
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

32

Año 16, número 32, Julio-Diciembre de 2019

El interés público como problema jurídico

THOMSON REUTERS
ARANZADI



CONSEJO DE DIRECCIÓN

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

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámera Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

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

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

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
Miguel Ángel Aparicio Pérez
Xavier Arbós Marín
Rainer Arnold
José Asensi Sabater
Javier Barnés Vazquez
Rafael Barranco Vela (1959/2013)
Paola Bilancia
Roberto Blanco Valdés
Carmen Calvo Poyato
Antonio Cantaro
A. Antonio Cervati
Manuel Contreras Casado
Javier Corcera Atienza
Pedro Cruz Villalón
Lorenzo Chieffi
José Francisco Chofera 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 Joaquín Gómez Canotilho
Yolanda Gómez Sánchez
Tania Groppi
Christian Hillgruber
Javier Jiménez Campo
Jesús Jiménez López
Markus Kotzur
Fulco Lanchester
Diego J. Liñán Nogueras
Juan Fernando López Aguilera
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
Martín Morlok
Alessandro Pace
Miguel Pasquau Llano
Vasco Pereira da Silva
Ingolf Pernice
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
José Antonio Portero Molina

José Carlos Remotti Carbonell
Paolo Ridola
Gil Carlos Rodríguez Iglesias
Giancarlo Rolla
Roberto Romboli
Francisco Rubio Llorente (1930/2016)
Modesto Saavedra López
Remedio Sánchez Férriz
Sisto Sánchez Lorenzo
Helmuth Schulze-Fielitz
Angelo Schillaci
Antonio Torres del Moral
Alejandro del Valle Gálvez
Fausto Vecchio
Jaume Vernet i Llobet
Eduardo Vírgala 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@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

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

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 16, número 32, Julio-Diciembre de 2019

El interés público como problema jurídico

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Presentación.....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

ESTUDIOS

Cincuenta años del “interés público como problema jurídico”	17
MICHAEL STOLLEIS	
El reto de comprender el interés público como problema jurídico	29
LOTHAR MICHAEL	
¿El interés público como solución jurídica? Comentario al texto de Lothar Michael....	67
JUSTUS VASEL	

ARTÍCULOS

Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia	79
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
La (i)lógica de la Constitución británica frente al Brexit	103
NATALIA DEL BARRIO FERNÁNDEZ	
La iniciativa ciudadana europea: una institución participativa <i>sui generis</i> en proceso de revisión.....	127
JOSÉ EDUARDO ILUECA BALLESTER	

**PERFILES/NOTICIAS**

- XIV Congreso de la SIPE en Riga (13-15 junio de 2019)..... 159
ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ

TEXTOS CLÁSICOS

- La faz constitucional de la seguridad 177
MARIO DOGLIANI

JURISPRUDENCIA

- El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad 189
OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

LEGISLACIÓN

- Crónica de la legislación europea. Segundo semestre de 2019..... 225
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

FORO

- Europa como voluntad y como representación. Ascenso y declive del constitucionalismo supranacional 241
MASSIMO LA TORRE

NOTICIAS DE LIBROS

- Discursos parlamentarios (y otras disertaciones)*, Óscar Alzaga Villaamil, Marcial Pons, Madrid, ISBN 9788491236276, 2019, 395 páginas. 261
ANTONIO PÉREZ MIRAS

- Per la Costituzione. Scritti scelti*, Vol. I y II, Alessandro Pace Y prólogo de Michela Manetti, *Editoriale Scientifica*. Nápoles 2019..... 267
FRANCISCO J. BASTIDA

Thomson Reuters ProView. Guía de uso



Presentación





La publicación del número 32 de la *ReDCE* va a coincidir en el tiempo con la salida definitiva del Reino Unido de la Unión Europea, prevista para el 31 de enero de 2020. Las oscilaciones que ha tenido este asunto en los últimos meses forman parte ya de la historia o quizás de la anécdota, para ser más precisos, porque carecen de la grandeza que se les presume a los hechos que se incorporan al relato histórico, con la muy honrosa excepción del comportamiento del Speaker de la Cámara de los Comunes, John Bercow. A semejanza de la afición reciente del público por las series televisivas en lugar de las películas, el Brexit se ha configurado y se seguirá configurando en los próximos meses y años como una entrega por fascículos, un relato que atrae la atención y que parece no tener fin. El 31 de enero no veremos el rótulo “The End” en las pantallas de la política europea porque todavía quedan muchas dudas por dilucidar para el futuro y no se resolverán de golpe a lo largo de 2020, ni posiblemente lo harán después.

Que la política se está configurando como un folletín es cada vez más perceptible y no solo en Reino Unido, Estados Unidos o Brasil, por ejemplo, donde los más destacados seguidores de este género parecen seguir fielmente la definición que nuestra Real Academia le da a ese término: “obra literaria, teatral o cinematográfica que presenta sucesos y coincidencias dramáticas y emocionantes, aunque a menudo poco verosímiles, con una escasa elaboración psicológica y artística, y cuyo argumento suele ser el enfrentamiento entre el bien y el mal”. El trío formado por Johnson, Trump y Bolsonaro seguro que nos depara muchas sorpresas futuras en su acreditada lucha contra el mal, como también lo hará Salvini si vuelve a ocupar posiciones de poder en el futuro. Mientras tanto, con menos retórica y más eficacia otro trío va ocupando los espacios que dejan vacíos los anteriores y nuestra Unión Europea en el mundo. No hace falta siquiera mencionarlos, tienen una presencia pública constante y no precisamente por el uso de Twitter, Facebook o WhatsApp.

Por su parte, la Comisión Europea ha puesto en marcha su ya anunciada iniciativa de una gran Conferencia sobre el futuro de Europa. Una iniciativa que hay que saludar de manera positiva por cuanto se produce en el momento adecuado, una vez que el proceso de integración debe readjustarse con la salida del Reino Unido. Si realmente respondiera a la voluntad de hacer los cambios necesarios para transformar el modelo de integración y evolucionar hacia un modelo federal, democrático y social, quizás estuviéramos a tiempo de construir todavía una Europa unida con capacidad de hacer frente a los problemas que se derivan de la globalización. La Europa de hoy y sus líderes políticos democráticos (desgraciadamente no todos lo son) asisten con perplejidad a las nuevas formas de comunicación y de desarrollo de la política dentro y fuera de las fronteras de la Unión Europea. Ya es triste que los dos artículos del Tratado de la Unión Europea que más han dado que hablar en los últimos años sean el artículo 7 y el artículo 50 en lugar de otros muchos que lanzan mensajes positivos a la ciudadanía europea y al mundo.

Frente a todos los problemas que tiene actualmente el proceso de integración, el planteamiento que se le ha dado a la Conferencia sobre el futuro de Europa, centrado en las políticas de la Unión y no en las necesarias reformas de los Tratados, parece situarse de nuevo en un enfoque funcionalista olvidando que es el propio modelo de integración el que impide la construcción de una identidad europea en torno a la idea de ciudadanía y de procesos democráticos de decisión. Sin avanzar en la democratización nada será posible y especialmente no lo será una mayor legitimidad de la Unión que permita una ampliación de las competencias para que las instituciones europeas puedan realizar su función esencial de mediación entre los Estados miembros y los agentes globales, protegiendo así a la ciudadanía europea frente a la globalización.

Un análisis somero de la evolución de los grandes centros de poder globales, públicos y privados, nos evidencia el progresivo alejamiento de los Estados miembros y de la propia Unión Europea de esos centros de poder. De los grandes conflictos que se están desarrollando en los últimos tiempos en torno al desarrollo tecnológico y a los nuevos sectores productivos, la Unión Europea está ausente y los Estados miembros cuando intervienen lo hacen divididos en función de sus intereses nacionales, sin plantearse siquiera la promoción de una acción política unitaria a nivel europeo. Con el ritmo acelerado de la globalización en el siglo XXI cada año perdido equivale a varios años del siglo XX y llevamos ya dos décadas de retraso para que Europa asume el papel que le corresponde en el contexto global.

No es previsible, lamentablemente, que la Conferencia sobre el futuro de Europa resuelva problemas estructurales de configuración de la propia Unión Euro-

pea porque parece haber renunciado de antemano a esa ambición para centrarse de nuevo en mejorar las políticas. Como si las políticas dependieran solamente de la voluntad de los dirigentes europeos y no de las condiciones estructurales que hacen posible su programación e implementación. Como si la legitimación que Europa necesita ante su ciudadanía dependiera solamente de algunos retoques en las políticas que desarrolla actualmente o en los procedimientos a través de los cuales se gestionan. Y, sobre todo, como si fuera realmente necesario convocar una Conferencia para conocer el camino a seguir que no es otro que más democracia, más solidaridad, más gasto social, más respeto a los derechos de los inmigrantes, más atención al medio ambiente, más firmeza con las tendencias involucionistas en Hungría y Polonia, más control sobre los agentes globales, los especuladores financieros, las compañías tecnológicas y más atención a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pese a todo ello, si la Conferencia sirve cuando menos para poner sobre la mesa los problemas que actualmente aquejan al proceso de integración y para evidenciar que no se puede perder ya más tiempo en solucionarlos, podrá servir de estímulo para nuevos avances en la unidad de Europa. Aunque el Brexit no es una buena noticia para la Unión Europea, la crisis que inevitablemente va a abrir es también una oportunidad para reflexionar pero, más que sobre el futuro, sobre el presente de Europa. El futuro hace ya tiempo que llegó, impulsado por la aceleración del tiempo histórico, y lo que ha traído no es nada bueno precisamente porque parecía muy lejano y no se pusieron los medios necesarios para afrontarlo. No podemos esperar otros diez años porque lo que nos espera será todavía mucho peor si no nos saltamos algunas etapas de la construcción gradual y funcional de Europa. El tiempo de los “pequeños pasos” de los fundadores no es el nuestro, ahora tenemos que construir Europa de una vez.

La parte monográfica del número 32 de la *ReDCE* está relacionada con el Coloquio que el 13 de mayo de 2019 celebramos en Hamburgo con motivo del 85 aniversario de Peter Häberle bajo el título “Das öffentliche Interesse – noch immer ein juristisches Problem”. Organizado de manera excelente por Markus Kotzur, el Coloquio tuvo lugar en el Europa-Kolleg de Hamburgo y contó con la participación de todos los discípulos alemanes de Peter Häberle y de muchos otros de diversas partes del mundo (Suiza, Brasil, España, Italia, Portugal, Francia, entre otros países) además de la adhesión de aquellos que no pudieron asistir por diversos motivos, desde México, Perú o Brasil, por ejemplo. Fue una ocasión muy especial de retorno a Alemania de los Congresos que anualmente organizamos en Honor de Peter Häberle con motivo de su cumpleaños desde la Fundación Peter Häberle de Granada

en colaboración con otras instituciones y que previamente se habían desarrollado en varias ocasiones en Roma o en Granada así como en Montpellier y en Lisboa. La cita del próximo año tendrá lugar nuevamente en Alemania, en Düsseldorf, bajo la dirección de Lothar Michael.

Precisamente a Lothar Michael se le asignó la Ponencia principal en este Colloquio que conmemoraba también el 50 aniversario del trabajo de habilitación de Peter Häberle “Öffentliches Interesse als juristisches Problem” (1969, publicado en 1970). Junto con esa Ponencia, que se integra en la parte monográfica de este número 32 de la *ReDCE*, se publica igualmente la réplica de Justus Vasel, que puso un contrapunto imaginativo y sugerente a la extraordinaria construcción de Lothar Michael. Una construcción que va mucho más allá del análisis histórico del texto de Peter Häberle para incorporar una reflexión general sobre la obra de nuestro común maestro. Junto a los dos trabajos anteriores, el texto de Michael Stolleis, que abre la sección monográfica de este número, reanuda un diálogo con Peter Häberle sobre esta temática, que comenzó hace casi cincuenta años. Es también una actualización que desde la historia se dirige a la realidad de nuestros días. Así, citando el comentario crítico de Peter Häberle a la Sentencia Lisboa del TCFA (que en su momento publicamos en el número 12 de la *ReDCE*) nos dice Michael Stolleis: “Del debate alemán, sin embargo, se desprende la impresión de que la apelación últimamente masiva a los intereses públicos y al bien común descansa sobre una imagen del Estado nacional soberano que, en tal configuración, en absoluto existe ya. Es verdad: las fuerzas políticas que se levantan en Europa contra una mayor integración de los Estados nacionales en la Unión Europea defienden con más intensidad que antes el modelo clásico de Estado, de soberanía, de fronteras nacionales y de bien común (definido en el ámbito nacional). Esto se corresponde con la tendencia, ahora renovada, a buscar en el ‘interés nacional’ refugio frente a la integración transnacional y el libre comercio. Potentes representantes de los intereses nacionales vuelven a fijar la mirada en las oscuras sombras políticas del bien común, en la vieja razón de Estado quizás sin sospechar que, cerrando así su perspectiva, el mundo queda desenfocado”.

Ciertamente no se puede dejar de compartir este planteamiento tan certero, pero hay que convenir también con Peter Häberle en la necesidad de no ceder los grandes conceptos que nos han inspirado históricamente a aquellos que quieren desvirtuarlos y utilizarlos en meras formulaciones retóricas como la “retórica del bien común” a la que se refiere Michael Stolleis o como el nombre de “pueblo” al que apela Peter Häberle en su trabajo publicado en el número 29 de la *ReDCE* sobre el constitucionalismo como proyecto científico: “Me niego a regalarle la palabra *populus* a los populistas. Pensemos en Cicerón y su *res publica, res populis*, en los

romanos con su *senatus populus romanus*, en el no menos famoso *we the people*, en la inscripción del Reichstag ‘el pueblo alemán’”, o en el hecho de que, en la mayoría de los Estados, se considere que el poder judicial se expresa “en nombre del pueblo”.

Dentro de la comunidad häberliana que integra esta parte monográfica del número 32 de la revista ocupa un lugar muy destacado nuestro amigo el Profesor Paolo Ridola, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad *La Sapienza* de Roma, a quien su Facultad le ha dedicado un Homenaje con motivo de su jubilación bajo el título “*Esperienza giuridica e comparazione costituzionale Giornata di studio in onore di Paolo Ridola*” el 8 de noviembre de 2019. El equipo de dirección de la *ReDCE*, que integra a varios de sus discípulos españoles, quiere sumarse a un Homenaje al que tuvimos ocasión de adherirnos personalmente con nuestra participación en el encuentro de Roma los Profesores Miguel Azpitarte Sánchez, Juan Francisco Sánchez Barrilao y yo mismo. Ni que decir tiene que el Profesor Ridola, que es un referente intelectual y humano para nosotros, no se jubilará nunca en Granada donde esperamos contar con él para muchas iniciativas futuras.

En el apartado de felicitaciones tenemos que incluir también a Francisco Javier Donaire Villa por la reciente concesión por la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo del *Premio de Estudios Jurídicos Europeos Eduardo García De Enterría* al artículo que publicara en el n.º 29 de nuestra revista sobre “*¿Los derechos en serio en la Eurozona? Los recortes, las condicionalidades, la Carta y el Tribunal de Justicia*”.

Motivo de especial satisfacción es la felicitación al Profesor José María Porras Ramírez, miembro del equipo directivo de nuestra revista, por la reciente concesión de una Cátedra Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea. Se trata de un merecido reconocimiento a su trayectoria intelectual y académica con una proyección internacional cada vez más importante y una presencia destacada en el debate europeo. Para mí personalmente es también un motivo de orgullo por lo que supone de continuidad con una trayectoria iniciada hace ya muchos años en el ámbito del Derecho Europeo que con el Profesor Porras Ramírez seguirá generando importantes logros en el futuro.

En la Sección de Artículos se publica en primer lugar mi trabajo “*Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*” que es continuación de una reflexión ya iniciada en el número 30 y que se corresponde con diversas ponencias impartidas en congresos y cursos celebrados en Alemania, España, Italia, Portugal y Brasil en los que he tenido ocasión de debatir algunos extremos de las cuestiones que se plantean en el texto. En segundo lugar, se incorpora el artículo “*La (i)lógica de la Constitución británica frente al Brexit*” de Natalia del Barrio Fernández con la

que hay que coincidir plenamente en la valoración de que el Brexit, se inició como una crisis política, pero parece destinado a convertirse inevitablemente en una crisis constitucional. Ojalá que, como apunta la autora, de este caos puedan surgir nuevos desarrollos en el orden constitucional para el Reino Unido. De ser así seguramente serían también inspiradores, como lo han sido históricamente, para el desarrollo del constitucionalismo de nuestro tiempo. Por último, publicamos en esta Sección el trabajo de José Eduardo Ilueca Ballester sobre “La iniciativa ciudadana europea: una institución participativa *sui generis* en proceso de revisión”, coincidimos con el autor en la necesidad –en este ámbito como en otros muchos– de propiciar reformas de los Tratados que permitan superar las deficiencias actuales.

En la Sección *Perfiles/Noticias*, contamos nuevamente con el privilegio de poder publicar una referencia preparada por Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, en este caso sobre el XIV Congreso de la SIPE celebrado en Riga durante los días 13-15 junio de 2019. Congreso dedicado básicamente (aunque no solo, como indica el Profesor Jiménez-Blanco) a las temáticas relacionadas con los desafíos que plantean las nuevas formas de comunicación digital para el Estado y para la democracia. El texto contiene, como es habitual en el Profesor Jiménez-Blanco, un relato muy preciso de las ponencias en sus aspectos esenciales al tiempo que incorpora una reflexión propia sobre las cuestiones que en ellas se plantean, con aportaciones de gran interés que enriquecen el debate académico.

