks against State security and public order, but also offenses against personality rights⁴³.

From this perspective, the GNEA established a dividing line between crimes (criminal offenses) of various kinds on the Web (such as fraud) and the so-called hate crime and fake news. Besides, it should be noted that it is not clear if to recognize the unlawfulness of a certain content, it is necessary that the provider verifies both the subjective and objective factual support, besides the unlawfulness, or, alternatively, if the presence of the objective factual support and the unlawfulness are enough⁴⁴.

From this point of view, the GNEA established an obligation for social media platforms to create a transparent, efficient and permanently available procedure

42 “(1) This Act shall apply to telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks). Platforms offering journalistic or editorial content, the responsibility for which lies with the service provider itself, shall not constitute social networks within the meaning of this Act. The same shall apply to platforms which are designed to enable individual communication or the dissemination of specific content.

(2) The provider of a social network shall be exempt from the obligations stipulated in sections 2 and 3 if the social network has fewer than two million registered users in the Federal Republic of Germany”.

43 “(3) Unlawful content shall be content within the meaning of subsection (1) which fulfils the requirements of the offences described in sections 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in connection with 184d, 185 to 187, 201a, 241 or 269 of the Criminal Code and which is not justified”.

44 B. HOLZNAGEL, “Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2017, pp. 614 ff.

which can be easily understood and handled by users, ensuring that the providers are able to promptly access the complaint and take immediate steps to eliminate or block the challenged illegal content (§ 3, (1))⁴⁵.

According to § 3, (2), no. 1 of the Act, the social media platforms also have the obligation to provide a procedure that enables the immediate knowledge and decision about the removal or blocking of access to allegedly illegal content⁴⁶, implementing the so-called notice and take down procedure, originally foreseen in articles 14 and 15 of Directive 2000/31 of the European Parliament on e-commerce⁴⁷.

45 “(1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognizable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content”.

46 “(2) The procedure shall ensure that the provider of the social network:

1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked”.

47 See B. HOLZNAGEL. “Das Compliance-System...”, *cit.*, pp. 614-15.

“Article 14. Hosting.

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15. No general obligation to monitor.

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom

Furthermore, social media platforms must immediately inform the users and complainants of all and any measures taken, justifying their decision (§ 3, (2), no. 5, of the GNEA)⁴⁸. It should be noted that, as a reaction to this legal provision, the main Internet stakeholders have already begun to institute mechanisms to meet the demand. For example, Google created a specific complaint form⁴⁹, Twitter added new functions to the users' accounts⁵⁰, while Facebook created a specific page on which the victim must choose among the options previously supplied and attach the screenshot of the publication⁵¹.

A first point to be highlighted concerns the fact that, according to the Act, any user can report the content including hate speech. Thus, it can be stated that it was attempted to establish a kind of broader social control over the social networks by their own users. Besides, according to § 3, (2), no. 2 and 3, the Act established a twenty-four-hour deadline after the complaint for the platform to delete or block access to the publication when the latter is clearly unlawful. In more complex cases, it extended the deadline up to seven days, a period that can be granted when “a) the decision regarding the unlawfulness of the content depends on the falsity of a factual allegation or clearly depends on other factual circumstances; in such cases, the social media platform can give the user an opportunity to appeal the complaint before the decision is issued; b) the social platform submits the decision on unlawfulness to a recognized self-regulation institution ... within 7 days of receiving the complaint and agrees to comply with the decision of that institution”.

they have storage agreements”. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of June 8th, 2000, on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”). Official Journal L 178, 17.07.2000, pp. 0001-0016. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=pt>. Access on October 30th, 2018.

48 “... 5. immediately notifies the person submitting the complaint and the user about any decision, while also providing them with reasons for its decision ...”.

49 In Google News, there is the instrument called “Send feedback”, in which it is necessary to send a “screenshot”. For further details, see the site of the social network: <https://news.google.com/>. Accessed on March 1st, 2021.

50 Regarding Twitter, see, for instance, <https://help.twitter.com/en/safety-and-security/report-abusive-behavior>. Accessed on March 1st, 2021.

51 In Facebook, above the news, where there are three dots, the option “Give Feedback on This Post” appears. For further details, see the website of the social network: <https://pt-br.facebook.com/>. Accessed on March 1st, 2021.

In cases of non-compliance, fines of up to five million Euros were established (§ 4, (2))⁵².

The Act also establishes an obligation for the social media platforms to elaborate and publish a six-monthly report on the complaints received and respective measures involving the contents considered unlawful (§ 2)⁵³.

However, as already mentioned, several provisions of the Act have been questioned as to their constitutional legitimacy –in relation to the German Fundamental Law– in addition to a potential incompatibility with the European legal framework in terms of freedom of expression and other human and fundamental rights, whether they be enshrined in the EConvHR or affirmed in the ECFR.

Beyond the alleged formal unconstitutionality of the new legislation, which will not be dealt with here, among other reasons, because it represents an isolated position⁵⁴, here are the most controversial issues, which are not presented here in order of relevance.

A first objection concerns the fact that initially the platforms must deliberate about the offensive potential of the posting, establishing the possibility of a private censorship and a privatization of the enforcement of the Act⁵⁵.

Another relevant aspect concerns the fact, alleged by some, that the German State would begin to indirectly accept, and to a certain extent even encourage, the policy of surveillance and general monitoring performed on social media platforms, although it did not expressly require this kind of procedure from the providers⁵⁶.

52 “(2) In cases under subsection (1) numbers 7 and 8, the regulatory offence may be sanctioned with a regulatory fine of up to five hundred thousand euros, and in other cases under subsection (1) with a regulatory fine of up to five million euros. Section 30(2) sentence 3 of the Act on Regulatory Offences shall apply”.

53 “(1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.

(2) The reports shall cover at least the following points: ...”.

54 In this sense, arguing for a formal illegitimacy, see, *pars pro toto*, H. GERSDORF, “Hate Speech in sozialen Netzwerken”, *MultiMedia und Recht*, 2017, pp. 439 ff.

55 About the point, see, *pars pro toto*, M. SCHRÖDER, “Private, statt administrative Durchsetzung des öffentlichen Rechts”, *Die Verwaltung*, n. 50, 2017, pp. 309-331.

56 See, *pars pro toto*, G. SPINDLER, “Legal Expertise Commissioned by BITKOM”,

Likewise, the broadness of the list of contents that can be considered unlawful is questioned, considering the number of definitions of criminal offences listed to this effect, which are not well-founded. In this regard, there is a proposal of a corrective adjustment to reduce the cases to a few essential offences⁵⁷.

Furthermore, the deadlines set out by the legislator for social media platforms to take actions (to eliminate or block) are too short to enable an adequate examination of their actual unlawfulness. It should also be noted that most definitions of criminal offences listed require an interpretation in the light of the demands for freedom of expression, which, in many cases, is controversial and must be carefully addressed, especially taking into account that, according to the case law of the German Federal Supreme Court, not all offensive contents are an effective abuse of freedom of expression and, in this regard, an unlawful act that is subject to sanction (satires, critique, etc.)⁵⁸. Indeed, the same rationale applies to the evaluation of whether some content is an attack on State security and public order, and therefore it is also questionable whether a private actor, especially in such a short time –24 hours when it is manifestly unlawful content (whatever this means, as one may add)– can themselves perform this judgment⁵⁹.

Furthermore, as regards the legal deadline for removing or blocking unlawful content, the Act, as already mentioned above, also provides the possibility of exceptions to which these deadlines do not apply, besides the need for a notification ensuring the possibility of the user to answer the complaint. Anyhow, it is not possible to discuss here whether this satisfactorily removes the abovementioned objections.

V. FINAL REMARKS

Although it is not possible (nor is it intended) to list all the possible observations and conclusions about this matter, it is possible to summarize some aspects that are presented as core points.

A first observation that should be made is that freedom of expression and its limits are still –and possibly increasingly– a very sensitive issue and, to a large extent,

Göttingen, 2017. Available at <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Sonstiges/Legal-Expertise-Official-2-0.pdf>.

57 B. HOLZNAGEL. “Das Compliance-System...”, *cit.*, pp. 623.

58 *Ibid.*, pp. 622-23.

59 *Ibid.*, pp. 623-24.

connected to positive (international, constitutional, infra-constitutional) law of each legal system, but especially to the dominant conceptions of democracy, tolerance and liberty in general terms.

Nevertheless, despite the obvious differences between the North American, European (in the sense of European Union and Council of Europe), German and Brazilian models, in all those legal systems hate speech is forbidden and can be sanctioned. What varies in each one of these models –and with different consequences– is the comprehension concerning hate speech.

Likewise, there is a variation in how the different legal systems (internal bodies and international entities, and even supranational ones) regulate hate speech. In many cases, there are no specific constitutional and legal prescriptions for this purpose, which –it should be underscored– does not determine, by itself, the legal legitimacy and above all the efficacy and effectiveness of such rules.

Thus, taking the objects of the comparison performed above as a parameter, only Germany, by approving the GNEA, adopted –for now– a legislation specifically aimed at regulating the social networks, without jeopardizing all other available legal sources applicable to such means of communication and to others. That in itself –unless through adequate monitoring of such measures– does not ensure its adequacy and effectiveness, neither does it solve a series of other problems.

This, however, does not mean that the regulation of the content of online free speech is unnecessary or completely useless due to its inefficiency, although there are also those who take this position. Likewise, it is still open to what extent a stronger model of state regulation should be adopted (and eventually also by international entities), or if efforts should be put into the so-called regulated self-regulation or simply if it should be provided full space to self-regulation.

It is in this context that the recent German Act can offer us at least a few clues. Despite the different objections raised about a number of GNEA provisions and also despite some essential adjustments, as well as an interpretation in accordance with human and fundamental rights, particularly freedom of expression, the Act should be mostly well received. In general terms, and among other reasons, since it is compatible with and implements the normative orientation (still as soft law) in the case of *Belkacem vs. Belgium*, as well as the recommendations of the ECtHR.

Particularly welcome is the creation of a model embracing a broad social control by the users of social platforms, as long as it does not enable censorship (including a

private one) nor silencing free speech of users. Although we cannot explore further this matter, it is important to be mentioned that those situations are partly already taking place.

Besides, the German legislator sought to institute a model of compliance which, to a great extent, incorporates measures involving the removal and blocking of unlawful contents that already exist, exploring further toward the effective measures, be it by persuasion or by sanctioning⁶⁰.

We would venture to claim that, particularly considering the presence of powerful social stakeholders from the technological and economic point of view, the absence of regulation on hate speech and the lack of minimum effective measures to prevent and sanction it entail the violation of the State's duty to protect in the sphere of private relations with regards to personality rights, but concerning human dignity above all, as solemnly enunciated in article 1 of the German Basic Law⁶¹ and in Article 1 of the European Charter of Fundamental Rights⁶².

Furthermore, it is necessary to consider, as already mentioned, that the best path to follow is not a closed regulation, but rather –and here we present our view on the topic– a so-called regulated self-regulation⁶³, as already established in the GNEA (despite the points to be corrected). Although this position will not be discussed in depth here, it is essential to be emphasized.

As for the role of the Judiciary, linked to the duty to protect fundamental rights, the experiences briefly described (ECtHR, FCCG and BSFC) have shown

60 B. HOLZNAGEL, “Das Compliance-System...”, *cit.*, pp. 622 ff.

61 “(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people, therefore, acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law”.

62 “Article 1: Human dignity is inviolable. It must be respected and protected”.

63 About the topic, see, *pars pro toto*, W. HOFFMANN-RIEM, “Selbstregulierung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext”, in M. FEHLING and U. SCHLIESKY (eds.), *Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 27-52. As a counterpoint, opting for a dominant model of self-regulation, see, among others, in Brazilian literature, I. A. HARTMANN, “Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais”, *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 12, 2018, pp. 145-184.

how much judicial control, although not immune to criticism, besides lacking limits, has been relevant and even indispensable, especially when rights and interests of minorities and vulnerable groups, most affected by the harmful effects of hate speech, are at stake.

On the other hand, possible judicial measures (and regulatory ones, in general terms) taken for tackle online hate cannot imply violation of other human and fundamental rights, due to an unlawful intervention in the sphere of protection those rights, as is primarily the case of the freedom expression and information, to which a preferred position must be ensured, at the risk of jeopardizing the democratic order itself.

In this sense, the underlying perception (although not necessarily explicit) of the mentioned decisions and regulatory measures, namely the GNEA, concerns precisely the risks that hate speech represents to democracy, which was particularly emphasized in the BSFC's decision in the case of ADPF 572, in which it was highlighted that freedom of speech does not protect speech directed against democracy and its institutions.

Another relevant aspect to consider, at this point, is the lack of boundaries that characterizes the digital environment and the technical difficulties of implementing a stricter control based on a sanctioning model. Only digital inclusion (involving empowerment of users for the responsible use of the internet) and the dissemination of a culture of respect and tolerance, as well as eventually the elaboration of an International Treaty for the Protection of Human Rights on the Internet⁶⁴ and a common code of ethics for the internet, may come to have more effective and lasting results⁶⁵.

In this perspective, it is worth to mention the draft proposal that is currently under discussion in the European Parliament (currently containing 18 articles) of the Charter of Fundamental Digital Rights of the European Union, whose article 4, in the version of April 24th, 2018, states⁶⁶:

64 In this sense, see the *Charter of Human Rights and Principles for the Internet* (<http://internetrighsandprinciples.org/wpcharter>), which, although not binding, can serve as a starting point.