La Sección dedicada a los Textos Clásicos contiene un texto del insigne jurista italiano Mario Dogliani, Profesor emérito de la Universidad de Torino, sobre “La faz constitucional de la seguridad”. La actualidad de la reflexión que contiene se evidencia en el siguiente párrafo: “Las sociedades pluralistas conflictuales de la Segunda Postguerra han retomado el hilo de una tradición que se interrumpió con la crisis del Estado liberal, pero que ha acompañado de forma perenne la historia de nuestra civilización: la de los movimientos culturales y políticos que de diversa forma intentaron que prevalecieran los vínculos racionales sobre los emocionales, buscando alentar condiciones que permitieran a los Estados vivir ‘como si’ los ciudadanos fueran decisores racionales. (Y en el colaborar en este viejo empeño está la grandeza de nuestro trabajo como constitucionalistas). Pero eso no impide que el fondo emotivo, irracional, siga ahí. Por esta razón siempre pueden reaparecer concepciones de la política fundadas sobre la distinción amigo-enemigo (externo e interno) que utilizan unos mecanismos eficacísimos y extremadamente difíciles de combatir, como demuestra el advenimiento de los fascismos”.

La Sección de Jurisprudencia contiene un trabajo de Octavio Salazar Benítez sobre “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comenta-

rio a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019". Se trata de un texto de gran densidad teórica que propugna nuevos paradigmas de comprensión de la identidad sexual a la vez que propone una ordenación legislativa que responda al reconocimiento del derecho a la identidad como proyección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

En la Sección de Legislación, dirigida por María Luisa Balaguer, se incluye una amplia variedad de reglamentaciones europeas. Entre ellas, las relativas a la competencia en material matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores así como otras de carácter institucional o decisiones relativas a iniciativas legislativas ciudadanas y también la relacionada con la prórroga del plazo del Brexit hasta el 31 de enero de 2020.

En el Foro publicamos una reflexión de Massimo La Torre sobre Europa: "Europa como voluntad y como representación. Ascenso y declive del constitucionalismo supranacional". El texto contiene una brillante reflexión filosófica sobre el desarrollo de la integración europea, a partir de sus fundamentos económicos iniciales, que se imponen a la política, hasta su última evolución derivada de la crisis económica y de las medidas de austeridad. Un momento en el que los principios de igualdad y solidaridad se quiebran, como muy gráficamente expone Massimo La Torre, en la línea divisoria entre acreedores y deudores. Una solidaridad que se niega expresamente a los inmigrantes, marcando sin duda una última fase de ese declive que se enuncia en el título del artículo.

La Sección de noticias de libros contiene, en primer lugar, la recensión que ha realizado Antonio Pérez Miras del libro de Óscar Alzaga Villaamil, *Discursos parlamentarios (y otras disertaciones)*, publicado por Marcial Pons en 2019. Como muy bien dice Antonio Pérez Miras, en este libro el Profesor Alzaga nos regala una "recuperación de la memoria, de su memoria, y con ello nos agranda la memoria colectiva de los primeros años de experiencia democrática".

En segundo lugar, damos noticia de la publicación de una obra que puede calificarse ya como un clásico por la entidad de los textos que contiene y por la condición de su autor, uno de los grandes constitucionalistas europeos de nuestro tiempo. Se trata del libro *Per la Costituzione. Scritti scelti*, Vol. I y II, de Alessandro Pace, con prólogo de Michela Manetti y publicado por Editoriale Scientifica en Nápoles en 2019. Nadie más indicado para comentar este libro que Francisco Bastida que, como correspondía, ha realizado no solamente una valoración de la obra sino también un magnífico y entrañable perfil de su autor cuya lectura es muy aconsejable para las jóvenes generaciones de constitucionalistas, como el propio Profesor Bastida señala.

En los agradecimientos tenemos que referirnos en primer lugar a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle, que contribuyen decisivamente a la publicación de la *ReDCE*. En el ámbito nacional hay que mencionar el Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, “Los Derechos Fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado” y en el ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

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

Estudios





CINCUENTA AÑOS DEL “INTERÉS PÚBLICO COMO PROBLEMA JURÍDICO”*

Fifty years after “The public interest as juridical problem”

MICHAEL STOLLEIS

*Director emérito del Max-Planck-Institut für
europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main)*

SUMARIO:

- I.
- II.

I

Volver sobre el escrito de habilitación de Peter Häberle con un nuevo comentario¹, como amistosamente se me sugiere, implica un viaje en el tiempo, de casi cincuenta años atrás. Es un largo trayecto, en la vida de Peter Häberle y en la mía. Las circunstancias de entonces, objetivas y personales, han ido quedando más o menos difuminadas o desvanecidas. Se ha transformado incluso la propia identidad, de la que no se suele dudar; aunque eso haya ocurrido de modo *imperceptible*. Nadie se baña dos veces en el mismo río.

Quizá resulte por eso preferible no disimular las diferencias entre ambos momentos, sino más bien acentuarlas, para que se entienda mejor lo que entonces estaba sobre el tapete. Häberle terminó su libro en 1969 y lo publicó en 1970, en la editorial Athenäum (Bad Homburg), hoy desparecida; en 2006 apareció una segunda edición en Wissenschafts-Verlag (Berlín), ahora con el añadido de un amplio epílogo (pp. 766-791). En tal epílogo habla el autor del hallazgo del tema en Friburgo; de las preocupaciones típicas de una habilitación (que algún otro pudiera investigar “su” tema); de la recopilación y del procesamiento del material legislativo y jurisprudencial, tareas mucho más laboriosas entonces que ahora. Con la meticulosidad y el tacto que le son característicos menciona en 2006 algunos de los estudios

* Traducido del alemán por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

1 En relación con mi comentario publicado en *Verwaltungsarchiv*, núm. 65, 1974, pp. 1-30.

paralelos de aquella época; pero, sobre todo, observa también que “los últimos años” han sido propicios para la reflexión sobre “el interés público o los intereses públicos” y sobre el “bien común”. La referencia temporal a “los últimos años” se refiere seguramente a los que transcurren desde la reunificación alemana de 1989-1990 hasta la actualidad.

Si nos desplazamos a la época en torno al año 1964, cuando Häberle comenzó a trabajar en su libro, las circunstancias parecían poco propicias para un redescubrimiento de los “intereses generales”. La legislación y la jurisprudencia, pero ante todo la doctrina, estaban aún consagradas al “desarrollo” de los derechos fundamentales, inmediatamente vinculantes. Se discutía acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, llegando hasta el último rincón del ordenamiento jurídico; se descubrían lagunas en la tutela judicial; se interpretaban con amplitud las “injerencias” en el ámbito protegido del individuo; se propugnaban posibilidades de impugnación en beneficio de quienes no tenían (aún) capacidad reconocida para expresarse. Todo el instrumental de la protección de los derechos e intereses individuales se orientaba hacia el perfeccionamiento de la dogmática de los derechos fundamentales y hacia la plenitud de la tutela judicial. Y todo esto se correspondía con las intenciones y la arquitectura de la Ley Fundamental. Los derechos fundamentales, el Estado de Derecho y la defensa de la democracia estaban en primer plano, mientras que la democracia, el objeto de esa tutela, tenía aún una experiencia relativamente escasa y permanecía relegada en la teoría. En 1949 se establecieron las correcciones que se consideraron necesarias sobre el modelo de la Constitución de Weimar. Definitivamente, Bonn no debía convertirse en Weimar, nunca más debería existir agresividad, ni disponerse de armas atómicas, ni cabría colocarse a la izquierda o a la derecha. La República Federal del milagro económico, una solución provisional en el terreno del Derecho político encarnaba el centro burgués.

En tal situación general no estaba de moda hablar con claridad del “Estado”, de los intereses estatales, menos aún de la razón de Estado. El Estado constitucional de Derecho, declaraba Adolf Arndt en 1961, “no conoce *razón* distinta a su Constitución”². Los manuales tradicionales de *Derecho político*³ fueron sustituidos por los *Elementos de Derecho constitucional de la República Federal de Alemania*⁴. El viraje desde el *Estado* hacia la *Constitución* debía mostrar que la comunidad política se concebía

2 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1961, p. 899.

3 Como modelo, Th. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, München / Berlin, 1951.

4 K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, 1967, 20.^a ed., 1995.

como orden constitucional, que había interiorizado el orden de valores de la Constitución y que pretendía controlar las situaciones extraconstitucionales con medios jurídicos. Debía excluirse toda apelación a un Estado-Leviatán preconstitucional y a su *bien*. La Constitución trazaba el marco de actuación incluso en situaciones de riesgo. La Constitución y sus valores encarnaban el Estado y su bien. En consecuencia, no debía volver a existir un “bien común” trascendental, determinado al margen de la Constitución y situado por delante de ella.

Esto derivaba fundamentalmente de la contaminación de la expresión “bien común” por parte del nacionalsocialismo⁵. Aún se tenía presente la fórmula de triste recuerdo que en el programa del partido nacionalsocialista NSDAP colocaba “la utilidad pública por delante del interés propio” y las atronadoras y omnipresentes consignas “tú no eres nada, tu pueblo lo es todo”; así quedaba refrenada cualquier reflexión sobre los intereses supraindividuales. Es verdad que el bien común se perfiló como “bien de la generalidad” (art. 14.2 de la Ley Fundamental; art. 153.2 de la Constitución de Weimar), y las constituciones de los Lander lo invocaban, a menudo con el amparo indirecto de la respetable tradición de la doctrina social católica⁶. Pero “bien común” y, más aún, “utilidad pública” también simbolizaban todo el complejo de desapoderamiento jurídico de las personas, de ocupación de las propiedades privadas, de imposición de la voluntad del partido nacionalsocialista (pronto se dejó de hablar de una “voluntad del Estado”) frente al individuo y al individualismo. El liberalismo estaría ya acabado –así rezaba, años antes de 1933–, una convicción extendida también entre los iuspublicistas. Carl Schmitt comentó en 1927, en una carta a Rudolf Smend, que con su trabajo en la *Teoría de la Constitución* estaba “extrayendo la máscara mortuoria” del liberalismo⁷. Tras la debacle del nacionalsocialismo se procuró ante todo, en sentido positivo, “restaurar” el Estado de Derecho, la independencia de la justicia, la vinculación de la administración a la ley y la protección del individuo frente a la injerencia de los “intereses públicos”.

5 M. STOLLEIS, *Gemeinwohlförmeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974.

6 J. MESSNER, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4.^a ed., Innsbruck / Wien / München, 1960, pp. 157 y ss.: Finalidad y tarea de la sociedad: el bien común. MESSNER habla de la “sustancia pluralista del bien común”, pero lo hace en el sentido de un pluralismo de las “sociedades” procedente de la tradición de pensamiento del Estado estamental. Véase por ejemplo la Constitución de Renania-Palatinado del 18 de mayo de 1947, art. 1.1 (“ley moral natural”), art. 1.2: “realización del bien común”); Constitución del Land de Bremen, de 21 de octubre de 1947, arts. 3.1, 13.1, 38.1.

7 M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, München, 1999, p. 179.

Por supuesto, justo en la época de la reconstrucción de Alemania, con sus miserias humanas y económicas, los intereses públicos estaban presentes por todas partes. Todas las prestaciones que se proporcionaban a los ciudadanos mediante la construcción de viviendas, la recuperación de infraestructuras y la puesta en función de las medidas de garantía social estaban legitimadas por los intereses públicos. Por más que esto fuera evidente, apenas se hablaba o se escribía al respecto. La tesis doctoral de Günter Dürig, de 1949, permaneció inédita⁸. Por lo demás, al principio apenas se fue más allá del comentario a la vinculación de la propiedad al bien común del art. 14.2 de la Ley Fundamental. El término “procura existencial” de Forsthoff se había impuesto para referirse a las prestaciones de la comunidad, pero en un primer momento parecía que esto podía limitarse al nivel local. “Procura existencial” era una forma de interés público, pero no la razón de Estado que determinaba al Estado en su conjunto.

Solo se empezaron a percibir cambios cuando la era Adenauer se acercaba a su final, cuando el “programa de Godesberg” de 1959 indicó al SPD cuál era la vía para acceder a los grupos de electores del “centro” y se percibía un equilibrio entre el freno a las reformas y los indicios de una próxima apertura. También el escenario alemán se abrió en esos años a la teoría norteamericana del pluralismo, ante todo gracias a Ernst Fraenkel⁹. Fraenkel señaló con toda claridad en 1964 las connotaciones pre- y antidemocráticas de un concepto de bien común estático, estatalista y cuyo contenido supuestamente resultaba determinable. Para él, en el exilio norteamericano se habían convertido en algo esencial el pluralismo de las fuerzas sociales y la generación por parte de ellas y a través del procedimiento de un bien común de contenido abierto. La reacción inicial en Alemania fue titubeante, incluso reticente. El término “pluralista”, como señaló el propio Fraenkel, se colocaba aún entre comillas. Tal renuencia tenía sus razones históricas: la separación entre Estado y Sociedad que resultaba típica en la Alemania del siglo XIX y que se presentaba casi como algo a priori; la preponderancia del Estado como un poder homogéneo frente a las fuerzas democráticas y socialistas; el trauma de la toma del Estado tradicional, particularmente del prusiano, por parte del partido nazi y de las SS; finalmente, las

8 G. DÜRIG, *Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs “Öffentliches Interesse”*, tesis doctoral, München, 1949; véase también R. ALTMANN, *Das Problem der Öffentlichkeit und seine Bedeutung für die moderne Demokratie*, tesis doctoral, Marburg, 1954.

9 E. FRAENKEL, “Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie”, en *Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages*, 1964, vol. 2, sección B, pp. 5 y ss.; del mismo autor, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart, 1964, 4.^a ed., 1968.

fuerzas que tras 1945 se empeñaban en la tesis de la continuidad y que pretendían preservar, más allá de las revoluciones y de las perversiones, el “Estado” surgido en 1871 de la Confederación de Alemania del Norte. El Estado y el funcionariado “neutral” garantizado en el art. 33.5 de la Ley Fundamental, el servicio público, eran, por así decirlo, el ancla en medio de las tormentas políticas, por ejemplo, en la guerra fría de los años cincuenta y sesenta. Ese era el espíritu que inspiraba la fundación de la revista *Der Staat* en 1962, entonces concebida como contrapeso frente al *Archiv des öffentlichen Rechts*¹⁰ y con una rúbrica que recordaba a la revista *Lo Stato* de los tiempos de Mussolini. Renunciar a la firmeza de tal anclaje, dejando atrás el bien común de contenido claramente determinado como fórmula identificadora de los fines del Estado y quedando en adelante en manos solo del discurso público y de las reglas formales inmanentes a la democracia, se asemejaba a emprender un viaje mar adentro con un bote del que aún no se sabe si acertará a flotar.

De modo que surgió como signo de partida hacia nuevos horizontes el hecho de que entre 1967 y 1969 aparecieran de modo insospechado varias monografías y actas de congresos acerca del “bien común”, los “intereses públicos” y “lo público”¹¹. Trasponían lo que se había discutido en la teoría política norteamericana desde los años cincuenta acerca de la cuestión de cómo identificar e imponer los *public interests* en el proceso de decisión política y judicial y de quién tenía la correspondiente *political responsibility*¹². Pero esto apenas tenía nada que ver con lo que había escrito Rudolf Smend en 1954 “sobre el problema de lo público y de la cosa pública” (“Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit”); porque él subrayaba precisamente lo “penoso del desarrollo alemán”, comparado con Francia, Inglaterra y Norteamérica¹³. Habermas, con su célebre *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (*Transformación estructural de lo público*) de 1962, parecía más idóneo para impun-

10 F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München, 2004, pp. 225 y ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4, München, 2012, pp. 492, con referencias adicionales.

11 F. V. ZEZSCHWITZ, *Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff*, tesis doctoral, Marburg, 1967; W. KLEIN, *Zum Begriff des öffentlichen Interesses*, tesis doctoral, Münster, 1969; W. MARTENS, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, Bad Homburg, 1969; Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (ed.), *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, Berlin, 1968.

12 G. SCHUBERT, *The Public Interest. A critique of the theory of a political concept*, Glencoe (Illinois), 1960, con precedentes en artículos publicados desde 1957, comentario de N. LUHMANN, *Der Staat*, núm. 1, 1962, p. 375.

13 En R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1955 (ediciones ulteriores en 1968, 1994, 2010).

tarle la referencia básica, porque, en esa obra, una “categoría central de la sociedad burguesa” se procesaba desde la perspectiva de la historia social y de las ideas y se actualizaba para el ámbito de la teoría democrática.

Encaminado hacia su habilitación, Häberle, ampliamente formado y dotado de un olfato especial para las detectar las necesidades de la teoría democrática, percibió entonces todo eso, en parte con regocijo, en parte con el temor de que alguien pudiera quitarle su gran tema. Pero ese peligro no existía en realidad. Porque nadie, salvo él, se planteó la tarea de abordar y procesar el campo semántico del “interés público” y del “bien común” con un horizonte tan dilatado.

Así, Häberle comenzó su primera parte, dedicada a la legislación, con una recopilación y sistematización exhaustiva de todos los giros referidos al bien común que podían encontrarse en el Derecho vigente. Solo esto exigió doce apartados. Aquí no procede ni siquiera volver a enumerarlos. Pero, a la vista del contexto histórico, resulta importante destacar que Häberle había asumido con decisión y sin relativizarlo el impulso procedente de Norteamérica: de formas siempre diferentes subrayaba que la concreción del “bien común” ya no resultaba de la deducción a partir de presupuestos conceptuales, sino que se producía como proceso abierto vinculado por la Constitución. Su resumen: “Los supuestos de hecho legales son así un verdadero espejo del evidente pluralismo de las actuales ideas del bien común que, más allá del Estado, interpelan al foro público. Se presentan como confirmación de la teoría pluralista del bien común (Fraenkel)”¹⁴.

Que Häberle vinculara esto con la “cosa pública”, con ecos de Smend, y con la idea central de la “concordancia práctica”, de Konrad Hesse, se correspondía no solo con su carácter integrador y el ambiente de Friburgo, sino también con la necesidad de vincular el proyecto pluralista con las raíces alemanas. Porque Alemania, desde los años noventa del siglo XIX, había dado la espalda al Estado liberal clásico, se había convertido en un Estado intervencionista, había experimentado en la economía de guerra de la primera guerra mundial una interconexión sin precedentes entre economía privada y estatal y la había mantenido en la época de Weimar y, con mayor energía, durante el nacionalsocialismo y en la segunda guerra mundial¹⁵. Es cierto que la República Federal de los primeros años retornó a un régimen (ordo-) liberal; pero, precisamente en los ámbitos trascendentales de la procura existencial,

14 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2.^a ed., p. 60.

15 M. STOLLEIS, “Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht”, en la recopilación de textos *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, ed. por S. RUPPERT y M. VEC, Frankfurt, 2011, vol. I, pp. 433 y ss.

del mercado de vivienda y de la política social, siguió siendo un Estado intervencionista con intensidades variables en distintas fases. Esto determinaba el ordenamiento jurídico en su conjunto, y justo por eso se vio Häberle enfrentado a las formas jurídicas híbridas en las que los intereses públicos y privados han de ser equilibrados – casos paradigmáticos, pues, para el enfoque de la teoría pluralista. Siempre que en las normas legales antiguas aparecían fórmulas de bien común predemocráticas, Häberle recomendaba desprenderlas de su historia y reinterpretarlas de conformidad con la Constitución, en el contexto de la idea pluralista. Era y es el punto de partida legítimo para el jurista, que impone interpretar el Derecho vigente evitando las contradicciones en la medida de lo posible y acomodándolo al marco del Derecho constitucional.

La segunda parte de aquel inventario, cuya riqueza sigue resultando sorprendente incluso ahora, se dedicaba a la jurisprudencia; en primer lugar, a la del Derecho de policía, en la que resulta característico el papel que juegan los sólidos intereses públicos de la regulación y de la represión; pero luego, en general, en todos los demás ámbitos jurídicos, incluido el Derecho penal. La mirada de Häberle se dirigía sobre todo hacia los problemas metodológicos de la concreción judicial de fórmulas legales abiertas; hacia la impregnación del Derecho vigente por parte de las normas constitucionales; hacia los conflictos entre intereses públicos y de estos con intereses privados; hacia los espacios secretos en tensión con el mandato de “publicidad”; en fin, hacia los márgenes de apreciación de la Administración en la procura autónoma de los intereses públicos (palabra clave: discrecionalidad). Al final de este recorrido por el amplísimo material de las decisiones jurisdiccionales se asentaba la conclusión de que el topo del interés público era “un elemento irrenunciable para abordar problemas jurídicos de modo objetivo” (p. 701). Los contextos predemocráticos y las premisas extraconstitucionales quedaban relegados o apartados, mientras que los nuevos contenidos quedaban perfilados tanto en la legislación como en la jurisprudencia, aunque con diferentes funciones.

Incluso el lector actual sigue percibiendo el ímpetu con el que la teoría democrática anima al joven docente, comprometido con una visión proceduralista, abierta y democrática de la comunidad política y de la concreción de sus intereses públicos. Y también se engarzaba aquí, por cierto, el espíritu sintético, que procura limitar y superar las contradicciones mediante su potente argumentación y su retórica seductora. Su lengua tenía un cuño idealista, como corresponde a un suabo vigorosamente vinculado, filosófica y musicalmente, con el clasicismo alemán. Detrás estaban las energías consagradas a una configuración positiva del mundo, que querían contribuir desde el ámbito del Derecho a la construcción de una comunidad

política en libertad, abiertamente discursiva, inspirada por la idea republicana. Permitásemos decir que esto, por fortuna, sigue permaneciendo igual hasta hoy mismo, aunque el horizonte se haya dilatado hasta hacerse global.

Pero el tono idealista y humanista no debería ocultar que se trataba de un trabajo jurídico sólidamente fundado. El mensaje que se debía recibir era que la propia ciencia jurídica debía ponerse a la tarea de liberarse de elementos pre- y antide-mocráticos, de configurar mediante un marco jurídico-constitucional consistente la colaboración de la legislación, la legislación y la jurisprudencia en la concreción de los intereses públicos, de aportar la luz de la publicidad y de reducir los espacios de secreto al mínimo imprescindible. Esto se concebía desde la teoría democrática, como algo nuevo, “occidental”, y no careció de trascendencia. Para un historiador, el hecho de que más o menos entre 1960 y 1970 numerosos autores siguieran también la misma dirección prueba precisa y solamente que una obra única, como la que encarna este libro, no podía ser una simple singularidad, sino que, junto con otras, se nutría de las raíces propias de su tiempo. ¿Cómo hubiera sido posible, si no?

En este sentido, no tengo nada que añadir al primer encuadre jurídico e histórico que ofrecí en 1974¹⁶. Entonces puse de manifiesto mi escepticismo de historiador, con una mirada determinada por las posiciones fundamentales de la filosofía analítica, aludiendo especialmente al problema de la mezcla entre proposiciones descriptivas y normativas. Pero ni entonces ni más tarde esto resultaría oportuno; porque es evidente que existe una profunda necesidad política, en general también compartida por los juristas, de añadir un acento positivo, estimulante, al cumplimiento de las tareas públicas, para lograr así un incremento de valor normativo. Dicho de otro modo: desde el punto de vista retórico, el *status negativus* está siempre del lado de los perdedores, porque se asocia con el egoísmo, mientras que al interés público supraindividual apenas se le puede oponer nada, salvo el reproche de un “exceso”.

II

Peter Häberle, en cualquier caso, ha proseguido por su camino predilecto de recoger todo el material, todos los puntos de vista y todas las constituciones modernas. Hace tiempo que ha superado el marco nacional, comparando en el espacio europeo –con un sinnúmero de aportaciones a una “teoría constitucional europea”–; y, pasando por Italia y España, ha alcanzado el Nuevo Mundo. En todas partes ha dejado huella de su eros pedagógico y de su entusiasmo por un mundo con mejor

16 *Cfr. supra*, nota 1.

democracia y más libertad. Y ha encontrado innumerables seguidores; sobre todo, si no me equivoco, en países donde siguen siendo perceptibles las cicatrices de las dictaduras pasadas y que aspiran a más control público y más participación democrática. Pero esto ya no es objeto de mi comentario retrospectivo al libro de 1970. En el prólogo a su segunda edición se refiere, un tanto aventurero, a la posibilidad, que de inmediato desecha, de volver después de tantos años a “procesar de nuevo el material legislativo y jurisprudencial...”, incluso trabajándolo comparativamente con perspectiva global; sería una empresa gigantesca, pero quizás también ya carente de sentido. Habría que preguntarse asimismo qué aportaría a nuestros saberes el hecho de comprobar que la dicotomía entre Estado y sociedad, *utilitas publica sive privata*, que se va desvaneciendo en todo el mundo, se verbaliza de hecho en todas partes. Sería seguramente inútil buscar detrás de todos esos usos lingüísticos una idea directriz o un “sistema” oculto, porque para ello habría de existir un plano de comparación en el que fuera posible integrar todas las divergencias económicas y sociales, culturales y políticas que se dan entre todas las áreas del mundo. Y no lo hay.

Pero, incluso si nos quedamos en el tema más limitado del “bien común” y de su concreción en el Estado constitucional democrático, la perspectiva actual nos impone también atenernos a la siguiente observación. La literatura al respecto en absoluto se ha detenido tras 1970, sino que se ha incrementado claramente justo en las últimas décadas. El propio Häberle se refiere a ello en su epílogo a la segunda edición. Hace tiempo que los autores que se ocupan de la privatización de las tareas del Estado –incluidas las encomendadas a la administración local–, de los controles de los impuestos o de la limitación estatal o europea del poder económico no pueden eludir el tema de la definición de los intereses públicos, de su juridificación, todas las cuestiones procedimentales ligadas a esto. Tanto dentro como fuera de Europa, la frontera antes clara entre Estado y sociedad se ha desdibujado o ha desaparecido por completo, y eso también ha afectado a la diferencia entre lo público y lo privado, entre Derecho público y privado. ¿Dónde se sitúa el límite de las “tareas del Estado” que pueden ser implementadas por particulares?, ¿cómo pueden utilizarse instrumentos de poder estatal frente a los agentes globales? Si la apelación a los intereses públicos ha de desplegar su fuerza legitimadora en la legislación y la jurisprudencia, la dicotomía entre lo público y lo privado debe ser reconocible al menos en principio. Pero es esto precisamente lo que se ha convertido hoy en dudoso, y no solo en Europa, sino en todo el mundo.

Del debate alemán, sin embargo, se desprende la impresión de que la apelación últimamente masiva a los intereses públicos y al bien común descansa sobre una imagen del Estado nacional soberano que, en tal configuración, en absoluto

existe ya¹⁷. Es verdad: las fuerzas políticas que se levantan en Europa contra una mayor integración de los Estados nacionales en la Unión Europea defienden con más intensidad que antes el modelo clásico de Estado, de soberanía, de fronteras nacionales y de bien común (definido en el ámbito nacional). Esto se corresponde con la tendencia, ahora renovada, a buscar en el “interés nacional” refugio frente a la integración transnacional y el libre comercio. Potentes representantes de los intereses nacionales vuelven a fijar la mirada en las oscuras sombras políticas del bien común, en la vieja razón de Estado¹⁸ – quizás sin sospechar que, cerrando así su perspectiva, el mundo queda desenfocado. Podemos felicitarnos del “renacimiento del concepto del bien común” que se constata desde 1990 en la medida en que se trate de investigar el uso de la expresión con perspectiva histórica, en el sentido de una historia de las ideas o de la comunicación. Es probable que, como resultado, se compruebe que tal renacimiento se corresponde con el espíritu de los tiempos, y que se concluya subrayando los intereses supraindividuales, comprometiendo a los individuos con los fines de la comunidad y haciendo más plausible la limitación de los intereses privados. Es verdad que esto último resulta necesario en muchos casos, porque la búsqueda desenfrenada de los intereses privados puede llevar al colapso de la convivencia. Pero, en sentido contrario, también es cierto que una insistencia igualmente ilimitada en el bien común puede perjudicar e incluso aniquilar los derechos de libertad del individuo. Frente a la retórica del bien común, que los poderosos del mundo aprecian y emplean por motivos fáciles de comprender, conviene mantener vigente el histórico *caveat*, que quizás resulte hoy más actual que nunca.

Resumen

Este trabajo recuerda el contexto en el que se elaboró la habilitación de Peter Häberle sobre el “Interés público como problema jurídico”. Explica que en aquel entonces las cuestiones sobre el Estado y el interés público quedaban ocultas tras la reconstrucción del derecho público a partir de la Constitución. Termina con una reflexión final sobre su relevancia actual y su competencia con otros conceptos como el de interés nacional.

Palabras clave

Interés público, Estado, Constitución, Peter Häberle.

17 Para el debate con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa véase P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 7.ª ed., Baden-Baden, 2011, pp. 729 y ss.

18 M. HERDEGEN, *Der Kampf um die Weltordnung: Eine strategische Betrachtung*, München, 2018.

Abstract

This work recalls the context in which Peter Häberle's work on “Public interest as a legal problem” was developed. The author explains that at that time the questions about the State and the public interest were hidden because of the reconstruction of public through the Constitution. It ends with a final reflection on its current relevance and its clash with other concepts such as, for example, national interest.

Keywords

Public interest, State, Constitution, Peter Häberle.

Recibido: 1 de junio de 2019

Aceptado: 10 de junio de 2019



EL RETO DE COMPRENDER EL INTERÉS PÚBLICO COMO PROBLEMA JURÍDICO*

The challenge of understanding the public interest as a juridical problem

LOTHAR MICHAEL

Profesor de Derecho Público. Universidad de Düsseldorf (Alemania)

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El reto de un “problema jurídico”.
- III. El reto de abordar conceptualmente el objeto del problema jurídico: lo público - interés público - bien común.
- IV. El interés público como reto para el derecho constitucional.
- V. El interés público como desafío para el derecho administrativo.
- VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

“El interés público como problema jurídico”¹ fue el título de la habilitación de Peter Häberle. Centradas en esta obra, las páginas que siguen adoptan una metaperspectiva científico-histórica y abordan el reto que supuso convertir el “interés público” en un tema relevante. Los retos, hoy, al igual que ayer, han sido algo común para nuestro autor, y por ende para sus lectores. En definitiva, se trata de medio siglo de la historia del derecho público en Alemania, a la que Peter Häberle ha contribuido de manera significativa, extendiendo su estela más allá de nuestras fronteras.

Causa vértigo ocuparse de este tema y en especial a partir de la penetrante contribución de Peter Häberle. Simplemente el material a estudio, más de mil páginas, exige una buena orientación. Además de en su habilitación, la cuestión del “interés público” es tratada en tres publicaciones previas² y en una contri-

* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

1 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970), 2.^a ed., 2006, pp. 791 y ss.

2 P. HÄBERLE, “Fiskalische Interessen als öffentliche Interessen i.S. des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO?”, *DVBl*, 1967, pp. 220-225 (también en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp.

bución de “revisión” del año 2002³. En tanto que Peter Häberle utiliza como sinónimos “interés general” y “bien común”, el desarrollo y continuación de la teoría del bien común de Häberle incluiría, junto al suplemento⁴ a la 2.^a edición de la habilitación, publicada en 2006, al menos once llamadas en su índice de publicaciones⁵, en las que aparece el título “bien común”, a lo que habría que añadir (como evidencian los epígrafes) capítulos de trabajos autónomos⁶. Y el

330 y ss.); P. HÄBERLE, “Besprechung von: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer”, Band 39, 1968, *DÖV*, 1969, p. 437; P. HÄBERLE, “Besprechung von: Hans Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse”, *DÖV*, 1971, pp. 178 y ss.

3 P. HÄBERLE, “Öffentliches Interesse revisited”, en G. WINTER (ed.), *Das Öffentliche heute*, 2002, pp. 157-178.

4 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, cit., pp. 765-791.

5 De P. HÄBERLE, los siguientes trabajos: “Gemeinwohljudikatur und Bundesverfassungsgericht”, *AöR*, núm. 95, 1970, pp. 86-125 y 260-298 (también en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 235 y ss., con un epílogo, pp. 308-329); “Das Gemeinwohl als ‘Schrankenschranke’? Zu Karl August Bettermann, Grenzen der Grundrechte”, 1968, *AöR*, núm. 95, 1970, pp. 617-625; “Formen und Grenzen normierender Kraft der Öffentlichkeit in gemeinwohlhaltigen Fragen der Praxis”, en Th. WÜRTENBERGER (ed.), *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, pp. 36-62 (también en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978/1996/1998); “Besprechung von: Michael Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974”, *AöR*, núm. 101, 1976, pp. 292-297 (también en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.); “Besprechung von: Hans Herbert von Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, Die Durchsetzungsschwäche allgemeiner Interessen in der pluralistischen Demokratie”, en *FAZ*, de 6 de diciembre de 1978, p. 11, así como en *AöR*, núm. 103, 1978, pp. 607-613; “Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht”, *Rechtstheorie*, núm. 14, 1983, pp. 257-284 (y en W. F. KASCH y K. D. WOLFF (eds.), *Glaube und Gemeinwohl*, 1986, pp. 111-135, y también en *South African Yearbook of International Law*, vol. 9, 1983, pp. 53-77, y en *Europäische Rechtskultur*, 1994/TB 1997, pp. 323 y ss.); “Gibt es ein europäisches Gemeinwohl? – eine Problematisierung”, *FS für Helmut Steinberger*, 2002, pp. 1153-1174; “Gemeinwohl und Gemeinsinn im internationalen verfassungsstaatlichen und europarechtlichen Kontext”, en H. MÜNKLER y K. FISCHER (eds.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, vol. III, 2002, pp. 99 y ss. (también en *FS Kassiamatis*, 2004, pp. 615-645); “Gemeinwohl und seine Teil- und Nachbarbegriffe im kulturellen Verfassungsvergleich”, en M. MORLOK (ed.), *Gemeinwohl und politische Parteien*, 2008, pp. 240 y ss. (también en *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 95-120); “Diskussionsbeiträge” en M. MORLOK (ed.), *op. cit.*, pp. 69-75; “Buchbesprechung von: Michael Anderheiden, Gemeinwohl in Republik und Union. 2006”, *Die Verwaltung*, núm. 42, 2009, pp. 141-144.

6 “Gemeinwohl und Staatsaufgaben”, en P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed. 1998, pp. 815-848; “Gerechtigkeit und Gemeinwohl”, en P. HÄBERLE

material se multiplicaría⁷ si incluyésemos los escritos en los que se utiliza el título “público” o “espacio público”, así como el concepto de la “Constitución como proceso abierto”, indisolublemente unido a Häberle⁸.

La contribución teórica de Häberle en este ámbito consiste en destacar que estos conceptos y principios están en una profunda relación, que va descubriendo paso a paso, por etapas.

No hay duda de que Peter Häberle ha conquistado esta área temática, reflexionando permanentemente sobre sus posiciones y las de otros. Se hace evidente en la decena de recensiones que ha realizado a los trabajos más relevantes⁹, sin olvidar

y M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8.ª ed., 2016, pp. 712-714; “Gemeinwohl, Grund- bzw. Orientierungswerte, Verfassungsziele, Erziehungsziele, national und europäisch”, pp. 999-1055.