65 The topic of ethics on the internet is not new and there is already much literature on the topic. See, for example, T. KOENIG and M. RUSTAD, *Global Information Technologies: Ethics and the Law*, 1st ed., West Academic Publishing, Kindle Edition Global, 2017. Likewise, there are already many codes or regulations published by users and other actors of the Web, including the social networks and research providers.

66 See <https://digitalcharta.eu/>.

“Article 4 (Freedom of Expression and Public Sphere)

(1) Every person has the right to freedom of speech and expression in the digital world. Censorship is impermissible.

(2) This right may be limited by provisions of general legislation.

(3) Operators of public discussion platforms have the responsibility to protect the right to freedom of expression. They must ensure that the fundamental rights and duties stipulated in this Charter are observed according to the law”.

In any case, the effectiveness of such normative frameworks will also depend on their acceptance and on the indispensable commitment of States and the Internet stakeholders, which will only be feasible –and even so with limits– through a network of cooperation and multi-level political and legal interaction, in a context of a regulated self-regulation of social media platforms.

Abstract

Although not a recent phenomenon, hate speech has become a worldwide challenge, with an increasingly devastating impact. Thus, this places an urgent need for an appropriate regulation in terms of prevention and prohibition, which must be done at national and transnational level. One of the major challenges is to find the proper balance between the fundamental freedom of expression and the protection of human dignity and personality rights against any kind of manifestation that can be considered hate speech. So, the object of the present text is to draw some considerations about the phenomenon, as well as provide an overview about the recently enacted German Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – German Network Enforcement Act), the Brazilian constitutional order and the European legal framework (European Union and Council of Europe), whether by case-law or by instruments to tackle hate speech, especially concerning social media platforms.

Keywords

Freedom of Expression; Hate Speech; Social Networks; Regulation.

Resumen

Aunque no es un fenómeno reciente, la incitación al odio se ha convertido en un reto a nivel mundial, con un impacto cada vez más devastador. Esto plantea la necesidad urgente de una regulación adecuada en términos de prevención y prohibición, que debe hacerse tanto a nivel nacional como transnacional. Uno de los principales retos es encontrar el equilibrio adecuado entre la libertad fundamental de expresión y la protección de la dignidad humana y los derechos de la personalidad frente a cualquier tipo de manifestación que pueda considerarse como discurso de odio. Así pues, el objeto del presente texto es extraer algunas consideraciones sobre el fenómeno, así como ofrecer

una visión general sobre la recientemente promulgada Ley alemana para mejorar la aplicación de la ley en las redes sociales (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - Ley alemana de aplicación de la ley en las redes), el ordenamiento constitucional brasileño y el marco jurídico europeo (Unión Europea y Consejo de Europa), ya sea por la jurisprudencia o por los instrumentos para hacer frente a la incitación al odio, especialmente en lo que respecta a las plataformas de medios sociales.

Palabras clave

Libertad de expresión; Discurso de odio; Redes sociales; Regulación.

Recibido: 27 de abril de 2021

Aceptado: 7 de mayo de 2021



Noticias de libros



***LOS LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA
EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL,
JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE, COMARES,
ISBN 9788490451403, 2020, 88 PÁGINAS***

Book review

ANTONIO PÉREZ MIRAS

*Profesor del Departamento de Derecho
Constitucional. Universidad de Granada*

La complejidad del proceso de integración europea necesita constantemente de estudios serios que arrojen luz sobre los fundamentos teóricos y los aspectos prácticos de tan original y peculiar obra de ingeniería jurídica. Desde el punto de vista constitucional, la construcción europea supone un amplio haz de desafíos que ponen a prueba los pilares mismos de la disciplina, y por ello es de agradecer que existan investigaciones rigurosas como las que contiene la monografía que reseñamos. Una investigación rigurosa necesita, en primer lugar y ante todo, de un solvente investigador que se ocupe y se preocupe de su línea de investigación con atino y con ahínco; este es el caso que nos ocupa: Joaquín Sarrión, investigador Ramón y Cajal en la UNED, es un incansable trabajador con una mente lúcida para (no sólo) los asuntos europeos, como muestra su amplia producción bibliográfica. Puedo dar buena cuenta de ello por la amistad que nos une desde que fuera mi padrino en el Real Colegio de España en Bolonia, lugar donde realizó su tesis doctoral bajo la dirección de la hoy Juez del TJUE, Lucia Serena Rossi¹. En esa tesis se hunden las raíces de la monografía de la que ahora damos noticia.

1 J. SARRION ESTEVE, *Il conflitto tra libertà del mercato interno comunitario e diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea: la posizione della Corte di Giustizia di Lussemburgo quale garante*

En esta breve pero densa monografía el Prof. Sarrión aborda con claridad la doctrina de los límites constitucionales a la integración europea desde un paradigma pluralista y multinivel, que le permite comprender las relaciones entre los Ordenamientos nacionales y europeo y observar la dinámica que surge entre el Tribunal de Justicia y los Altos Tribunales nacionales con jurisdicción constitucional, que se explicita en el denominado diálogo entre Tribunales. Todo ello siempre con una honda preocupación por la tutela de los derechos fundamentales y sus estándares de protección². Por tanto, opta por un análisis jurisprudencial de un seleccionado grupo de Estados miembros que demostraría la doctrina de los límites constitucionales, bajo la premisa de la confrontación entre el principio de primacía del Derecho de la Unión, el respeto a la identidad constitucional y el papel de los Tribunales con jurisdicción constitucional como garantes del orden y la soberanía constitucionales. Esta selección trae causa de un trabajo anterior merecedor, “*ex aequo*”, del Premio de Investigación Pastor Delgado Hernández Derechos Humanos Universales en 2013, por parte de la Asociación Civil Pastor Delgado Hernández y del Cabildo Insular de Tenerife³. Sin embargo aquel trabajo no vio la luz en su totalidad en aquel momento, y por ello el Autor ha realizado ahora una profunda actualización de ese análisis jurisprudencial. Ese lapso de tiempo ha merecido la pena porque en estos años ha habido importantes pronunciamientos para la tesis principal que se sostiene y sobre los que el Autor ha seguido trabajando y publicando⁴.

Este trabajo se estructura en un prólogo, tres capítulos y conclusiones. El primero de los capítulos, de carácter introductorio, sienta las bases metodológicas y teóricas del trabajo. Como ya hemos dicho, sigue la perspectiva de las relaciones entre Ordenamientos y el paradigma multinivel o pluralista. En esta parte, de carác-

dei diritti fondamentali, Tesis doctoral, Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione Europea, 24 Ciclo, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 2011 (DOI 10.6092/unibo/amsdottorato/3512). Disponible en: <http://amsdottorato.unibo.it/3512/> (30/5/2021).

2 Tal preocupación ya se hizo evidente en su primera monografía: J. SARRIÓN ESTEVE, *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013.