7 De P. HÄBERLE, “Öffentlichkeit und Verfassung, Bemerkungen zur 3. Auflage von Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1968”, en *ZfP*, núm. 16, 1969, pp. 273-287 (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.); “Besprechung von: Wolfgang Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969”, *DÖV*, 1969, pp. 653 y ss.; “Besprechung von: Ulrich K. Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969”, *AöR*, núm. 95, 1970, pp. 651-659; “Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat”, *Politische Bildung*, 1970, Heft 3, pp. 3-33 (también en: *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 126 y ss.); “Besprechung von: Alfred Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971”, *JZ*, 1975, pp. 38 y ss.; “Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Abgeordnetenstatus”, *NJW*, 1976, pp. 537-543 (también en: *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 215 y ss.); *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.; “Bundesverfassungsrichter - Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis öffentlicher Anhörung”, en B. GUGGENBERGER y A. MEIER (eds.), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, 1994, pp. 131-133 (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.); “Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?”, en B. EHRENZELLER y otros (ed.), *FS für Yvo Hangartner*, 1998, pp. 1007-1026, con versión extendida en *ThürVBl*, 1998, pp. 121-128, traducido al español en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Enero-Junio 1998, pp. 113-136 (también en: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pp. 130 y ss.).

8 *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.; una edición brasileña está en preparación.

9 Al respecto, P. HÄBERLE, “Öffentlichkeit und Verfassung, Bemerkungen zur 3. Auflage von Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1968”, *ZfP*, 16, 1969, pp. 273-287 (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit.); “Besprechung von: Wolfgang Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff”, *DÖV*, 1969, pp. 653 y ss.; “Besprechung von: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer”, Band 39, 1968, *DÖV*, 1969, p. 437; “Besprechung von: Ulrich K. Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969”, *AöR*, núm. 95, 1970, pp. 651-659; “Besprechung von: Hans Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, 1970”, *DÖV*, 1971, pp. 178 y ss.; “Besprechung von: Alfred Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971”, *JZ*, 1975, pp. 38 y ss.;

que su propio escrito de habilitación mereció más de diez recensiones¹⁰, lo que es buena prueba de las reacciones que provocó. Esta actitud de fondo, que consiste en ocuparse de un asunto con todas las fuerzas, es la que hoy reclama Häberle ante la debilidad del género de las recensiones. Su vehemente tratamiento del tema, es prueba relevante de la “ciencia jurídica como forma de vida”, lema que Häberle utilizó en su lección de despedida¹¹.

Los desafíos de Peter Häberle surgieron de los anhelos de su propia creatividad. Pero, a su vez, en su texto de habilitación expuso una tradición académica que era algo más que una mera referencia. No en vano, Rudolf Smend sacudió a la doctrina cuando en su texto homenaje a Walter Jellinek, en la frase final, en relación al concepto de lo público, dijo que se trataba del “descuido de uno de los momentos más importantes del nuevo orden constitucional”¹². Y Konrad Hesse se quejó en su conferencia de 1959 en la Asociación de profesores –y en consonancia con su desarrollo del estatus público de los partidos políticos– de que:

“en la actualidad falta un concepto significativo de lo público [...]; la ciencia jurídica, en el marco del positivismo jurídico, ha perdido la conexión con la realidad cambiante y con la situación constitucional, igualmente cambiante, y tanto en el fondo como en lo particular, quedan abiertos muchos problemas”¹³.

“Das Gemeinwohl als ‘Schrankenschanke?’”, *cit.*, pp. 617-625; “Besprechung von: Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974”, *AöR*, núm. 101, 1976, pp. 292-297 (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, *cit.*); “Besprechung von: Hans Herbert von Arnim, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen. Die Durchsetzungsschwäche allgemeiner Interessen in der pluralistischen Demokratie*”, *FAZ*, de 6 de diciembre de 1978, p. 11, y en *AöR*, núm. 103, 1978, pp. 607-613; “Buchbesprechung von: Michael Anderheiden, *Gemeinwohl in Republik und Union. 2006*”, *Die Verwaltung*, núm. 42, 2009, pp. 141-144; “Besprechung von Robert Uerpmann, *Das öffentliche Interesse, seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, 1999”, *DVBl*, 2001, pp. 1117 y ss.

10 Prueba de esto en P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 768 (n. 3).

11 P. HÄBERLE, “Rechtswissenschaften als Lebensform, 2003”, *JöR*, núm. 52, 2004, pp. 155-164, traducción en español, “Las ciencias (del Derecho) como forma de vida”, *Pensamiento Constitucional*, 2003, pp. 45-59; traducción al griego en *Revue Hellénique des Droits de l'Homme*, vol. 20, 2003, pp. 1035-1052.

12 R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955)”, en su libro *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4.^a ed., 2010, pp. 462 y ss.

13 K. HESSE, “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL*, núm. 17, 1959, p. 11 (n. 41).

Hesse mostró lo que años más tarde cerraría Häberle:

“la dirección para encontrar respuestas es el camino ya dicho: el concepto de lo público como concepto jurídico no puede definirse ni en términos normativamente formalistas, ni decisionistas, pero tampoco renunciando a todo elemento normativo determinado desde lo fáctico; debe observarse desde una relación de sentido y valor, así como en su vinculación con el cambio de las condiciones históricas”¹⁴.

El tamaño del reto, antes y ahora, se hace meridiano en tanto que Rudolf Smend y Konrad Hesse reclamaron una teoría de lo público¹⁵, sin resolverlo por sí mismos.

Peter Häberle se atrevió con la solución y el modo en el que lo hizo conllevó a su vez un desafío para la teoría jurídica del estado. Debemos recordar que Häberle suponía una nueva voz cuya armonía chocaba con los tonos convencionales de las teorías del bien común centradas en la autoridad, así como con las disonancias de su abuso, y, sobre todo, con el escepticismo en que desembocaban estas posiciones. En 1960 había cuatro (buenas) razones para ser prudente con el tema del bien común. Y las reservas se extendían al concepto de lo público y de los intereses públicos.

Por decirlo de algún modo, los espíritus se liberaron con “el interés público”. Su contribución, que conserva importancia cincuenta años después, muestra el coraje que supuso tanto la elección del tema como el modo en que se hizo. Es un texto que causó una sacudida, efecto que aún continua. Para comprenderlo pondremos en contraste el mundo de Peter Häberle con otras voces, en ocasiones muy lejanas a la suya.

Niklas Luhmann¹⁶ consideró temerario todo intento de determinar el interés público. Según él, quien asumiese tal empresa, merecería una atención comparable a la de ascender la cara norte del monte Eiger, pero, añadió, tendría una mínima posibilidad de alcanzar la cima. Y con esta metáfora hacía referencia a un temor inmenso. Lo drástico de la comparación se entiende si miramos al año en el que se escribió, 1962, momento en el que los tres primeros intentos de alcanzar la cara norte del Eiger habían conllevado fracasos mortales.

14 Ob. Cit.

15 Véase también la tesis doctoral de Freiburgo de A. RINKEN, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände*, 1971.

16 N. LUHMAN, “Buchbesprechung von Schubert, Glendon, The Public Interest. A Critique of the Theory of a Political Concept. 1960”, *Der Staat*, 1962, p. 375.

Sabemos que 1962 fue el año en el que apareció la primera edición del libro de Häberle sobre el contenido esencial. Su capítulo fundamental sobre “la combinación de intereses públicos y privados a través de los derechos fundamentales y su delimitación”¹⁷ mostró el camino hacia una teoría del interés público que culminaría con su habilitación de Friburgo en 1969. Pero había algo más que Luhman no podía saber en 1962: Michel Darbellay, otro miembro de la generación del 34, escalador suizo, logró en 1963 el récord de ser el primero en alcanzar en solitario la cima del Eiger por su cara norte.

Lo que no sabemos es si Luhmann se hubiese referido igualmente al uso ideológico del bien común en el nacionalsocialismo, asunto que más tarde sería tratado por Michael Stolleis. Aquí también cabe jugar con referencias: el 24 de julio un grupo coronó por primera vez el Eiger –justo después de que Hitler, en los Juegos Olímpicos del 36, hubiese prometido “una medalla de oro” tras el fracaso del 35, reclamando nuevos sacrificios. El exitoso cuarteto germano-austriaco fue aupado por la propaganda nacionalsocialista y recibido personalmente por Hitler.

Al hilo de esta comparación, el presente trabajo quiere tratar los retos que implica un camino pedregoso, las tesis contracorriente y la vertiginosa libertad de Peter Häberle, al que nunca le asustó el precipicio que conllevaba el tema del bien común.

II. EL RETO DE UN “PROBLEMA JURÍDICO”

El trabajo de habilitación “Öffentliches Interesse als juristisches Problem” ocupa, al menos desde un punto de vista externo, un lugar singular en la obra de Häberle. Se accede a él sin un gran esfuerzo, pues no destaca por su vuelo teórico dado que va marcando la pedregosa subida con hitos que él ya ha trillado teóricamente. La parte cuantitativamente esencial del trabajo, que lleva por título “un análisis de la legislación y la jurisprudencia”, consiste en un estudio detallado (llamado “estado de la cuestión”) de disposiciones normativas y resoluciones de la jurisdicción contenciosa.

El valor científico resultante de este ensayo se refleja, por ejemplo, en dos excepcionales habilitaciones redactadas más de treinta años después. Michael Anderheiden habla del “sobresaliente trabajo pionero de Häberle”¹⁸ y subraya que “la completa

17 P. HÄBERLE, *Die Wesensthaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (1962)*, 3.^a Ed., 1983, p. 21 y ss. (traducido al italiano: *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, 1993; al español: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, 1997; nueva traducción, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003).

18 M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, p. 50.

sistematización”¹⁹ de la situación normativa es “válida todavía” y “que yo he multiplicado sin que se pierda ninguna de las categorías elaboradas por Häberle”²⁰. Y según Robert Uerpman “ese trabajo prueba lo fructífero de un método empírico-jurídico que abarca toda una pluralidad de preguntas y campos problemáticos. Desde el concepto de interés público, Häberle genera una teoría del Estado y del Derecho”²¹.

La esencia del trabajo es típica de Häberle. Realiza un análisis material de los distintos tipos en los que se manifiesta el interés público, estructura que aparecerá en sus trabajos posteriores. Usa un modo inductivo con una finalidad eminentemente teórica. Llama la atención cómo Häberle evita derivar su construcción teórica desde las categorías del derecho constitucional, que solo aparecen esbozadas en forma de tesis en las páginas finales del trabajo.

Para Häberle lo importante²² es que el interés público fuese tratado como “un problema jurídico”. Debe recordarse que Alfred Rinken²³ en su tesis doctoral publicada solo un poco después de la habilitación de Häberle, trató “lo público como un problema teórico constitucional”. El hecho de que Häberle posara el foco de su habilitación en el “problema jurídico” fue algo más que un subtítulo; en el núcleo del trabajo jurídico buscó su propio perfil, contraponiéndose a los bosquejos de Rudolf Smend (1955) y al trabajo de habilitación de Jürgen Habermas (1962).

El título del trabajo todavía hoy es poco habitual y mucho más para una habilitación. En estos días podemos realizar una búsqueda en las bases de datos (algo imposible para Häberle en aquel tiempo) e identificar las tesis y habilitaciones que utilizan expresamente el término “problema jurídico”, y comprobaremos que a mayo de 2019, no existe ninguna. Solo podemos mencionar un trabajo fin de grado del año 2010²⁴, que además sugiere que la naturaleza jurídica de un problema no es suficiente para generar un tema. Lleva por título: “la propiedad obliga – la propiedad de chatarra es algo más que un problema jurídico”.

19 M. ANDERHEIDEN, *op. cit.*, p. 49.

20 M. ANDERHEIDEN, *op. cit.*, p. 50.

21 R. UERPMANN, *Das öffentliche Interesse*, 1999, p. 20.

22 Sobre el título véase explícitamente, P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, pp. 17 y ss.

23 A. RINKEN, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände*, 1971.

24 M. GARBE, *Eigentum verpflichtet – “Schrottimmobilien” sind mehr als ein juristisches Problem*, 2010; no es una monografía, sino una conversación recogida en ocho páginas; la encontramos en J. SCHREIBER, *Wehrdienstverweigerung als juristisches Problem*, 1954.

En los artículos de revistas, excepcionalmente encontramos títulos vinculados al utilizado por Häberle. Y no son relativos al Estado constitucional contemporáneo²⁵. De un lado se trata de trabajos sobre el derecho en Estados totalitarios (Rosemarie Will, *Eigentum und Planung als juristisches Problem staatssozialistischer Gesellschaften – Das Beispiel DDR*²⁶ [Propiedad y planificación como problema jurídico en las sociedades de socialismo estatal]) y de otro, de ensayos de literatura clásica, por ejemplo, uno relativo al tratamiento de los juramentos de amor (véase al respecto el trabajo filológico sobre Ovidio de Edward J. Kenney, *Liebe als juristisches Problem* [El amor como problema jurídico])²⁷.

En ensayos de naturaleza jurídica es más habitual encontrar la referencia a un “problema jurídico”. Como ejemplo basta citar “Die europäische Verfassung als Rechtsproblem” [La Constitución europea como problema jurídico], el trabajo de Adele Anzon publicado por Peter Häberle en el JÖR²⁸ y “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem” [La unidad de la administración como problema jurídico], uno de los temas de la reunión de la Asociación de profesores de derecho del Estado celebrada en Passau en 1987.

Cabe reflexionar sobre el sentido de los temas y su formulación, así como plantearnos qué es un “problema jurídico”. Al respecto voy a realizar un inciso (categoría, ya lo sabemos, muy cuidada por Häberle en sus índices). Para entender este debate, que periódicamente provoca un intercambio de golpes, es preciso recordar su historia. Un año antes de la habilitación de Häberle, Hans Meyer²⁹ criticó a la presidencia de la Asociación de profesores por haber utilizado la categoría de “relación jurídica (en la Administración social)”, al considerarlo “uno de los instrumentos jurídicos más vacíos”, por lo que habrían convertido el tema en un asunto incomprensible.

25 Cfr. el breve trabajo de U. BECKER, “Generationengerechtigkeit als juristisches Problem”, en *Generationengerechtigkeit – Inhalt, Bedeutung und Konsequenzen für die Alterssicherung, DRV-Schriften*, vol. 51, 2004, pp. 56-64.

26 R. WILL, “Eigentum und Planung als juristisches Problem staatssozialistischer Gesellschaften – Das Beispiel DDR”, en T. OLTEANU, T. SPÖRI, F. JAITNER, H. ASENBAUM (eds.), *Osteuropa transformiert*, 2017, pp. 71-95.

27 E. J. KENNEY, “Liebe als juristisches Problem, Über Ovids *Heroides* 20 und 21”, *Philologus (Zeitschrift für antike Literatur und ihre Rezeption)*, vol. 111, 1967, pp. 212-232. Según la mitología, el joven Acontio, en una reunión pública en homenaje a Artemis, le lanzó a Cydippe una manzana, que la devolvió con el siguiente juramento que leyó en alto: “juro por Artemis que me casaré con Acontio”.

28 A. ANZON, *JöR*, 2001, pp. 103-124.

29 H. MEYER, *VVDStRL*, núm. 45, p. 272.

Además reprochó a los ponentes haber presentado el tema en un nivel medio de abstracción “que le facilitaba el sueño, pues estaba carente de ideas y tan alejado de lo elemental, que no era de esperar ningún acicate. Dicho en plata: no tenía valor alguno”.

Esta es la historia con la que ha de medirse la elección del tema “la unidad de la administración como problema jurídico”. Para el primero de los ponentes, Brun-Otto Bryde, la elección del tema era indicativo “de la tensión de los desarrollos prácticos del momento y las exigencias normativas”³⁰. Descubría “una doble tarea, asegurar la coordinación y el pluralismo, de tal modo que no fuesen superados por el dogma de la unidad de la administración”³¹.

El segundo ponente, Görg Haverkate se preguntó si la unidad de la administración es “una concepción política-administrativa libre”, “un concepto de teoría del estado” o un principio jurídico³². Se tomó la formulación del tema como la exigencia de realizar ponderaciones dogmáticas, o como diría Häberle, como la necesidad de hornear el pan.

Hans Meyer volvió a criticar el tema formulado por la presidencia. La “unidad de la administración” es un mito, que carece de calidad jurídica:

“Los ponentes han estado bien, porque no han hablado del tema [risas].

Obviamente los ponentes, mucho antes que el señor Zacher, se han dado cuenta de que era menester hablar de otro tema: el mito como problema jurídico. En realidad, principalmente han hablado de la amplia diferenciación de la administración. Y si analizo su pobre consideración del principio de unidad de la administración, puedo demostrarles que de acuerdo con la Constitución, esa unidad no debe darse”³³.

La presidencia no solo devolvió el golpe con dureza, sino que afinó el sentido del reto de tratar un problema jurídico en toda su dimensión fundamental: en este punto también merece la pena la cita literal porque da sugerencias para interpretar el título del trabajo de habilitación de Häberle.

Primero respondió Martin Kriele:

30 B. -O. BRYDE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *VVDStRL*, núm. 46, p. 193.

31 B. -O. BRYDE, *op. cit.*, p. 214, tesis 9.

32 G. HAVERKATE, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, *VVDStRL*, núm. 46, p. 220.

33 H. MEYER, *VVDStRL*, núm. 46, p. 288.

“Si se me permite contar las interioridades diré que al principio el tema era ‘asistencia administrativa y protección de datos’. Luego, después de discutir sobre temas similares, consideramos que deberíamos subir un nivel de abstracción, hemos subido tanto que el señor Meyer no logra entenderlo. Así llegamos al tema elegido. Pero el propósito era dar respuesta a problemas concretos y de gran actualidad, o al menos encontrar las líneas principales para darle respuesta”³⁴.