3 Se trata de un certamen nacido para ensalzar la labor de Pastor Delgado Hernández, importante jurista de raíces canarias que llegó a desarrollar una importante carrera profesional en Venezuela, y que siempre mostró una gran preocupación por los derechos humanos.

4 En esta misma Revista el año pasado: J. SARRIÓN ESTEVE, “El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la Constitución alemana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 34, 2020. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE34/articulos/03_SARRION.htm (30/5/2021).

ter más dogmático, muestra un profundo manejo de la literatura más sobresaliente sobre el tema al tiempo que realiza un compendio de esas doctrinas y las enlaza a la perfección con el propósito de la investigación, como es la articulación entre el nivel nacional de los Estados miembros y el de la Unión Europea y la perspectiva constitucional del principio de primacía⁵.

El segundo capítulo muestra su pausado conocimiento sobre la configuración de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, con especial énfasis tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la plena validez jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Primeramente se pregunta si en la Unión existe un sistema autónomo de protección de los derechos fundamentales, para lo que analiza todo el acervo jurisprudencial que llevó en un primer momento a la construcción pretoriana de la tutela de los derechos fundamentales en las entonces Comunidades, y posteriormente tras Maastricht a su inclusión en los Tratados. Una respuesta afirmativa le lleva a buscar su ámbito de aplicación, con dos fuentes principales: la combinación de la Carta con el art. 6.1 TUE y, por otro, los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión. Centrándose en la primera, realiza un interesante análisis de los estándares de protección a la luz del art. 53 CDFUE, que mostraría precisamente la existencia de, al menos, tres niveles de protección: el estándar de la Unión, el estándar internacional (en especial, del Convenio de Derechos Humanos) y el estándar constitucional o interno. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en especial en *Melloni* y *Åkerberg*, se muestra crítico con la interpretación y el uso que se ha hecho del art. 53 CDFUE por parte del Tribunal puesto que, a su juicio, este artículo permitía una interpretación mucho más pluralista así como realmente una aplicación del estándar nacional cuando este fuera superior.

Esta conclusión, digamos, pesimista, le lleva, sin embargo, a la parte central del estudio, porque se derivaría un mayor interés por conocer esa doctrina constitucional de los límites sentada por parte de los Tribunales nacionales con jurisdicción constitucional. Así, en el capítulo III nos presenta con su acostumbrada claridad el origen de la doctrina y los distintos usos terminológicos que se le han dado. Es evidente que el Autor ya en el título de la obra muestra su preferencia por la terminología con una perspectiva, se nos antoja, más europeísta de límites a la integración, si bien no huye de las otras denominaciones como son los contralímites o las reservas constitucionales, que, en nuestra opinión,

5 Siguiendo las tesis de unos de los referentes al respecto: A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

ponen su centro de gravedad en una visión más estatista. No obstante, como buen conocedor del sistema italiano usa con frecuencia la expresión de los contralímites o “*controlimiti*”, lo que también ayuda a quienes se encuentran más familiarizados o influidos por la doctrina italiana. Asimismo nos ofrece una convincente propuesta metodológica para la selección de los Estados cuya jurisprudencia constitucional va a analizar.

Nos propone estudiar el desarrollo de esta doctrina a través de ocho Estados miembros: Italia, Alemania, España, Dinamarca, Francia, Polonia, Chipre y la República Checa. Como no podía ser de otra manera, dedica una especial atención a los casos paradigmáticos de Italia y Alemania, cuyos Tribunales constitucionales se muestran especialmente celosos de mantener su posición de guardianes. En verdad, tanto la doctrina de los contralímites de la *Corte Costituzionale* o los límites a la transferencia de soberanía del Tribunal Constitucional Federal alemán no son sino la evidencia, a mi juicio, de las carencias que tiene la Unión desde el punto de vista constitucional y la falta de arrojo para, desde la Política, optar por un verdadero proceso constituyente en el Continente.

De todos y cada uno de los Estados analizados, irá sacando sus conclusiones en torno a la aplicación del principio de primacía. En el caso italiano, tras el estudio de la saga *Taricco* observa que el principio de primacía se encuentra limitado por los principios fundamentales del Ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales y la forma republicana, cuya salvaguardia corresponde a la Corte⁶. Igualmente ve vigente en Alemania tras estudiar las respuestas posteriores a *Solange*, en especial en los casos *Lisboa*, *Honeywell*, *OMT* y *Weiss*⁷.

En el caso español, se observa la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional como consecuencia de *Melloni*, considerando que aquí la doctrina de los límites quedaría desdibujada. Por su parte, Dinamarca abre su propia vía para encajar el principio de primacía, aceptándolo respecto del Derecho infraconstitucional pero considerando que la Constitución danesa goza de superioridad jerárquica sobre el Derecho de la Unión. Por su parte, el caso

6 Al respecto, es muy interesante el análisis que realiza Silvia Romboli, quien ve en la postura de la Corte una predisposición «diplomática» y con una sincera «voluntad de diálogo». S. ROMBOLI, «Los contra-límites en serio» y el caso *Taricco*: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 28, 2017. Disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/06_S_ROMBOLI.htm (30/5/2021).

7 Sobre este último, J. SARRIÓN ESTEVE, “El retorno de los límites constitucionales... cit.”.

francés estaría marcado por una especie de retórica del *Conseil Constitutionnel* que conllevaría una falta de aplicación práctica de la doctrina de los límites.

En cuanto al grupo de Estados que se adhirieron en la ampliación de 2004, el Tribunal constitucional polaco sigue la senda de su vecino alemán, quizá con peculiaridades más nacionalistas y de identidad constitucional. El caso de Chipre es muy llamativo puesto que su Corte Suprema siguió y aplicó la doctrina de los límites pero posteriormente se reformó la Constitución para neutralizarla y expresarse favorable al principio de primacía. Por último, el Tribunal checo también ha seguido la doctrina de los límites e incluso fue el primero en ponerla en práctica.

Como puede deducirse de este rápido resumen, resulta una monografía de sumo interés por su profundo manejo jurisprudencial y su sólido aparatage doctrinal. El tema está lejos de apaciguarse y, dado el carácter dinámico de la Unión, aún pueden quedarnos bastantes sorpresas. Sin duda este es un punto crucial para el futuro desarrollo de la Unión puesto que, como queda de manifiesto desde el título, estamos ante el meollo de todo el asunto europeo como es su proceso de integración. Si no se avanza, en mi opinión, hacia una mayor integración, lo que supondrá en un momento determinado una mayor efectividad de la primacía, el proyecto europeo corre riesgos de reversión por una reviviscencia nacionalista. Y lo peor es que ello podría tener lugar so pretexto de una mayor garantía de los derechos fundamentales por parte de los Estados. Por ello es un acierto, a nuestro entender, la ligazón constata que realiza el Prof. Sarrión con la tutela de los derechos fundamentales. Con este tema nos jugamos el sentido y el futuro del Derecho constitucional europeo y, por ende, la construcción de una comunidad más libre, igualitaria y fraterna en el viejo Continente. La jurisprudencia y la doctrina seguirán seguro aún con esta problemática durante algunos años⁸, pues no hay visos de un viraje en el devenir de la Unión a corto plazo, pero al menos por el momento con esta monografía tenemos una muy buena fotografía del estado actual de la cuestión, lo que es de gran ayuda para entender el contexto y la proyección hacia el futuro. Esperemos finalmente que el propio Joaquín Sarrión continúe con esta su línea y siga actualizando y ampliando este interesante objeto de investigación.