Y luego cerraría Hans Zacher:

“Señor Meyer, querría recordarle que el tema no es ‘unidad de la administración como principio jurídico’, y tampoco ‘unidad de la administración como concepto jurídico’. El tema es ‘unidad de la administración como problema jurídico’. La presidencia formuló así el tema porque pensó que los colegas, que como sabemos son evidentemente más inteligentes que la presidencia, imaginarían que si hablamos de ‘problema’ es porque existen alternativas a la ‘unidad’, y esa alternativa es la diferenciación. El tema inicialmente era ‘diferenciación y unidad en la administración’. Pero luego pensamos que debía ser subrayada la idea de problema jurídico, pero entonces el título nos quedaba demasiado largo, por lo que dijimos: queremos evitar a toda costa que los colegas encuentren el tema aburrido por su extensión. Y luego lo hemos recortado para darle la forma que tiene. Pero quizás con ello les hemos exigido demasiado”³⁵.

Antes que citar a aquellos que se vieron sobreexigidos –también Peter Häberle más de una vez ha sobreexigido a los colegas–, en este punto deben darse las razones que justifican este inciso: en las reflexiones de la presidencia de la Asociación encontramos elementos que también hallamos en Häberle: la tensión entre el trabajo jurídico en distintos niveles de abstracción, así como el pensamiento de lo posible. Y al mismo tiempo se trata del objeto y límites del método de la ciencia jurídica. Peter Häberle nunca ha tenido como fin en sí mismo ni la dogmática pura ni la teoría pura, sino que para la construcción teórica siempre ha buscado conexiones en el derecho vigente y reflexiones con fundamento teórico para la dogmática. Peter Häberle ha aclarado ya en el título la naturaleza del reto desde el momento en que no ha hablado de

34 M. KRIELE, *VVDStRL*, núm. 46, 259. P. HÄBERLE lo considera especialmente improductivo en, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 17 en relación a una discusión sobre el interés público en el nivel más alto de abstracción.

35 H. ZACHER, *VVDStRL*, núm. 46, p. 299.

un “concepto jurídico”, ni de un “principio jurídico”, ni siquiera de un “problema de derecho”. Para Peter Häberle la discusión dogmática es el punto de partida para la construcción de una teoría en la que busca el valor añadido de su contribución científica; las discusiones dogmáticas sin esas pretensiones de abstracción siempre le han aburrido. Al contrario, a la construcción teórica siempre le ha exigido un primer análisis a fondo de la dogmática. En el trabajo de Häberle, la dogmática es el punto de partida para la construcción teórica, dejando a otros la recepción de teoría para el desarrollo de la dogmática. En la relación dinámica entre dogmática y construcción teórica, Peter Häberle ha tomado los problemas dogmáticos, es decir, jurídicos, como objeto y a su vez la construcción teórica como objetivo. En sus trabajos la teoría no es un medio para el fin de la dogmática, sino al revés, su mirada sobre la dogmática es el medio para el fin de la construcción teórica. La teoría es libre en sus fines, pero sin quedar desacoplada del derecho positivo.

En el lenguaje coloquial, cuando hablamos de un “problema jurídico” nos referimos a un supuesto de hecho, cuya solución confiamos a un abogado, o bien miramos a la política, en caso de que queramos cambiar esa situación. En el mundo práctico de la jurisprudencia –al que se dedica Peter Häberle en la parte relativa al estado de la cuestión– esperamos que los problemas jurídicos sean resueltos o desplazados. Por el contrario, Peter Häberle no quiere ni resolver los problemas jurídicos ni dejarlos a un lado. Más bien son un programa, esto es, una tarea que ha de ocupar al científico de por vida y un reto permanente para la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Aceptar este reto destaca la función positiva de integración que cumple el Estado constitucional, tal y como explicó Rudolf Smend.

El propio Peter Häberle hizo de su título de habilitación un reto que le ocupó largas noches, consciente de la bibliografía que ya existía sobre el tema de lo “público”. El hecho de que presentase su trabajo como análisis del estado de la cuestión y no como una construcción teórica de alto vuelo, lo convirtió en un texto belicoso en un doble sentido: frente al escepticismo teórico y frente al método jurídico deductivo de los positivistas. El trabajo comienza con la frase: “el interés público como problema jurídico –este título marca una dirección [...] que no está exenta de polémica”³⁶.

Häberle discutió así la aptitud para la teoría de un acercamiento a las cuestiones dogmáticas analizadas a través del modo deductivo-positivo (véase también en

36 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, cit., p. 17.

la recensión de Häberle al trabajo de Martens³⁷ al que reprocha “un aislamiento y ascetismo dogmático cuestionable”³⁸).

III. EL RETO DE ABORDAR CONCEPTUALMENTE EL OBJETO DEL PROBLEMA JURÍDICO: LO PÚBLICO - INTERÉS PÚBLICO - BIEN COMÚN

El título de la habilitación de Häberle no hace expreso (a diferencia de los trabajos de Smend, Habermas, Martens y Rinken), o al menos no directamente, la inclinación que siempre ha tenido por lo público y el espacio público, puesto que no los utiliza como título, sino que específicamente trata “el interés público”, que interpreta como sinónimo de bien común.

En la obra de Peter Häberle, el concepto de “bien común” ha ido desplazando al de “interés público”. En el índice de términos de su tesis doctoral, ambos conceptos aparecen en paralelo y con el mismo peso (12 y 13 entradas). En cambio, mientras que en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* y *Europäische Verfassungslehre* existe un capítulo referido al “bien común”³⁹, el interés público aparece solo una vez en el índice de entradas. En la adenda⁴⁰ a la segunda edición de su habilitación habla del “desarrollo de la problemática del bien común”⁴¹.

Haberle se ha encontrado con muchos escépticos que dudan de que el concepto de interés general pueda ser concretado con los métodos de la ciencia jurídica. Estas dudas existían cien años antes de que Häberle se ocupara de la tarea: Otto Bähr constató en 1864 que el bien público pertenece a aquellos conceptos, “que no admiten en su dimensión interna un juicio desde un punto de vista jurídico”, sino “que su naturaleza encaja mejor en la técnica del juicio de la administración”⁴². La consecuencia que dedujo fue que no existe un margen de control judicial sobre la administración que fija estos conceptos jurídicos indeterminados: “la voluntad

37 W. MARTENS, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969.

38 P. HÄBERLE, “Besprechung von Wolfgang Martens, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969”, *DÖV*, 1969, p. 653.

39 “Gemeinwohl und Staatsaufgaben”, en P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed., 1998, pp. 815-848; “Gerechtigkeit und Gemeinwohl”, en P. HÄBERLE y M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8.^a ed. 2016, pp. 712-714; “Gemeinwohl, Grund- bzw. Orientierungswerte, Verfassungsziele, Erziehungsziele, national und europäisch”, en P. HÄBERLE y M. KOTZUR, *op. cit.*, pp. 999-1055.

40 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, pp. 765-791.

41 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 771.

42 O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, 1864, p. 60.

del legislador con la referencia a estos conceptos jurídicos es que la actuación de la administración no sea limitada. La jurisdicción puede moverse solo en las fronteras externas de estos conceptos”.

Más tarde, la justiciabilidad material de la decisión administrativa se convirtió en un elemento central del entendimiento del Estado de derecho. Rudolf von Gneist fue pionero con su trabajo “Der Rechtsstaat” (1892), cuya segunda edición tuvo el significativo título de “El Estado de derecho y los tribunales administrativos en Alemania” (1879). Antes de que se impusiera la teoría de Gneist, por la cual el Estado de derecho depende de la justiciabilidad de la acción administrativa, los conceptos jurídicos indeterminados se interpretaron en paralelo a la discrecionalidad administrativa, en tanto que abrían espacios de actuación a la administración, en los que no cabía el control judicial. Después, los conceptos jurídicos indeterminados (del lado del supuesto de hecho) y la discrecionalidad (del lado de la consecuencia jurídica) se desarrollaron de manera separada. En especial, la justiciabilidad de los conceptos indeterminados se convirtió en regla y luego se desarrolló la doctrina de la discrecionalidad viciada. Horst Ehmke en 1960⁴³ reformuló de modo radical la división entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, relativizando la justiciabilidad como exigencia del Estado de derecho: el control judicial sirve para optimizar la administración, no para maximizarla⁴⁴. Sin embargo, él tampoco silenció o liquidó la cuestión radical relativa a los métodos de concreción de los conceptos indeterminados a través de la administración primero, y luego de los tribunales.

Glendon Schubert⁴⁵ (nacido el 7 de junio de 1918) explicó en 1960 el fracaso en los Estados Unidos de todos aquellos discursos que intentaron hacer del interés público un concepto político. El concepto sería incomprensible en términos racionales y por ese no merecería ser objeto teórico.

Niklas Luhmann celebró “el adiós a la teoría del interés público” (en la obra ya citada más arriba)⁴⁶. Pero pese a su escepticismo⁴⁷ frente a las teorías políticas

43 H. EHMKE, “Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff”, *Verwaltungsrecht*, 1960; también en su libro *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik* (editado por P. HÄBERLE), 1981, pp. 173 y ss.

44 H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, cit., p. 207.

45 G. SCHUBERT, *The Public Interest. A Critique of the Theory of a Political Concept*. The Free Press of Glencoe, New York, 1960; al respecto, el comentario de N. LUHMANN, *Der Staat*, 1962, pp. 375-377.

46 N. LUHMANN, “Buchbesprechung von Schubert, Glendon, The Public Interest. A Critique of the Theory of a Political Concept. 1960”, *Der Staat*, 1962, p. 375.

47 N. LUHMANN, “Buchbesprechung von Schubert”, cit., p. 377.

del interés público, reconoce que puede ser “un concepto de orientación en la vida diaria” y precisamente por eso “no es en sí mismo objeto de conocimiento científico capaz de fijar la verdad”, pero en general sí puede “ser objeto de una investigación funcional”.

Ahora bien, incluso Luhmann serviría de referencia en el estudio de Häberle sobre el interés público como problema jurídico, puesto que quien no busca la científicidad en un positivismo jurídico conceptual, hará una búsqueda funcional de tales conceptos en la vida cotidiana. Por otro lado, Luhmann⁴⁸, ya en 1962 hizo frente a los escépticos, reprochándoles que no eran capaces de responder “cómo habría de sustituirse el concepto de interés público”⁴⁹. Jürgen Habermas⁵⁰, en la misma época, también observó la “confusa aplicación” de los términos “público” y “espacio público”, pero constató, “la evidente incapacidad de la ciencia, en especial la jurisprudencia” de sustituir estas “categorías tradicionales [...] mediante términos precisos”. Y Smend se lamentó de que “espacio público” era una “mala e inadecuada traducción”⁵¹ de publicidad y requirió el desarrollo del concepto mediante la teoría constitucional. Peter Häberle defendió entonces la tesis del carácter indispensable del concepto “interés público” y se ha mantenido firme hasta hoy.

Häberle no se lamenta por la indefinición del concepto, sino que entiende que la realidad (jurídica) se refleja en el concepto. Más tarde Häberle se ha inclinado por las teorías mixtas; se opone al brillo de la simplificación. Frente a los que se sienten felices en el pensamiento dicotómico, ha mostrado que el interés público es un concepto que se deduce de los intereses privados. La comprensión de Häberle de los derechos fundamentales, sobre la que aquí no podemos profundizar, rechaza que el interés público y los intereses privados se excluyan⁵². Michael Anderheiden, partiendo de esta idea, ha constatado que la ignorancia de los intereses individuales en la concreción del bien común es paradójica y

48 N. LUHMANN, “Buchbesprechung von Schubert”, *cit.*, p. 377.

49 M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, p. 48 muestra acertadamente, que Luhmann frente a todo el esceticismo en torno al bien común, no abandona el concepto sino que se refiere a la necesidad de dedicarle tiempo de reflexión.

50 J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962), nueva edición de 1990, p. 54.

51 R. SMEND, *Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit* (1955), en el libro del mismo autor, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4.^a ed. 2010, pp. 462 (463).

52 Para el desarrollo de estas teorías, P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, pp. 60 y ss.

debe excluirse en términos teóricos⁵³. Y en la dogmática administrativa hoy se reconoce que la interferencia grave sobre los intereses fundamentales del particular conlleva “importantes perjuicios para el bien común”⁵⁴.

Es factible discutir si el privilegio feudal de intereses singulares fue antide-mocrático, de manera que el concepto de bien común predemocrático habría de superarse. Pero quien considere desde este punto de vista que una teoría democrática del bien común debe separar de forma estricta Estado y Sociedad, intereses públicos y privados, piensa en términos de escasa complejidad y cierra los ojos frente a los verdaderos problemas.

Häberle opone al pensamiento dicotómico lo que él llama “la triada repu-blicana”⁵⁵ (Estado-privado-público). Asume el reto de buscar una teoría plu-ralista de la concreción del bien común, vincula ese “interés público” con los procesos públicos de su concreción y a su vez establece así los fundamentos para entender la propia Constitución como un proceso abierto.

Häberle construye su tesis en tres pasos apoyándose en la obra de Herbert Krüger, tal y como ya había hecho Smend en 1955. En este sentido, son significativas las monografías de Krüger “Die geistigen Grundlagen des Staates” [Los fundamentos espirituales del Estado] del año 1940 (2.^a ed., 1944), que Smend citó en su contribución de 1955, y la “Allgemeine Staatslehre” [La teoría general del Estado], que apareció en dos volúmenes en el tiempo en el que Häberle era asistente. Häberle lo cita⁵⁶ de forma prominente, ya en la tercera nota de la introducción de su escrito de habilitación, incluso antes que a Smend y a Hesse. Esto merece toda la atención, en tanto que los posteriores escritos de habilitación de Uerpman⁵⁷

53 M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, p. 46.

54 BVerwGE 105, 6, 14 f.; en el mismo sentido M. SACHS, en: STELKENS, BONK y SA-CHS, *VwVfG*, 9.^a ed., 2018, § 49 marginal 82.

55 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, cit., p. 784 y ss.

56 También A. RINKEN, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände*, 1971, se ocupa intensivamente del método de KRÜGERS sin citar sus textos de 1940/44. Ligado a su *Allgemeinen Staatslehre* (p. 210) cita su contribución: “Über die Unterscheidung der Staatstypen nach ihrer Gestimmtheit”, en K. CARSTENS y H. PETERS (eds.), *Festschrift für H. Jahrreiss*, 1964, pp. 233 y ss.

57 R. UERPMANN, *Das öffentliche Interesse*, 1999, no solo hace desaparecer el tiempo del nacionalsocialismo, sino que limita “a la específica discusión en Alemania desde 1945” (p. 4). Trabaja con cuatro ensayos (junto al escrito de habilitación de MARTENS y HÄBERLE, la tesis no publicada de DÜRIG y el manual H. J. WOLFF (y en cierta medida su texto de habilitación “Organschaft und Juristische Person”, 1933) y solo cita de pasada a SMEND (p. 27, nota. 33, p. 28 nota. 40), y H. KRÜGER.

y Anderheiden⁵⁸ ya no se refieren directamente al trabajo de Herber Krüger, sino que se concentran detalladamente en el de Peter Häberle. El abandono de una referencia como la de Krüger muestra un proceso de “sobre escritura” en la construcción de teorías, que esconde bajo la alfombra el desarrollo histórico del tema. Por otro lado, el motivo de distanciamiento respecto a Krüger no justifica su postergación. Al contrario: quien se ocupe en profundidad del interés público debe seguir a Krüger, pues solo puede alumbrar una teoría si también se iluminan las zonas oscuras. Las notas al pie de Smend y Peter Häberle dan ocasión para afrontar este reto.

Según Herber Krüger existen dos significados de lo público. Uno es normativo y señala el bien de la comunidad (como concepto de valor que se opone a lo privado). El otro es fáctico y se refiere a realidades accesibles para todos⁵⁹. Y existe un tercero que es fundamental para la teoría de Häberle: en términos de Herbert Krüger “para la comprensión del concepto de lo público es fundamental unir ambos significados, en el sentido de que el sentido fáctico de lo público a su vez garantice la realización de concepto normativo de lo público”⁶⁰.

58 M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, p. 53 y ss., sin duda sigue a HÄBERLE en la equivalencia entre bien común e interés público, pero no tematiza el momento de “lo público”; por tanto, no cita la contribución de SMEND de 1955 y se enfrenta con el argumento de H. KRÜGER sobre la competencia general del Estado (p. 194 y ss., 211) así como la tesis del nacionalsocialismo relativa a la “dictadura del comisariado” (p. 251).

59 El pasaje al que se remite SMEND de la obra H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen des Staates*, 1940, p. 147: “El concepto de lo público y del espacio público tienen dos tipos de significado. Uno es normativo: contiene el parámetro que ha de medir la justicia o injusticia de los acontecimientos que suceden en un grupo humano. El bien público es el bien que reclama para sí la comunidad. El orden público es el orden con el que debe ser medida la esencia de una comunidad concreta (cita a F. SCHMITTHENNER, p. 262). El segundo tipo de significado es fáctico: es público aquello que está garantizado al ‘Publikum’, es decir, aquello que es accesible a todos (es decir, no a una o varias personas determinadas). En este sentido, lo público se opone a lo reservado”. Este pasaje de Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre* (1963), 2.ª ed., 1966, p. 443, deja claro que para KRÜGER el significado fáctico es el primero en términos “lógicos” y que el significado normativo es un “concepto normativo” opuesto a lo “privado”.

60 H. KRÜGER, *op. cit.*, p. 443, añade: “Esta vinculación es hoy un lugar común como lo fue en el XIX”; del mismo autor: *Die geistigen Grundlagen des Staates*, 1940, p. 148: “Los dos significados de lo público se mueven en paralelo. Todo lo que es público o puede ser público es justo y bueno. Y al revés: todo lo que es reservado es malo y negativo (...) Y esta duplicidad entre lo fáctico y lo normativo también vive en el concepto de ‘opinión pública’”.

IV. EL INTERÉS PÚBLICO COMO RETO PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Peter Häberle no solo descubrió la necesidad de una teoría del bien común, sino que conceptualizó como virtud una teoría constitucional del “interés público” y del “proceso público”.