8 Muestra de ello, por ejemplo, el artículo que Ricardo Alonso publica en este mismo número de la Revista: “La puesta en práctica por la *Corte Costituzionale* de la protección multinivel de derechos en la UE”.

Resumen

Noticia del último libro de Joaquín Sarrión Esteve publicado por Comares en 2020: Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional.

Palabras clave

Integración europea; Constitucionalismo multinivel; Pluralismo constitucional; Principio de primacía; Contralímites; Reservas constitucionales; Identidad constitucional; Diálogo entre Tribunales; Protección de los derechos fundamentales.

Abstract

Brief review of the last book of Joaquín Sarrión Esteve published by Comares in 2020: Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional.

Keywords

Europe Integration; Multilevel Constitutionalism; Constitutional Pluralism; Primacy Principle; Constitutional Identity; Dialogue between Courts; Fundamental Rights Protection.

Recibido: 31 de mayo de 2021

Aceptado: 7 de junio de 2021

**JOSÉ LUIS MORENO PESTAÑA. LOS POCOS
Y LOS MEJORES. LOCALIZACIÓN Y CRÍTICA
DEL FETICHISMO POLÍTICO, 136 PÁGINAS,
AKAL, 2021, ISBN: 978-84-460-5038-4**

Book review

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. El libro: su autor, el contexto y su propósito.
- II. Las tesis esenciales del libro.
- III. El libro a la luz del Derecho constitucional.

I. EL LIBRO: SU AUTOR, EL CONTEXTO Y SU PROPÓSITO

José Luis Moreno Pestaña es profesor titular de filosofía en la Universidad de Granada. En los últimos años ha dedicado parte de su investigación a indagar sobre los usos de la democracia en la Grecia clásica y su utilidad para nuestras preocupaciones actuales. Ejemplo paradigmático de este tipo de trabajo es su libro *Retorno a Atenas. La democracia como principio antioligárquico*. Siglo XXI, 1.^a ed., 2019, 2.^a ed. 2020, obra que ha tenido un importante eco en el ámbito académico de la filosofía y que merece ir traspasando esa frontera. Sin solución de continuidad lógica y casi temporal, nos ofrece ahora el libro objeto de esta recensión, ganador del Premio Internacional de Pensamiento 2030 (ex aequo con Marco Sanz Peñuelas, *La emancipación de los cuerpos*. Akal, 2021).

Cualquier aproximación contemporánea a la democracia en España, ha de tomar necesariamente el año 2008 como punto de partida. Se inicia entonces una crisis de la lógica de partidos, tal y como se había desarrollado desde el arranque de la Constitución de 1978. La introducción del libro cifra en esa fecha un frustrado momento de esperanza para redirigir nuestra práctica hacia modelos más participativos. Luego engarza con el 2020, y de forma especialmente sugerente, muestra el giro que ha dado el sistema político, donde las tensiones se centran ahora en el peso de la opinión experta en la gestión política, con la crisis sanitaria como evidente telón de

fondo. En menos de una década hemos pasado de criticar los partidos por su escasa sensibilidad ciudadana, para luego denostarlos por su lejanía de la ciencia.

Difícilmente se puede discutir el contexto que traza Moreno Pestaña. Pero la mayor aportación de su libro está en la estrategia: volver a los instrumentos de la democracia clásica, en especial el sorteo, para intentar pensar otra realidad: porque “la competencia electoral entre partidos no es la única manera de elegir democráticamente quién y cómo nos gobierna” (p. 7). La clave no está en un “regreso a Atenas” para replicar, sino en un mirar a atrás para ensanchar el horizonte de futuro. Ciertamente, abrir el pensamiento a la imaginación es una costumbre que hemos ido perdiendo en la teoría constitucional. Seguramente por ello, cada vez hacemos menos teoría (construir conceptos a través de los cuales conectamos el Derecho con la realidad social) y más dogmática (afrontar los problemas coyunturales de aplicación de normas). Pero pasemos primero a exponer las tesis esenciales del libro, para luego mirarlo desde el prisma del Derecho constitucional.

II. LAS TESIS ESENCIALES DEL LIBRO

El gran valor de esta obra radica en recuperar preguntas que toda teoría democrática debe afrontar. Así, en el capítulo primero, acopiando ideas presentes en su libro *Retorno a Atenas*, y volviendo sobre Aristóteles, formula el interrogante fundamental relativo a la elección de nuestros gobernantes: “¿Cómo distinguir a los mejores y determinar cuántos pueden ser?” (p. 16). Con la voluntad de resolver la cuestión, el autor subraya una premisa central de su pensamiento, “el principio antioligárquico”. Sin embargo, se ha de advertir que en el libro no se realiza defensa alguna del populismo contemporáneo, entendido este como la acción política que hace de la gestión de las emociones su hilo central. Nada más lejos de la realidad. El autor, sin duda, combate la “nobleza epistémica” y su arrogancia que le lleva a creer que tiene conocimiento en cualquier área; pero también pone en tela de juicio “la plebe, que no sabe embridar su imaginación sobre lo que ocurre en el poder” (p. 23). En definitiva, la apelación de Moreno Pestaña al principio antioligárquico simplemente expresa la confianza en “las capacidades compartidas, y en su cultivo, como el núcleo de la experiencia democrática” (p. 18), porque “la política es, en buena medida, producción de ciudadanía” (p. 15).

Fijado el punto de partida, gran parte del capítulo primero está dedicado a elaborar un test que permita identificar “la corrupción oligárquica” o la infundada pretensión de unos pocos de ser los mejores. Para ello es preciso saber “si tenemos medios racionales para distribuir las competencias políticas y evitar así los costes de

consagración de los sujetos” (p. 23). Esta preocupación nace desde el momento en que experimentamos el impulso natural de concentrar las decisiones fundamentales en pocas manos. Experiencia que es plausible si esas personas extraordinarias sobresalen “en comunidades vigorosas capaces de contrarrestar su posible desquiciamiento” (p. 25).