Quien niegue esta evidencia ha de leer lo que al respecto escribió Herber Krüger, quien siempre se mantuvo muy escéptico respecto al principio de publicidad. En su Teoría general del Estado lo trató en parte con distancia prudencial y en parte con cierta ironía al calificarlo de “fe milagrosa”:

“no hace falta mencionar que esta fe en la función benéfica e incluso milagrosa de la publicidad goza de muy buena salud en el mundo occidental [...] y pese a algunas críticas y experiencias amargas, en principio se considera que en el espacio público se hallan siempre los mejores remedios curativos para superar los padecimientos que sufre el pueblo y los seres humanos. El hecho de que se trate de un acto de fe, no nos libera de la obligación de sentir las promesas del espacio público⁶¹”.

El abismo se abre cuando verificamos el contexto espiritual de 1940, tiempo en el que se desarrolló el esfuerzo de Herbert Krüger. Su escrito de 1940 ante todo prueba que su objetivo final, que toma forma de monografía, era darle al Estado un “fundamento espiritual”. Él vio ese fundamento espiritual –en oposición a la “doctrina de Weimar”– en un Estado popular. Esta valoración estaba motivada “sobre todo por la perspectiva de acabar con la miseria económica existente desde 1929”⁶². Para completar el cuadro, debe atenderse a las apreciaciones de detalle que realiza Krüger sobre la “visión del mundo”, que también sirvieron para aclarar por qué se critica el silencio sobre los trabajos de Krüger y por qué todavía irrita la cita de su obra de 1940 (por Smend⁶³ y en la Teoría

61 H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 444.

62 En este sentido, T. OPPERMANN, “Ein deutscher Staatsrechtslehrer im 20. Jahrhundert, zum 100. Geburtstag von Herbert Krüger”, *AöR*, núm. 130 (205), pp. 494 (495).

63 R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit” (1955), en su libro *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4.^a ed., 2010, p. 462 (470) nota 13, con referencia a H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen des Staates*, 1940, pp. 147 y ss.; al respecto, D. SCHEFOLD, “Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn” (1998), en su libro, *Bewahrung der Demokratie*, 2012, p. 175 (188); W. KOHL y M. STOLLEIS, “Im Bauch des Leviathan”, *NJW*, 1988, p. 2849 (2852).

General del Estado de Krüger⁶⁴). Krüger en 1940 caracterizó “el Estado de la opinión pública” como un “nuevo tipo espiritual de Estado”⁶⁵, desarrollado en el Siglo XIX, y que se apoya en una compresión liberal de la libertad de opinión y en el optimismo de que en la competencia de opiniones nos “acercaremos a la verdad tanto como sea posible”⁶⁶.

El escepticismo de Krüger enraíza en su concepción del ser humano. La comprensión liberal de la formación de la opinión se apoya en la “idea de un ser humano liberado de todo vínculo, sin raíces”⁶⁷. No es que Krüger dude de la capacidad de la opinión pública para influir en el gobierno⁶⁸, sino que se lamenta precisamente de esa influencia, porque entonces la política “estará condicionada por lo cotidiano y no por las necesidades reales”⁶⁹.

Herbert Krüger esboza la imagen de descomposición de un liberalismo encumbrado en el relativismo:

“Bajo el cambio de circunstancias históricas en la fundamentación espiritual del Estado, la opinión pública simplemente emite un puñado de teoremas políticos superficiales. Esta superficialidad acaba generando un vacío [...] La opinión pública acaba arrastrando al Estado a todas sus contingencias, fluctuaciones y contradicciones que le son propias [...] El Estado deviene para la sociedad un instrumento sin voluntad ni espíritu”⁷⁰.

Respecto a “la particularidad del Estado ideológico” (prefiriendo Krüger en aquel entonces el nacionalsocialista) en comparación con “el Estado de opinión pública”⁷¹ escribe Krüger en una ocasión posterior: “la ideología reclama validez absoluta en el ámbito de su mundo; es clara, uniforme, única, mientras que la opinión pública es relativa un continuo ir y venir, y por ello algo inconceptualizable e irresponsable”⁷².

64 Por ejemplo, H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 763 (n. 12).

65 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen des Staates*, 1940, p. 144 y ss.

66 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 146 y ss.

67 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 146. Aquí cita también a BLUNTSCHLI, *Lehre vom modernen Staat*, 3. Teil: Politik, Stuttgart, 1876, p. 188: “Esta es preferentemente la opinión de la clase media, a la que se le permite un juicio propio y tienen el mismo lenguaje”.

68 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., pp. 148 y ss.

69 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 149.

70 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 150.

71 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 170.

72 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 171.

El siguiente pasaje deja claro dónde asienta Krüger “los fundamentos espirituales” del Estado: “Al compararla con la forma degenerada de la democracia pluralista, se manifiesta como necesaria la coherencia interna de la concepción democrática de Rousseau, que aspira necesariamente a una religión”⁷³. Según Krüger esto encuentra su realización en el nacionalsocialismo:

“cuya realidad ofrece rasgos ideológicos y religiosos [...] una ideología sin Führer es inimaginable, como tampoco lo es una religión sin fundador. Otro elemento común reside en el modo en que ambas comprenden al ser humano: es algo más que una mera introspección intelectual, alcanza las capas más profundas de su sentimiento y personalidad”⁷⁴.

Considera que el relativismo y el positivismo con el que se interpreta la Constitución de Weimar son debilidades que impiden la toma de poder por el nacionalsocialismo (al que apoya con plena convicción, pues lo considera capaz de dar el fundamento espiritual del Estado según escribe en otro lugar⁷⁵):

“El Estado debe servir incluso a opiniones contrarias al Estado, pues según la esencia de la opinión pública, la formación de esta no tiene límites [...] Un Estado dominado por una opinión pública vacía es un Estado sin contenido, vacío, neutral. [...] Aunque sea por poco tiempo, cuando se logra una opinión pública unitaria, entonces el Estado también se hace unitario. Pero ¿qué hacemos cuando se

73 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 171.

74 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 126. Este es el pasaje, que el propio KRÜGER autocita en su *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 763 (nota 12), donde contrasta el “principio de no identificación” con el “Estado total”, mientras que por otro lado constata que “libertad y totalitarismo no necesariamente se excluyen” (p. 762).

75 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., 1940, p. 163: “El Estado nacionalsocialista tiene su fundamento espiritual en la ideología nacionalsocialista”, p. 164; “[...] por primera vez en la historia, la vida política posee una forma social, que es sostenida por factores naturales y con efectos automáticos, en especial la raza”, p. 165: “la decadencia de la raza y, sobre todo, la presencia de sangre extranjera demuestran que un Estado no surge solo de estos factores, sino que necesita su realización consciente y permanente y su planificación... en el momento en el que un Estado se convierte en la forma política de pueblo natural, surge en ese Estado la vital tarea de cultivar y asegurar sus fundamentos naturales”, p. 167 y ss.: “Con esto se demuestra, que la ideología vacía del Estado neutral está superada y que su lugar ha sido ocupado por una ideología amplia y profunda del pueblo. Las fuertes corrientes de este nuevo espíritu fuerza a salir aquellos elementos que encuentran su razón en otros pulsos espirituales”.

revela engañoso el optimismo que considera que lo bueno se realiza por sí mismo y nos encontramos con diversas opiniones enfrentadas sin remisión, que solo logran hacerse con parte del aparato del Estado? Dado que el Estado carece de una sustancia espiritual general que pueda oponer a esta opinión pública fragmentada, debe romper interna y externamente con la opinión pública. La neutralidad valorativa de este tipo de Estado y de la opinión pública que lo sostiene, en los últimos tiempos ha experimentado una suerte de justificación filosófica, que vincula a ambos con el relativismo filosófico. Pero esta no es la filosofía de la verdadera democracia, pues esta se apoya en valores absolutos (cita a R. Smend, VVDStR 4 (1938), p. 48: 'la democracia no vive del relativismo..., sino de una unidad generada por el derecho a partir de los valores materiales del pueblo'), en especial los valores burgueses como firme fundamento. El relativismo es más bien propio del Estado liberal y de su idea de que cada individuo tiene derecho a la libertad ideológica y que cada opinión tiene derecho a existir y a ser discutida. Una prueba más de que la Constitución de Weimar se inserta en el liberalismo tardío antes que en la democracia, lo encontramos cuando sus defensores (cita a Kelsen, Staatsform und Weltanschauung, 1933, p. 25 y 27) señalan el relativismo como fundamento básico: 'la ideología metafísica-absoluta es propia de la autocracia, mientras que el relativismo crítico se corresponde con la democracia...' Por eso el relativismo es la ideología que requiere el pensamiento democrático⁷⁶.

Krüger usa la disputa teórica sobre la esencia de la democracia (el relativismo de Kelsen frente a la orientación de valores de Smend) contra la Constitución de Weimar y la califica como una Constitución del liberalismo tardío. Su crítica a la comprensión democrática de Kelsen no está carente de ironía. Nos recuerda el modo de argumentar de Carl Schmitt⁷⁷ y su rechazo al positivismo relativista al que opone una "teoría del estado verdaderamente política"⁷⁸, que incluiría tanto la doctrina de los límites de su maestro Smend como la teoría de los límites inmanentes a la reforma de Carl Schmitt. Respecto a esta última, considerara que acertadamente

76 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., pp. 150 y ss.

77 A. RINKEN ve la cercanía natural a C. SCHMITT en otras razones, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände*, 1971, p. 211. Esta cercanía intelectual se ha de separar de "la aversión casi física" que KRÜGER sentía frente a SCHMITT [T. OPPERMANN, "Ein deutscher Staatsrechtslehrer im 20. Jahrhundert, zum 100. Geburtstag von Herbert Krüger", *AöR*, núm. 130 (205), p. 494 (496)], que tenía que ver con el desplazamiento de SMEND fuera de Berlin.

78 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., p. 159.

“ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina. Toda la Constitución, tanto sus disposiciones técnicas como sus principios esenciales están a disposición de la opinión pública. Los derechos fundamentales, entre ellos la libertad de expresión, no están por debajo, sino por encima de los valores materiales, pese a la conclusión que se pueda alcanzar en una primera ojeada. Sin embargo, todavía queda por saber si se puede prescindir de este derecho fundamental de rango máximo que es la libertad de expresión o si el relativismo al menos lo identifica como un valor absoluto. Una comprensión de este tipo tiene como consecuencia el desplazamiento de la discusión pública y la sustitución de la ilimitada libertad de opinión del individuo por una suerte de vínculo fuerte. Posteriormente, esta comprensión exigiría la supresión de todos aquellos partidos políticos que tuviesen una ambición de dominio en el campo ideológico. Pero como nos demuestra la historia, no es cierto que la Constitución de Weimar tuviese como último valor el relativismo; simplemente situó los límites de la libertad en la realización de aquellos objetivos ideológicos que escogiesen la legalidad como camino para su materialización. Con ello, la Constitución de Weimar ha generado una suerte de dinámica autodestructiva; ha cavado su tumba, pues, desde un punto de vista jurídico, le dio al nacionalsocialismo derecho a existir, la posibilidad de alcanzar el poder y de eliminar los fundamentos espirituales de la Constitución de Weimar”⁷⁹.

La exposición de los escritos de Herbert Krüger obliga a una discusión crítica con todas las posturas, que en mayor o menor medida, se ligan a sus ideas fundamentales. De nuevo he de subrayar, que esto no depende de los trabajos de Krüger que se hayan utilizado. Smend y Häberle han reconocido claramente “su deuda” con los escritos de Krüger y en relación con el tema “espacio público” distinguen entre los escritos de 1940/1944 con la posterior Teoría general, pero no en términos de la concepción o idea fundamental, sino en las consecuencias de un orden alternativo.

Todo depende de cómo nos oponemos a la crítica que Krüger hace del “Estado de libertad de opinión” y de cómo protegemos este concepto frente a su abuso y destrozo. Estas preguntas son hoy más urgentes que hace cincuenta años: las redes sociales drásticamente ponen delante de nosotros el fenómeno colectivo del “discurso del odio” y de la extensión de las noticias falsas. Se han de buscar respuestas por todos lados: en los derechos fundamentales, en el derecho de organización, pero no

79 H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen*, cit., pp. 160 y ss. Por lo demás es llamativo que H. KRÜGER en su *Allgemeinen Staatslehre*, 2.ª ed. 1966, pp. 371 y ss., 906, rechace la prohibición de partidos prevista en el artículo 21.2 de la Ley Fundamental, porque contradice tanto la función de los partidos como la de los tribunales.

en los límites a la reforma de la Constitución, sino más bien en la legislación ordinaria y en la jurisprudencia del bien común.

No deja de ser irritante que Rudolf Smend⁸⁰ en su contribución de 1955 todavía señalase las “dificultades” de la teoría del estado alemán para explicar el concepto de lo público “como una particularidad nacional alemana” y que remitiese “a las particularidades de la historia alemana”, aunque con ellos se refiriera al largo camino hasta la República y no a la época del nacionalsocialismo, de la que, sin embargo, cita en modo positivo el trabajo de su discípulo Herber Krüger (*Die geistigen Grundlagen des Staates*, 1940 [Los fundamentos espirituales del Estado])⁸¹, pese a que Smend se distancia de la famosa expresión de Martin Heidegger “lo público lo oscurece todo”⁸². No obstante, en oposición a Krüger, nos queda la clara contribución de Smend exigiendo una teoría constructiva de lo público, camino que tomaría Peter Häberle.

Haberle hace suya la caracterización de lo público de Krüger, pese a que éste la había desmontado sarcásticamente. En este sentido, Haberle se opone a todo escepticismo frente al bien común que surge “bajo el hechizo de teorías decadentes”⁸³ y llena la brecha postulando “una teoría constitucional democrática y una doctrina de la *res publica*”⁸⁴. ¿Hay alguna teoría más lejana del postulado de Krüger, “de la sujeción voluntaria al servicio de una comunidad como ‘la más alta realización terrenal del ser humano’”⁸⁵ que la idea de Häberle sobre “la sociedad abierta de los intérpre-

80 R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit”, *cit.*, p. 462.

81 R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit”, *cit.*, p. 462, n. 13, con referencia a H. KRÜGER, *Die geistigen Grundlagen des Staates*, 1940, p. 147 y ss.; al respecto D. SCHEFOLD, “Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn” (1998), en su libro *Bewahrung der Demokratie*, 2012, p. 175 (188); W. KOHL y M. STOLLEIS, “Im Bauch des Leviathan”, *NJW*, 1988, p. 2849 (2852).

82 R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit”, *cit.*, p. 462 (472) n. 15, con referencia a HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1927, § 27.

83 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 25.

84 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 25; aquí existe un distanciamiento de KRÜGER en tanto que remite a la “crítica de Badura a Krüger”, P. BADURA, “Die Tugend des Bürgers und der Gehorsam des Untertanen”, *JZ*, 1966, p. 123 y ss., en especial p. 127.

85 H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre* (1963), 2.^a ed., p. 987 y ss. Sobre su famosa frase “el ciudadano participa en la decisión estatal a través de la elección del Parlamento, el resto es obediencia silenciosa” (p. 893), véase también H. BAUER y L. HAJASCH, “Vom passiven Untertan über den Wutbürger zum aktiven Citoyen in der Bürgerkommune”, en H. BAUER, C. BÜCHNER y L. HAJASCH (eds.), *Partizipation in der Bürgerkommune*, 2017, pp. 21 y ss.

tes constitucionales” y su tesis de la “democracia como consecuencia organizativa de la dignidad humana”?

La lectura de Herbet Krüger supuso para Häberle una exigencia superlativa para “configurar el interés público como problema jurídico”. El coraje de Häberle fue alabado por Hans Peter Bull en su breve recensión en “Die Zeit” bajo el título “Interés público. Defensa de un concepto bajo sospecha”⁸⁶.

Es aquí donde llegó al punto central de mi intervención: es cierta la idea de Luhmann sobre la cara norte. ¡Häberle supera justo el lugar al que había llegado Krüger, donde aparecían los grandes precipicios, y alcanza la cima logrando esbozar una teoría optimista “*salus publica ex constitutione*”! Häberle es un alpinista profesional en comparación con otros, que no pasan de ser meros paseantes, a menudo entre nubes, y en el peor de los casos, como sonámbulos.

Quien se asoma con Herbert Krüger al abismo de la idealización de una cosmovisión del pueblo, encontrará muchas razones para ver en la Constitución, no solo una norma de procedimiento, sino también un orden de valores que concreta el bien común del Estado constitucional.

Josef Isensee circunvala la cara norte cuando escribe: “la idea del bien común [...] no es ni un tema necesario, ni un tema habitual de las leyes constitucionales, pero es que ni siquiera tiene sentido”⁸⁷. Y frente a ello Häberle afirma que ni el derecho constitucional –ni la Unión Europea– “hubieran existido sin el *topoi* clásico europeo bien común o sus conceptos correlativos o sustitutivos como son tarea, fin o competencia”⁸⁸.

La función legislativa es central en el Estado constitucional porque concreta en reglas el bien común, pero esta circunstancia no debe conducir a negar totalmente el bien común como criterio constitucionalmente material. La legislación es solo uno de los pilares de la teoría de Häberle; su obra muestra la importancia del ejecutivo y el judicial en la concreción del bien común. Por ello se queda corta la tesis de Gunter Dürig⁸⁹, según la cual el ámbito discrecional de la administración se ciñe a través de una vinculación general a la voluntad de la mayoría (en relación con su tesis inédita elaborada en paralelo a la Ley Fundamental

86 H. P. BULL, “Öffentliches Interesse Plädoyer für einen verdächtigen Begriff”, *DIE ZEIT*, 11 de junio de 1971.

87 J. ISENSEE, *HStR IV*, 3.ª ed., § 71 ap. 69.

88 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, cit., p. 777.