En este afán, el autor realiza una crítica de la “epistemología política del especialista”, que es aquella que cifra la aptitud del político en su conocimiento. No niega que el conocimiento sea relevante en política; lo considera imprescindible en esos campos en los que su adquisición “tiene costes disparatados” (p. 26). Pero entiende que se debe ir más allá e intentar determinar cuáles son los conocimientos necesarios para participar en política. Una cierta cultura media y unos rudimentos “no especializados que no merecen atención teórica y que no se enseñan en las instituciones oficiales”, así como saberes políticos que se adquieren en la práctica (p. 28).

El problema clave consiste en distribuir racionalmente esos distintos saberes (p. 74). A ello se dedica el capítulo tercero y el cuarto. Pero antes, en el capítulo segundo, el autor amplía el marco de pensamiento, forzando las estrecheces que encubre el fetichismo político. Efectivamente, tal y como sostiene Moreno Pestaña, la articulación democrática del procedimiento político admite varias formas; modos de tomar decisiones “que, por un lado, permitan considerar los problemas y, por otro lado, los cierren tras adoptar una decisión común” (p. 41). Estas “mediaciones” pueden ser de dos tipos. Las primarias “abren el campo de juego”, son aquellas que generan la “represión necesaria”, la “integración social” (p. 45). Las secundarias se desenvuelven en ese campo de juego ofreciendo diversas opciones. El problema surge cuando estas mediaciones secundarias se solidifican dando cuerpo a un fetiche: lo existente es lo único posible (p. 53). En su libro Moreno Pestaña rompe el fetiche que conforma la comprensión actual de la democracia, y lo hace imaginando la alternativa del sorteo como complemento necesario a los modelos electivos. El autor nos advierte de que salir del fetichismo exige una triple operación: conocer los “componentes presentes en toda realidad” (las mediaciones primarias); analizar el desarrollo histórico de esa realidad; y, finalmente, imaginar otros caminos. Este es el viaje al que nos emplaza el libro.

He señalado que el capítulo tercero afronta la cuestión esencial de determinar la distribución racional de los distintos saberes que han de proyectarse en la dirección de una comunidad política. Para dar la respuesta que conducirá a realzar el papel del sorteo, el autor antes despliega una crítica a la democracia representativa en su forma actual: organizaciones políticas nucleadas en torno a sus dirigentes que intentan auscultar constantemente el sentir electoral; los sondeos marcan el camino y “el

debate se centra entre quienes se constituyen como grupos de interés y los dirigentes y los electores cambian su fidelidad a menudo” (p. 80). Sin embargo, la crítica de Moreno Pestaña a la democracia representativa no es una enmienda a la totalidad, ni una caída en el asamblearismo, al que simple y llanamente tacha de ingenuo (p. 75). Su objetivo consiste en subrayar los elementos fetichistas que implica, más concretamente la imagen del agente racional. Volviendo sobre la idea común que asimila el proceso electoral a un mercado del voto, el autor va desgranando las dificultades esenciales: el elector se encuentra con divisiones dominantes (por todas, izquierda/derecha) que se toman como realidades incuestionables; elige, supuestamente como soberano, si bien las posibilidades de ser una ente político activo son muy desiguales; el elector/consumidor no sabe cómo se forma, a qué intereses responde la oferta electoral; y, finalmente, el capital político necesita recursos económicos, que terminan por marcar el paso.

El autor considera que los defectos del proceso electoral provocan una respuesta epistocrática, es decir, la reivindicación de sistemas en los que la dirección política habría de estar en manos de las personas con conocimiento. En este punto el autor ofrece ejemplos teóricos que postulan esta máxima, los cuales se mueven desde el pensamiento liberal clásico (Mill o Hayek) hasta el comunismo soviético, y, hoy, la China maoísta. Es muy importante, sin embargo, mantener siempre viva la advertencia de Moreno Pestaña, que distingue entre “la especialización técnica en un problema políticamente relevante” y el fetichismo de “pretender que se domina un saber imprescindible sobre cualquier desafío político” (p. 94). Es esta segunda presunción la que conduce a la epistocracia.

La segunda reacción a las fallas del proceso electoral ensalza la capacidad intelectual de los ciudadanos comunes y se debería articular, al menos en parte, a través del sorteo. Frente a la epistocracia, Moreno Pestaña apuesta por la “calidad epistémica de la democracia”. Siguiendo las tesis de Landemore, tal calidad emerge cuando ante un problema difícil la solución se busca entre personas cognitivamente diversas, variedad que ha de incluir al menos cuatro elementos: “diversas perspectivas para captar el mundo”, “distintos modos de interpretación”, “múltiples heurísticas de resolución de problemas” y “diversos modos de imputación causal” (p. 98). Ahora bien, ¿cómo se logra esa pluralidad? En parte mediante el sorteo. Esto no conlleva para Moreno Pestaña un rechazo de la representación o la elección de expertos; su voluntad es colocarla en el lugar adecuado, de suerte que no genere una aristocracia superflua. Y ese espacio natural de la elección de los especialistas ocurre “cuando disponemos de criterios claros acerca de qué estamos buscando y a quién debemos elegir” (p. 101).

El capítulo cuarto presenta la tesis final en favor de los espacios híbridos –expertos y ciudadanos legos elegidos por sorteo– como instrumento adecuado para lograr “una articulación virtuosa”, que aúne la competencia intelectual, la desincentivación de los aprovechados y animar a las personas que persiguen el bien común (p. 110). Pero ¿por qué introducir a los legos? Según Moreno Pestaña, el saber experto, incluso cuando está bien ubicado, “requiere, para su aplicación, informaciones relativas al contexto inasequibles para el mayor especialista. El conocimiento experto se incluye dentro de un género mayor de saber y sobre el que no existe conocimiento experto” (p. 113). A mi juicio, en este punto capital falta algo de concreción sobre ese “saber común”, que me parece se refiere al conocimiento del contexto (“un conocimiento latente, vinculado a coyunturas muy precisas”, p. 113; “dimensiones de la realidad que desconocen los expertos”, p. 114; “conocimientos que habían olvidado”, p. 114), o simplemente, a la introducción en el proceso deliberativo de las expectativas ciudadanas. En cualquier caso, “la producción de cuerpos deliberativos elegidos por sorteo ayuda a que ese saber [...] emerja y se establezca en instituciones” (p. 113). En definitiva, y esta sería la conclusión del libro, según Moreno Pestaña, “la democracia exige individuos con competencias múltiples opuestos a la división técnica del trabajo [...]” (p. 112).

III. EL LIBRO A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los pocos y los mejores merece una lectura atenta para cualquier persona interesada en la teoría democrática, siendo irrelevante su ámbito natural de estudio (e incluyo a los profesionales ajenos a las ciencias sociales), pues el libro, sin perder el rigor y la deferencia a ciertas costumbres académicas (esencialmente el comentario de autores que muestran la genealogía de las ideas propias), expone con claridad el tema central y los argumentos que lo sostienen. Es una obra necesaria, que zarandea lugares comunes con una propuesta, el recurso al sorteo para elegir parte de las instituciones, cuando menos original. Y lo hace además con un tono medido. Hará agua quien busque un texto destinado a la mera justificación de unas u otras tendencias, en la línea de lo que repiten nuestros medios de comunicación y que va permeando la escena académica contemporánea.

Me gustaría ahora realizar un análisis del texto desde la óptica del Derecho constitucional, o al menos hilvanar algunos planteamientos que propicien reflexiones ulteriores.

1. Sobre la distribución de saberes en la Constitución

Moreno Pestaña formula una pregunta central: ¿cómo distribuir en una comunidad política los distintos saberes existentes en una sociedad, en especial el saber especializado y el saber común? La Constitución da una respuesta clara que apela a una determinada idea de justicia: reconoce tres tipos de saberes: el aristocrático, el técnico y el democrático.

El primero, obviamente, se nuclea en la Jefatura del Estado monárquica, que, pese a que sus funciones son refrendadas por los miembros del Gobierno, “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones”. En labor se incluye un saber difuso, una experiencia que se aplica de manera discreta, aunque en ocasiones ocupe el centro del escenario, como ocurrió en el famoso discurso del 3 de octubre de 2017 en relación a la crisis catalana. Curiosamente, solo ese saber singular atesorado en el carácter perenne de la institución podría hoy día aportar alguna legitimidad a la Monarquía.

El saber técnico tiene una plasmación canónica en nuestra Constitución con el reconocimiento de la Administración Pública que actúa sometida al principio de eficacia (art. 103 CE). De ahí nace la categoría clásica de la discrecionalidad técnica, que compone un espacio propio de actuación impenetrable al control judicial. Siguiendo el aire de 1978, se trata de un saber técnico sometido al saber político, bien por el principio de legalidad, bien por el principio de jerarquía de la Administración. Con todo, a nadie se le escapa el papel destacado que ha ganado el saber técnico en algunas esferas. Basta con pensar en la política monetaria. Es este un dato crucial si tenemos en cuenta que el Banco Central Europeo ha sido una institución capital en la crisis económica de 2008, de la que sale absolutamente reforzada, reconocida como la única instancia de la Unión que tuvo un mínimo de sensibilidad para compensar las políticas de austeridad. Curiosamente el poder tecnocrático se acercó a la ciudadanía antes que nadie.

El saber político se articula en nuestra Constitución a través del principio de representación (art. 23 CE). A día de hoy su práctica constitucional está en clara crisis. Es aquí donde debemos situar el libro recensionado, que desmonta la imagen más descarnada de lo que habitualmente hemos llamado en teoría constitucional la democracia de partidos. Pero yo creo que la imagen de Moreno Pestaña se debe ampliar, pues nuestra realidad constitucional está padeciendo otros dos problemas que afectan a su naturaleza democrática. Uno de ellos tiene que ver con la impericia de los actores políticos para encontrar las reglas de funcionamiento en esa nueva realidad de múltiples partidos que nos ha dejado la crisis del 2008. Superado el bipartidismo cuasi rígido, los partidos, muy lejos de las mayorías parlamentarias que

garantizan una gobernabilidad suave, están siendo incapaces de generar un nuevo modo de hacer que haga efectiva la acción gubernamental. Y este no es un problema menor: si la dirección política no logra dirigir la realidad, el sistema constitucional estará fracasando en su función elemental de asegurar una unidad de decisión efectiva. El tercer problema tiene que ver con la irrupción del populismo y encuentra en Cataluña un laboratorio que muestra sus efectos deletéreos. La democracia de partidos tiene entre sus tareas simplificar el debate y conformar una agenda política en la que el ciudadano pueda desenvolverse (“son instrumento fundamental para la participación política”, art. 6 CE). Cuando los partidos abandonan esa función y promocionan la política como pulsión emocional, quedando en manos de otro tipo de organizaciones ajenas a los partidos, el funcionamiento natural de las instituciones es desbordado, siendo imposible encauzar la dinámica política en el terreno de la deliberación y el acuerdo.

2. Sobre el saber político

He indicado que el libro necesita precisar algo más las características de ese saber común que se contrapondría al saber técnico, y que en principio cualquier ciudadano poseería. No obstante, comparto con el autor la premisa de que existe un conocimiento común para los problemas políticos que está desligado del saber técnico y ni siquiera es consecuencia de este. Se trataría de una aptitud a partir de la cual dialogamos con nosotros mismos sobre la naturaleza de un problema y somos capaces de proponer y discutir sobre los fines y valores que han de orientar la solución (paráfraseo a H. Arendt y su concepción del juicio moral, *Responsabilidad y juicio*, trad. J. Kohn, 2007, p. 113. A la razón instrumental, al saber técnico, le quedaría la respuesta sobre los medios cuando estos fuesen de especial complejidad. Ahora bien, la convicción sobre la existencia de un saber político común ha de salvar al menos tres objeciones si quiere encontrar su geometría exacta.

La primera tiene que ver con la transformación de la experiencia política en un saber técnico, esto es, en una profesión. Quien sienta la pulsión política, si quiere desarrollarla en plenitud, tendrá que empezar muy joven a desempeñar una carrera política con hitos imprescindibles. Basta con seguir a los candidatos de los partidos clásicos: atesoran una larga trayectoria dentro de la organización sin la cual hubiera sido inviable alcanzar esa posición. Para romper esta dinámica, Moreno Pestaña propone forzar la diversidad a través del sorteo. Pero queda abierta la dificultad de engrasar correctamente, además del juego entre los titulares del saber técnico y la

ciudadanía lega, el lugar oportuno de los políticos profesionales en el espacio deliberativo, para lo que seguramente será necesario saber en qué consiste la especialidad de su conocimiento.

Una segunda objeción, conectada con la anterior y que puede incluso que le dé respuesta, nos lleva a un concepto de democracia liberal, que fue revitalizado por Bruce Ackermann (*We the people. Foundations*. Harvard Press, 1991) para explicar la relación entre la política constituyente y la ordinaria. Según Ackermann el problema no radica en distinguir los saberes –acepta la competencia política de cualquier ciudadano– sino en identificar los momentos en los que la persona común debe activarse para participar. Ocupado en sus afanes cotidianos, esta persona común se vale de la división de trabajo que implica la democracia representativa para dedicar su tiempo al desarrollo de otras manifestaciones de la libertad. Y solo cuando la comunidad política se enfrenta a un momento constituyente, entonces el ciudadano se engancha a la participación y conforma el *We the People*.