89 G. DÜRIG, *Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs öffentliches Interesse*, Tesis doctoral inédita, 1949, pp. 41, 120 y ss. Desde una perspectiva crítica también R. UERPMANN, *Das öffentliche Interesse*, 1999, pp. 8 y ss.

“Die konstante Voraussetzungen des Begriffs ‘öffentliches Interesse’” [Las condiciones constantes del concepto “interés público”). Su tesis debe ser completada con la de Häberle “*salus publica ex processu*”⁹⁰.

Además, una comprensión abierta de la Constitución evita el riesgo de la petrificación de las ideas tradicionales de bien común. Michael Anderheiden, frente a los escépticos de la idea de bien común, ha sostenido que tal posición equivale a ser escéptico frente a la regla de la mayoría. No obstante, apoyándose en la paradoja de Condorcet y el teorema de Arrow, Anderheiden concluye “que el resultado del procedimiento democrático no está en situación de construir sistemáticamente el bien común”⁹¹. En consecuencia exige un concepto de bien común material⁹².

Debemos recordar en este punto el profundo escepticismo de Carl Schmitt en 1923 frente a la idea de que el parlamentarismo pudiese ser la llave que satisficiera las demandas de publicidad: “la publicidad y la discusión se han convertido en una formalidad vacía y hueca en el actual negocio parlamentario, de igual modo que el parlamento, tal y como se desarrolló en el siglo XIX, ha perdido su fundamento y su sentido”⁹³.

Al margen de que estemos de acuerdo o no con las premisas de ese escepticismo, la amplia teoría de Häberle contrapone a cualquier escéptico elementos materiales y procedimentales. Es como el ascenso de una cara escarpada: la llave del éxito reside en estar abierto a rutas alternativas, valorar adecuadamente los riesgos, entre ellos la climatología, y construir toda una variedad de mecanismos de seguridad.

V. EL INTERÉS PÚBLICO COMO DESAFÍO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El objeto principal del texto de habilitación de Peter Häberle fue el interés público en el derecho administrativo, en concreto, su uso como categoría en diversas disposiciones normativas y su concreción por los tribunales administrativos, sin dejar a un lado otras jurisdicciones. Además, de modo separado publicó en noventa

90 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches, cit.*, p. 785.

91 M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, p. 8.

92 M. ANDERHEIDEN, *op. cit.*, p. 5.

93 C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), 8.^a ed., 1996, p. 62.

y cuatro páginas un estado de la cuestión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el bien común⁹⁴.

El reto de Häberle consistió en el trabajo de fondo extenso y detallado que le permitió componer el estado de la cuestión. Esa completa exposición y el optimismo constructivo que reside en la teoría que la sostiene es hoy –como ayer– un desafío para todos aquellos que cuestionan la categoría de bien común.

Hans Heinrich Rupp advirtió que la teoría del estado no debería convertirse “en el vehículo dócil de cualquier asunto” y añadió en paréntesis la pregunta retórica “¿qué es el bien común?”⁹⁵. Peter Häberle, en cambio, consideró que esta pregunta también debería formularse en términos de derecho administrativo e hizo todos los esfuerzos posibles porque no se cayera en una ceguera que la ocultara o apartara, tomándola como una mera cuestión retórica⁹⁶.

La habilitación de Peter Häberle surge en una época de profundo escepticismo frente a la idea de continuidad en el Estado, el Derecho y la Ciencia. Häberle se interesa por una comprensión procedural del derecho y abierta al desarrollo, que encuentra su base en la continuidad. Busca el vínculo con las tradiciones más fructíferas del bien común y configura una serie de desarrollos jurídicos llenos de optimismo con los que favorecer el principio de publicidad entendido como oportunidad.

Häberle también percibió las sombras de la sugestiva fuerza legitimadora del bien común⁹⁷; nombra “los abusos cometidos en nombre de la razón de estado” y formula los diversos riesgos, que no pertenecen al pasado, sino que son muy actuales: “¡también las dictaduras se remiten a la *salus publica*!” . Pero pese a estos riesgos, afirma en su teoría constitucional de la “sociedad abierta” (Popper)⁹⁸: “Puesto que la historia no es la medida de todas las cosas, el interés público es todavía hoy una opción, incluso con las cargas que arrastra”⁹⁹. Se adentra en su trabajo con “estas reservas”¹⁰⁰ y fija el siguiente aviso: “no se puede advertir lo suficiente frente a la ideologización del interés público”¹⁰¹.

94 “Gemeinwohljudikatur und Bundesverfassungsgericht”, *AöR*, núm. 95, 1970, pp. 86-125 y 260-298 (también en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 235 y ss. Con un epílogo en pp. 308-329).

95 H. H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre* (1965), 2.ª ed. 1991, p. 134 (n. 80).

96 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 25.

97 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 20.

98 *Ibidem*, p. 784.

99 *Ibidem*, p. 22.

100 *Ibidem*, p. 29.

101 *Ibidem*, p. 30.

Hoy sabemos que los juristas colaboraron y cooperaron con el nacionalsocialismo mediante la ejecución del derecho escrito o con la determinación racista del ámbito de discrecionalidad y de los conceptos indeterminados (también de derecho privado¹⁰²). En palabras de Michael Stolleis:

“De forma implícita o expresa [...] se recomendó la reinterpretación de estas normas y se celebró esa creatividad [en los tiempos de 1933]. Por el contrario, las nuevas leyes que organizaban la administración nazi debían aplicarse con estricta sujeción a la ley. Los dos procesos fueron en paralelo, si bien en los primeros años tuvo más importancia el salto antipositivista y casi de derecho natural sobre el derecho existente”¹⁰³.

Quien actualice las sombras históricas del positivismo y del antipositivismo, reconocerá que ambas están en una casa de cristal y que es mejor no apedrear con escombros a esta metódica pervertida. Toman el camino fácil aquellos que en virtud de la experiencia histórica consideran que el positivismo o el antipositivismo están liquidados. E igualmente es miope remitir al Estado totalitario como argumento en favor de una división clara entre Estado y Sociedad, que niega la posibilidad de cualquier cruce entre ambas magnitudes. Todo método o teoría ha de ser tratada con escepticismo, y a la vez como un estímulo constructivo por parte del Estado constitucional.

Una mirada retrospectiva nos permite constatar el coraje infinito de Häberle cuando en su escrito de habilitación de 1969 expuso una concepción optimista del bien común, apoyándose en un amplio análisis de la jurisprudencia. En este sentido, solo en un primer acercamiento parecen oponerse los trabajos de habilitación de Häberle y Stolleis, pero quien lea las respectivas recensiones que

102 C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, p. 58: “Hoy, en Alemania, se reconoce de forma muy clara en qué medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. Por todas partes y en todos lados de la vida jurídica emergen cláusulas generales que ponen en cuestión la seguridad, conceptos indeterminados de todo tipo, referencias a parámetros externos al derecho, como las buenas costumbres, la lealtad, la confianza, razonable, irrazonable, razones de peso, y así sucesivamente. Tales términos conllevan una renuncia a los fundamentos del positivismo, esto es, a la existencia de una decisión indisoluble contenida en la ley”. En la misma página 59 afirma: “esta penetración y preeminencia es un riesgo para la seguridad jurídica y el control [...] En tanto que conceptos como ‘confianza y lealtad’, ‘buenas costumbres’, etc., no están relacionados con la sociedad burguesa individualista, sino con los intereses del pueblo como un todo, *de facto* se transforma todo el derecho, sin necesidad de cambiar una sola ‘ley positiva’. Por ello estoy convencido de que estas cláusulas generales nos llevan a un nuevo modo de pensamiento jurídico. No estamos ante una mera corrección del positivismo jurídico más crudo, sino ante un medio específico de una forma de pensar de la ciencia jurídica”.

103 M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3, 1999, p. 363.

se hicieron, mediante las cuales se apreciaron mutuamente, percibe la amplitud de miras de los dos.

Frente al escepticismo de Stolleis derivado del abuso del concepto de bien común, Häberle acierta cuando propone que el concepto sea completado con una apertura que dé pie a la “posibilidad” de una concreción pluralista del bien común en “un ordenamiento libre”¹⁰⁴. En una nota al pie de la recensión a la habilitación de Stolleis “Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht” [Las formas del bien común en el derecho nacionalsocialista], reconoce Häberle: “quien recensiona estas páginas agradece a Stolleis su crítica sobre el optimismo del bien común. Entre el escepticismo de Stolleis y mi optimismo, se encuentra un camino intermedio razonable”¹⁰⁵.

El análisis de Stolleis es sobrio. Pero una teoría racional del bien común que quiere darle contenido sin recurrir a la ideología, solo puede mantenerse aceptando que se trata de una “tesis formalmente vacía”¹⁰⁶, desmitificada¹⁰⁷.

Haberle abordó este reto incluso antes del trabajo de Michael Stolleis:

“lo que sea el interés público del buen orden, que encontramos en el derecho de policía, necesita un consenso democrático. Los tribunales, después de 1945, deben volver a encontrar un concepto de orden público, puesto que ha perdido todos sus contornos en nombre del sentimiento nacional”¹⁰⁸. Y añade: “hemos de tomarnos en serio las advertencias frente al sentimiento nacional y a través de él, la manipulación del espacio público y el bien común”¹⁰⁹.

Häberle muestra con gran riqueza la tradición de una jurisprudencia del bien común. “El poder judicial, gracias a sus sutiles técnicas pretorianas ha reconducido la concreción del interés público a través de una jurisprudencia sobre el bien común”¹¹⁰. Una jurisprudencia de ese tipo produce también efectos racionalizadores y de estabilización. Häberle¹¹¹ hace suya la observación de Stolleis según la cual

104 P. HÄBERLE, “Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (1976)”, *cit.*, p. 557 (560).

105 P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, *cit.*, p. 561, nota 12.

106 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 783.

107 *Ibidem*, p. 784.

108 *Ibidem*, nota 264.

109 *Ibidem*, p. 574.

110 *Ibidem*, p. 7.

111 P. HÄBERLE, “Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (1976)”, *cit.*, p. 557.

“las antiguas normas y sus fórmulas de bien común llevaban consigo una tradición de aplicación de tal intensidad, que era difícil apartarse de ella incluso para un juez nacionalsocialista convencido [...] El engranaje de las fórmulas del bien común radicadas en textos concebidos bajo el Estado de derecho, implican mecanismos de freno, incluso frente a la pretensión nacional socialista de usar la fórmula del bien común como un elemento de ruptura”¹¹².

En los setenta, valoró estas circunstancias como una manifestación positiva del conocimiento científico¹¹³. Hoy tendríamos que añadir que la interpretación de los conceptos indeterminados y del margen de discrecionalidad, ha de ser permeado por la eficacia irradiante de los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación. Además, los tribunales alemanes están en una comunidad de jurisprudencia con los tribunales europeos¹¹⁴. E igualmente importante es subrayar que esta transformación constitucional que se halla tras el derecho contra la discriminación encuentra su razón de ser en los artículos 1.1 y 3.1 de la Ley Fundamental¹¹⁵ y no en un principio jurídico superior que se decanta ideológicamente¹¹⁶.

Peter Häberle ha seguido con verdadera pasión los fenómenos de constitucionalización y europeización. Vinculan jurídicamente la concretización del bien común y elevan las posibilidades de que esa concreción sea exitosa, no solo en la teoría, sino también en la práctica. Su estudio del bien común o el interés público da otra luz a sus esfuerzos por la constitucionalización y europeización del derecho.

En los últimos cincuenta años la jurisprudencia y la legislación sobre el bien común se han complementado recíprocamente hasta entrelazarse con gran densidad. Pensemos, por ejemplo, en la creación del Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo en los años setenta. La reserva de bien común dispuesta en el artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, según la cual pueden revocarse actos administrativos “para protegerse o eliminar perjuicios para el bien común”, “y en este sentido también el parágrafo 143 del Landesverwaltungsordnung

112 M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, p. 298.

113 P. HÄBERLE, “Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (1976)”, *cit.*, p. 557.

114 Sobre “el modelo comunitario como modo legítimo de la creación jurídica”, L. MICHAEL, “Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht”, *VVDStRL*, núm. 75, 2016, pp. 159 y ss.

115 L. MICHAEL, “Die verfassungswandelnde Gewalt”, *RW*, 2014, p. 425 y ss.

116 P. HÄBERLE, “Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (1976)”, *cit.*, pp. 557, 562 y nota 14.

de Thuringer y la jurisprudencia del PrOVC”¹¹⁷. Peter Häberle reclamó el año que entró en vigor la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que la concreción del bien común tomase como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al artículo 12 de la Ley Fundamental”¹¹⁸.

Peter Häberle, con su habitual manera de trabajar, ha mostrado que las cláusulas de bien común aparecen en distintos contextos y funciones, sin que queden restringidas al marco de la intervención estatal. Bastaría con recordar la reciente discusión jurídico-política en relación al derecho de la competencia. En este contexto cabe traer a colación el ejemplo de la autorización ministerial, porque este instrumento fue regulado nuevamente en 1973, esto es, pocos años después de la habilitación de Häberle, y confirmó el creciente significado de las cláusulas de bien común.

De acuerdo con el parágrafo 42.1.1 de la Ley de defensa de la competencia, el ministro de economía “puede revocar la oposición de la autoridad de la competencia a una fusión cuando para ese caso concreto la limitación de la competencia tenga ventajas generales; o justificarla en virtud de un interés general”. En virtud del apartado 5 del artículo 42, la autorización ministerial puede solicitar un dictamen a la Comisión antimonopolio, el ministro podrá apartarse del resultado del dictamen, pero desde la reforma de 2017¹¹⁹ ha de hacerlo con una especial fundamentación.

La autorización ministerial se concibió como excepción cuando en 1973 se reguló el control de fusiones¹²⁰. Hoy la mayoría de la doctrina¹²¹ lo considera un valioso instrumento jurídico político. Pero también existen críticas. Por ejemplo, Rupprecht Podszun ha defendido la supresión de la autorización ministerial: es económico innecesario un derecho de intervención del ministro frente al Organismo federal de control de cárteles, que es una autoridad especializada, que a su vez está en la situación de atender al bien común¹²².

117 Borrador de ley de procedimiento administrativo (EVwVerfG 1963), 2.^a ed. 1968, § 38 EVwVfG 1963, p. 178; la misma literalidad y fundamento en posteriores borradores (Bundestags-Drucksache 7/910, S. 73, § 45).

118 P. HÄBERLE, “Verfassungsprinzipien ‘im’ Verwaltungsverfahrensgesetz”, en W. S. GLAESER, *Verwaltungsverfahren*, FS 50 Jahre Boorberg Verlag, 1977, p. 47.

119 Reforma de la Ley de defensa de la competencia de 1 de junio de 2017 (BGBl. I S. 1416), que entró en vigor el 9 de junio de 2017.

120 F. MATTES, *Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle*, 2004, p. 37 y ss.

121 M. DREHER, “Die Ministererlaubnis muss bleiben!”, *WuW*, 2002, p. 665; J. BASE-DOW, “Die Ministererlaubnis muss bleiben”, *EuZW*, 2002, p. 417; más detalles en M. KONRAD, *Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministererlaubnis*, 2019, p. 20.

122 R. PODSZUN, “Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle für den Ausschuss für Wirtschaft

Hace poco ha aparecido un trabajo titulado “El bien común, la opinión pública y el derecho ministerial a autorizar fusiones”. Se afirma en él que no existe “un método objetivo, jurídicamente seguro y práctico para concretar el concepto de bien común para el caso concreto pese al significado jurídico-constitucional del concepto de bien común” y concluye Maximiliam Konrad en la última frase de su trabajo que “el bien común es inadecuado como supuesto de hecho”¹²³.

El trabajo de Konrad se apoya en una investigación empírica de los resultados de las autorizaciones ministeriales en el campo de la opinión pública y en relación con los dictámenes de la Comisión antimonopolio. Destaca siete procedimientos que tuvieron gran relevancia en los medios (Spiegel, FAZ, Zeit und Welt) ((VEBA/Gelsenberg 1974: Autorización, VEBA/BP 1978/1979: Autorización con condiciones y frente al voto de la Comisión antimonopolio, Burda/Springer 1981/1982: Solicitud rechazada, Daimler/MBB 1989: Autorización con condiciones, E.on/Ruhrgas 2002: Autorización con condiciones y frente al voto de la Comisión antimonopolio, Tagesspiegel/Berliner Verlag 2002/2003: Solicitud rechazada Edeka/Tengelmann 2016: Autorización con condiciones y contra el voto de la Comisión antimonopolio).

De los 22 procedimientos entre 1974-2016, nueve terminaron con una autorización ministerial. En cuatro de ellos el ministro se impuso frente al voto de la Comisión antimonopolio. En todos aquellos en los que la Comisión antimonopolio dio un voto positivo, el ministro se unió. Solo en uno de los siete procedimientos estudiados por Konrad (VEBA/Gelsenber 1974), la autorización ministerial recibió un consenso mayoritario en la opinión pública y además el voto positivo de la Comisión antimonopolio, que encontró en la limitación de la competencia la razón de bien común¹²⁴. En dos casos sucedió lo contrario (Burda/Springer 1981 und Tagesspiegel/Berliner Verlag 2002/2003), de manera que la decisión ministerial fue mayoritariamente criticada en los medios y recibió el voto negativo de la Comisión antimonopolio, por lo que el interesado retiró su solicitud¹²⁵. En cuatro de los procedimientos estudiados por Konrad (VEBA/BP 1978/1979, Daimler/MBB 1989, E.on/Ruhrgas 2002 y Edeka/Tengelmann 2016), las opiniones en los medios fueron

und Energie des Bundestages”, *Ausschussdrucksache 19(9)1092* de 19 de enero de 2017, p. 40, <https://www.bundestag.de/resource/blob/489168/efffe1ad50da2f28f43442b2d8be7c1/podszun-data.pdf>, véase también su trabajo en *NJW*, 2016, p. 617.