Es verdad que esta tesis, por lo que tiene de realismo crudo, encajaría perfectamente en el fetichismo político que Moreno Pestaña quiere desmontar. Pero creo que también vale para señalar que quizá la obra que recensamos se vuelca unilateralmente en una dimensión de la libertad –la participación política– sin afrontar el reto de entender la articulación de esta libertad con otras que en ocasiones arrastran al ciudadano con más fuerza (la religiosa, la económica, la intimidad, etc.). Y los problemas crecen si observamos la experiencia de las últimas décadas en las que la participación se fragmenta sectorialmente, de manera que una misma persona, por ejemplo, puede ser muy activa en la defensa de la autodeterminación de género y, sin embargo, absolutamente pasiva en el ámbito de la economía. En definitiva, conviene pensar cómo organizamos la participación política cuando la idea de ciudadanía, como concepto que engloba todos los modos de ser en política, se ha roto y sostenerla nos hace correr el riesgo de generar un nuevo fetiche.

Finalmente me gustaría plantear, desde el punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, algunos interrogantes relativos al sorteo como instrumento para ganar “diversidad cognitiva”. Cabe recordar que en nuestro sistema se recurre al sorteo en dos momentos claves para la articulación del Estado: la determinación de la responsabilidad penal del acusado en algunos delitos, mediante la llamada al jurado; y la formación de las mesas electorales, que son la Administración sobre la que pivota el proceso electoral. Ahora bien, estos dos fenómenos son ajenos a la deliberación política y se integran en procesos de aplicación de la ley, en la que esta marca la ruta y ahorra la actuación del lego. Con todo, creo que existiría margen de sobra para introducir la técnica del sorteo en la fase preliminar de elaboración de normas (los

anteproyectos), que en los últimos años, al hilo de la narrativa de la gobernanza, va integrando fases para mejorar la motivación de la actuación estatal.

A mi juicio, la reivindicación de Moreno Pestaña en favor del sorteo viene precedida de una crítica descarnada al principio de representación, que siendo ajustada, deja la categoría hecha jirones. ¿De verdad está agotado este camino? ¿Solo cabe mirar con melancolía la irrupción de las primarias y la llegada de nuevos partidos? ¿No estamos cegando nuestra imaginación en torno a la representación? Sea como fuere, lo indudable es que el libro de Moreno Pestaña tiene la virtud de todo buen libro: obligar al lector a imaginar nuevas preguntas, lo que equivale, creo, a soñar un futuro mejor.

Resumen

En esta reseña se da cuenta del libro señalado en el encabezamiento y se entabla una discusión crítica sobre sus principales aportaciones.

Palabras clave

Moreno Pestaña, democracia, oligarquía, sorteo.

Abstract

This review takes an account of the book referred in the title and it opens a critical discussion about its main contributions.

Keywords

Moreno Pestaña, democracy, oligarchy, lot.

Recibido: 15 de junio de 2021

Aceptado: 29 de junio de 2021



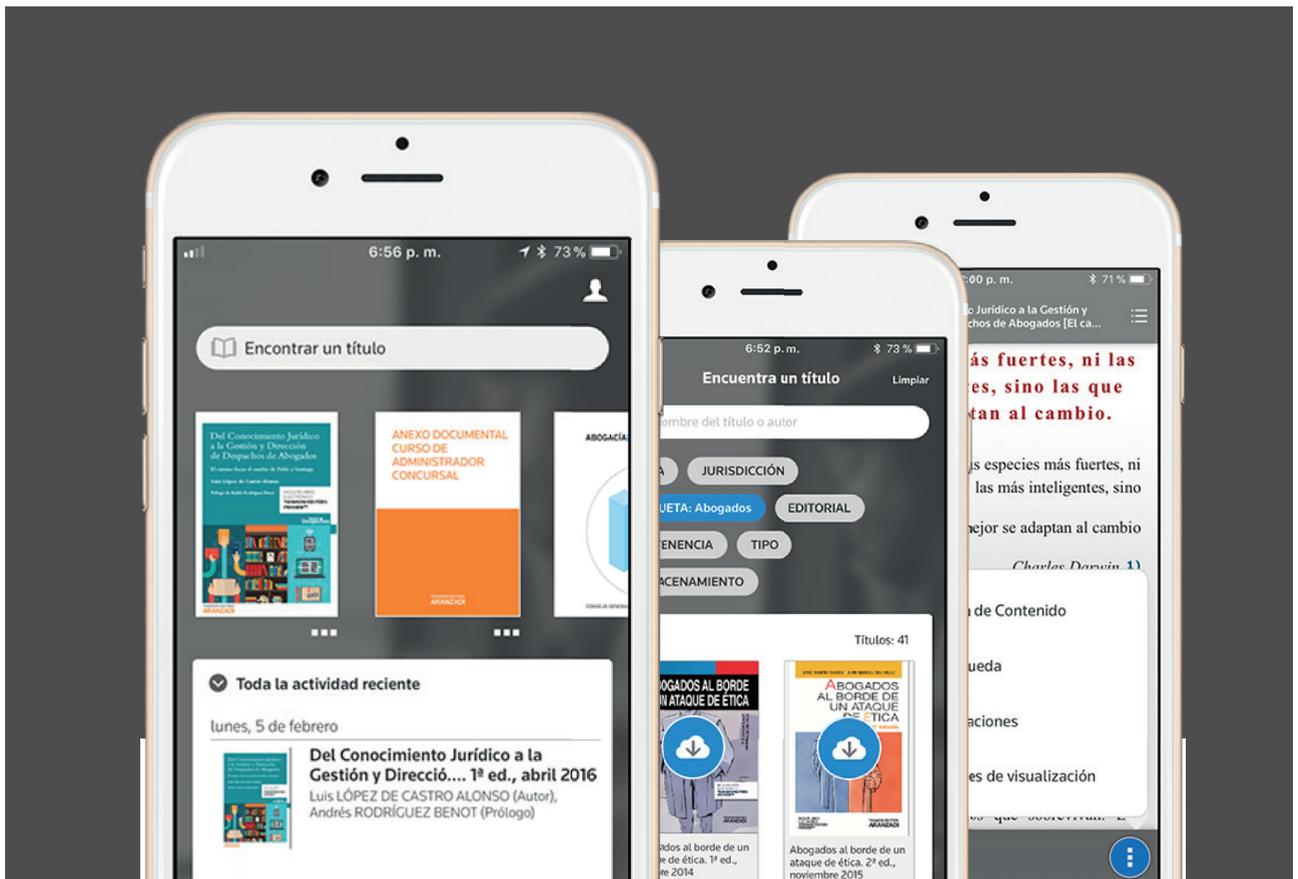
Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

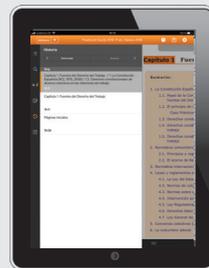
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS
Haces anotaciones y escojes los colores para organizar tus notas y subrayados.



USAS EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



MARCADORES DE PÁGINA
Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso a Soporte para no Suscriptores** (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