123 M. KONRAD, *Das Gemeinwohl, die öffentliche Meinung und die fusionsrechtliche Ministerlaubnis*, 2019, p. 231.

124 M. KONRAD, *op. cit.*, p. 214.

125 M. KONRAD, *op. cit.*, p. 214.

divergentes y en gran medida se dividieron en dos (si bien la frontera no discurrió entre las líneas políticas y de intereses tradicionales). En estos cuatro casos el ministro atendió a las críticas poniendo condiciones a la fusión, que, sin embargo, no se valoraron como una contribución al bien común, sino más bien como un tupido velo. Solo en uno de estos cuatro casos, el ministro pudo apoyarse en el voto positivo de la Comisión antimonopolio (Daimler/MBB 1989).

Esta discutida autorización ministerial se mantiene continuamente bajo el foco de la crítica política, jurídica, científica y de los medios. Entre los opositores a la fusión, provocan gran escepticismo las circunstancias especiales que se suelen alegar, como la incidencia directa en la Federación (sea como accionista de las empresas que se fusionan o mediante el ahorro de subvenciones) o la especial influencia de empresas o sindicatos. Es llamativo cómo tales decisiones marcan la imagen de un ministro, sea positivamente –el gesto de un salvador (Edeka/Tengelmann) o forjador de empresas (Daimler/MBB), sea negativamente, al entenderse que se privilegia a algunas empresas.

Siempre han estado bajo el foco de la crítica jurídico-política la indeterminación del supuesto de hecho previsto en el párrafo 42 de la Ley de Defensa de la competencia, y la atribución al ministro para autorizar excepcionalmente fusiones. Konrad¹²⁶ señala que en la práctica la competencia ministerial se ha ejercido en casos discutidos y contra el consejo de los expertos (sea Organismo federal de control de cárteles, sea la Comisión antimonopolio).

Es llamativo que en el párrafo 42, la autorización del ministro se puede separar de una orden de prohibición del Organismo federal de control de cárteles, que es la autoridad especializada, que a su vez funda sus decisiones en el importante interés colectivo de evitar cárteles. En términos jurídico-materiales hemos de preguntarnos cuál es la naturaleza del bien común extraordinario para una dispensa de ese tipo. Los términos de la ley confirman mediante la exigencia de un “interés superior de la colectividad”, el alto peso del interés colectivo para evitar cárteles, pero por otro lado abre la posibilidad de que pueda ser doblegado en casos particulares.

El legislador, con el instrumento de la autorización ministerial, cancela “la fe en la competencia”, sembrando dudas sobre si la tolerancia de los cárteles se apoya en un interés común. Los críticos del legislador temen que esa tolerancia de los cárteles tenga unas consecuencias negativas superiores a las supuestas ventajas de la autorización ministerial. Quien participa de esta duda, también se inclina a sospechar que

126 *Ibidem*.

existen intereses privados y particulares a los que se les da primacía bajo la etiqueta de una supuesta preferencia de los intereses comunes.

Sin embargo, no se considera que el principio de competencia sea una esfera de libertad preestatal, pues necesita una regulación estatal para su protección. Tampoco la Ley Fundamental lo garantiza, sea en el catálogo de derechos fundamentales o en relación con la posición del Organismo federal de control de cárteles (si bien el origen de la lucha contra los cárteles data de los tiempos de Weimar). Se sostiene que el principio de competencia es premisa de los derechos fundamentales –sin duda, del ejercicio de la libertad contractual. Pero incluso desde esta perspectiva no podría reclamar una primacía absoluta (en todo caso sería fundamento de la intervención sobre la libertad de empresa). Tampoco es evidente que el derecho de la competencia conlleve una concepción que debilite la determinación de la Ley Fundamental en favor de los derechos fundamentales. En cualquier caso, el derecho de la competencia como garantía frente al abuso de la autonomía privada, es un buen ejemplo de la tesis de Peter Häberle de que todos los derechos fundamentales están necesitados de regulación¹²⁷.

La valoración de la regulación de la autorización ministerial requiere tomar en consideración la cláusula del bien común, la posición institucional de los actores y el derecho procedural: el Organismo federal de control de cárteles es una autoridad independiente (sin estatus constitucional). La autorización ministerial no es la corrección de una decisión viciada ni tampoco una nueva decisión bajo las mismas premisas, que pudiese dar lugar a otro resultado (también razonable). De acuerdo con el parágrafo 42 de la Ley de la Competencia es en verdad una dispensa dispuesta en la ley (y en la que ya se ha hecho una primera ponderación) de la prohibición del Organismo federal de control cárteles, en el que para el caso concreto se tienen en cuenta circunstancias excepcionales¹²⁸.

El legislador no atribuye la valoración de esas circunstancias excepcionales para el caso concreto ni al Organismo federal de control de cárteles –en el marco de una

127 P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (1962)*, 3.^a ed., 1983, p. 197 y ss.

128 Existen paralelismos con el derecho de residencia o el derecho de gracia. Lo común en estas tres constelaciones es que el legislador ante la rigidez de algunas intervenciones estatales (pena privativa de libertad, expulsión, prohibición de cartel) retrocede y se pregunta si la finalidad de estas medidas (el fin de la pena, el principio territorial y el principio de defensa de la competencia) en ocasiones necesitan ser corregidos para el caso concreto. En el caso del de parágrafo 42 de la Ley de defensa de la competencia, son “intereses comunes dominantes” los que permiten al legislador relativizar el principio de defensa de la competencia.

cláusula de excepción-, ni lo hace depender de los expertos de la Comisión antimonopolio.

El legislador considera que el ministro federal de economía puede desplazar tanto la decisión del Organismo federal de control de carteles, como el dictamen de la Comisión antimonopolio. Se impone una obligación de motivación que pone toda la presión sobre el ministro –especialmente en atención al control de la opinión pública y los medios.

En una situación como esta, el jurista siempre piensa que ese tipo de motivación debe estar sujeta al control judicial. No en vano, la obligación de motivación es una reacción del legislador ante el desarrollo de la jurisprudencia. La decisión Edeka/Tengelmann del Tribunal Superior de Düsseldorf de 2016 fue valorada en la academia como una profundización de la densidad de control, que pasaba de ser un control del procedimiento¹²⁹ y del respeto de las normas, a ser un control que indagaba sobre si la autorización ministerial había valorado¹³⁰ la adecuación al fin¹³¹. Visto con más atención, el Tribunal Superior, en su reciente decisión, también subraya el margen de apreciación del ministro, “cuyo control es limitado”¹³², pero luego se agarra al vicio procedural previsto en el parágrafo 46 de la Ley del Procedimiento administrativo para enjuiciar si la autorización ministerial ha ponderado adecuadamente los fines. Con la reforma de la Ley de la competencia se limita ese tipo de control y se hace depender de la defensa de derechos propios, de manera que se acaba reduciendo drásticamente el significado práctico de la extensión de la intensidad del control judicial del lado de la legitimación activa¹³³. Esto tampoco es inofensivo a la luz de las exigencias de determinación normativa: sin duda, el parágrafo 42 de la Ley de defensa de la competencia, no es más indeterminado que otras cláusulas generales. Pero una singularidad, del parágrafo 42 en comparación con otras cláusulas generales (también de derecho privado) en comparación con otras normas generales (también del derecho privado) es el escaso número de procedimientos que genera.

Existe también una cuestión de legitimidad. En el sistema parlamentario de la Ley Fundamental, el parágrafo 42 puede leerse positivamente como un modelo que

129 OLG Düsseldorf, 11.07.2002, Az. Kart 25/02, juris – E.on/Ruhrgas.

130 OLG Düsseldorf, 12.07.2016, Az. Kart 3/16, juris, Tz. 85 ff., 98 y ss. – Edeka/Tengelmann.

131 M. KONRAD, *op. cit.*, 2019, p. 29.

132 OLG Düsseldorf, 12.07.2016, Az. Kart 3/16, juris, Tz. 83 – Edeka/Tengelmann.

133 R. PODSZUN y S. KREIFELS, en KERSTING y PODSZUN, *Die 9. GWB Novelle*, 2017, pp. 47 y ss.

señala la optimización de la responsabilidad democrática. Debemos recordar la imagen tradicional de la legitimidad democrática en cadena. Partiendo de esta premisa, una autoridad independiente como el Organismo federal de control de cárteles es una excepción necesitada de justificación jurídica. Desde hace mucho tiempo, las autoridades independientes dan dolores de cabeza a los constitucionalistas. Al margen de si este problema se puede resolver, desechar o simplemente suavizar, e incluso si consideramos, como hace Häberle, que la cadena de legitimidad está sobrevalorada y pueden utilizarse otros modelos de legitimidad democrática, la autorización ministerial no se funda en el clásico elemento de legitimidad jerárquica: en tanto que el ministro no puede dictar instrucciones, al menos en el parágrafo 42 se le reconoce la competencia para desplazar la decisión del Organismo federal de control de cárteles. Y en tanto que es necesario un dictamen de la Comisión antimonopolio, entra en la motivación un elemento técnico.

Pese a sus evidentes problemas, hay buenas razones en la idea del legislador de limitar la juridificación del bien común a la protección de los derechos subjetivos (lo cual tiene poca relevancia práctica). Debe recordarse que la Ley Fundamental garantiza el principio de la protección de los derechos subjetivos y la posibilidad de la queja de amparo, mientras que deja al legislador la estipulación de controles objetivos al gobierno mediante los tribunales.

Incluso no compartiendo las reservas de Carl Schmitt contra la jurisdicción constitucional, quien consideró que no llevaría “a la juridificación de la política, sino a la politización de la justicia”, tendríamos que formularnos con Francois Guizot la impertinente pregunta sobre si el modo en que el Tribunal Superior de Düsseldorf ha fundado su jurisprudencia conduce a un camino en el que “la política no tiene nada que ganar y la justicia tiene todo que perder”¹³⁴. En la academia no existe unanimidad sobre la existencia de un fundamento claro en los inciertos conceptos del parágrafo 42¹³⁵.

Una vez abandonada la búsqueda de legitimidad en la maximización de los controles jurídicos, la conformación del procedimiento deviene especialmente importante –lo que nos lleva a una de las premisas de Peter Häberle en favor de una dogmática político-jurídica. El parágrafo 42 de la Ley de defensa de la competencia es un buen

134 F. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique* (1821), Bruselas, 1846, p. 101. Esta crítica habitual la encontramos con pleno desarrollo en C. SCHMITT, “Der Hüter der Verfassung”, *AöR*, núm. 55, 1929, p. 161, y en especial, p. 173: “La consecuencia (de una expansión de la justicia) sería (...) no la juridificación de la política, sino la politización de la justicia”.

135 M. KONRAD, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

ejemplo de esta dogmática en tanto que reserva al ministro una decisión, si bien obligándole a explicar por qué se separa de los fundamentos expresados por una comisión de expertos. No obstante, Rupprecht Podszun¹³⁶ ha sugerido que el ministerio de economía apruebe un reglamento de procedimiento. Además, ha propuesto que el ministro de economía se separe del dictamen de la Comisión antimonopolio tras un intercambio de posiciones entre el ministro, el presidente de la Comisión y el presidente del Organismo federal de control de cárteles, con el objetivo de alcanzar compromisos.

Nos encontramos así con la siguiente contraposición: aumenta la legitimidad democrática cuando el ministro y no el Organismo federal de control de cárteles o el gremio de expertos de la Comisión antimonopolio, decide establecer una excepción. Se ha de celebrar que desde 2017, la ley exija que la autorización ministerial requiera antes una decisión de la Comisión antimonopolio. Sin duda, el ministro puede apartarse del dictamen de esta Comisión, pero “ha de hacerlo con una fundamentación especial”. Cuando en la academia se reclama¹³⁷ la aprobación de un reglamento de procedimiento, se confirma la tesis de Häberle relativa a “salus publica e processu”¹³⁸, con el que se delimita un espacio para una dogmática jurídico-política.

En definitiva, este ejemplo nos muestra que la tesis de Peter Häberle se conserva intacta, precisamente porque nos reta.

VI. CONCLUSIÓN

Con este trabajo he intentado recuperar las singularidades del escrito de habilitación de Peter Häberle y sus contribuciones posteriores a la teoría del bien común y al desarrollo del interés público; y a su vez he pretendido darle plasticidad al contrastarlo con casos concretos. En cualquier caso, sigue siendo habitual la objeción del riesgo de abuso de las cláusulas generales, como lo es también el éxito de estas cláusulas. La teoría de Häberle cobra su importancia y se confirma al tomarnos en serio esta objeción y la necesidad de reforzar el Estado democrático de derecho. Y adquiere todavía una dimensión superior en virtud de la resonancia y recepción de la obra de Peter Häberle en el extranjero.

136 R. PODSZUN, “Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Bundestages”, *cit.*, pp. 40 y ss.

137 R. PODSZUN, “Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle für den Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Bundestages”, *cit.*, p. 40.

138 P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches*, *cit.*, p. 87 y ss., p. 499 y ss.; del mismo autor, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, núm. 30, 1972, p. 43 (86 y ss.; 125 y ss.); *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed., 1998, p. 450.

Gracias a Peter Häberle, Alemania no es solo el país que generó la mayor perversion de la idea de interés general, sino el país que, pese a todas las dudas, ha producido una teoría constructiva del bien común. Tener en cuenta estos dos elementos, dota de equilibrio a este ensayo.

La detallada exposición del diálogo entablado con la obra de Herbert Krüger y la crítica jurídico-política al instrumento de la autorización ministerial en el ámbito del derecho de la competencia, cumplen cuatro funciones. En primer lugar, quien escribe estas páginas es consciente del evidente riesgo de fracasar cuando se elabora un trabajo de historia de la ciencia si se tiene una especial cercanía temporal y personal con el objeto, esto es, los actores de la historia. Por eso, desde el principio intento escapar del esfuerzo de hacer una exposición completa, para iluminar solo las tesis y aspectos más destacados, aunque lo haga con una cierta dispersión y sin detenerme con detalle en la concreta recepción de la obra de Häberle. En segundo lugar, su contraposición con posiciones opuestas pretende evidenciar la dificultad del camino al que se enfrentó Häberle. En tercer lugar, se ha intentado corroborar la inagotable necesidad de mantener una discusión conceptual constructiva en relación a la concreción del interés público. En cuarto lugar, se ha querido mostrar que las objeciones de distinto orden (por ejemplo, la contribución actualizada de Michael Stolleis) no deben conducir a excluir del ordenamiento conceptos indeterminados como “bien común” o “interés público”. Peter Häberle ha mantenido esta conclusión durante 50 años, o mejor dicho, la ha sentido, la ha sospechado. Y en este contexto sobresalen sus contribuciones destinadas a articular el detalle de estos conceptos en el Estado de derecho democrático.

Peter Häberle ha llevado el título de su trabajo al punto exacto: todavía existen muchas razones para investigar el bien común y el interés público desde un punto de vista histórico jurídico e histórico político: la pregunta clave de la ciencia jurídica es y debe seguir siendo conceptualizar “el interés público como problema jurídico”. Él mismo lo formuló en 1969 (en una recensión): “quien pretenda hacer del interés público una labor cotidiana del empleado público o del juez, debe reconocerle un futuro como objeto de investigación científica”¹³⁹.

Resumen

Este texto recoge la intervención del autor mantenida el Homenaje a Peter Häberle el 13 de mayo de 2019. El trabajo pone en contexto la Habilitación de Peter Häberle (1970) sobre el

139 P. HÄBERLE, “Recensión de Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer”, Band 39, 1968, en *DÖV* 1969, p. 437 (438).

“interés público como problema jurídico”. A partir de ahí repasa las influencias que impulsaron el trabajo y los debates que suscitó, además de analizar su peso hoy tanto en el derecho constitucional como en el derecho administrativo.

Palabras clave

Interés público, derecho constitucional, derecho administrativo, Häberle, Stolleis, Krüger.

Abstract

This text includes the intervention of the author kept at the Homage to Peter Häberle on May 13, 2019. The work puts in context the Habilitation of Peter Häberle (1970) on “public interest as a legal problem”. From there it reviews the influences that drove the work and the debates that it provoked, in addition to analyzing its weight today both in constitutional law and in administrative law.

Keywords

Public interest, constitutional law, administrative law, Häberle, Stolleis, Krüger.

Recibido: 3 de noviembre de 2019

Aceptado: 15 de noviembre de 2019



●

¿EL INTERÉS PÚBLICO COMO SOLUCIÓN JURÍDICA? COMENTARIO AL TEXTO DE LOTHAR MICHAEL*

Public interest as a juridical solution? A commentary to Lothar Michael's text

JUSTUS VASEL

*Asistente de Derecho público en la
Universidad de Hamburgo (Alemania)*

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Sobre lo “imperecedero” y el “riesgo” del “interés público”.
- III. Maestros - en especial Horst Ehmke.
- IV. Bien común y pedagogía - “concordancia práctica pedagógica”.
- V. ¿El interés público como problema jurídico?

I. INTRODUCCIÓN

Lothar Michael, con su “metaperspectiva científica”¹, desde el principio ha dejado claro que Peter Häberle tomó como sinónimos los conceptos de “interés público” y “bien común”²; además, no solo nos ha mostrado el desarrollo de su teoría del bien común, sino que también la ha “contextualizado”, por usar los términos habituales del homenajeado³. Antes de nada, en cuanto al origen del interés de Peter Häberle en torno al bien común, me gustaría dar un paso atrás y encontrar las raíces de una posición tan radical. Hemos de comenzar con una foto temprana de Peter Häberle, que fue dada a conocer en el libro editado por Francisco Balaguer Callejón con ocasión de su ochenta cumpleaños. La fotogra-

* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

1 Véase el trabajo de Lothar Michael en este número.

2 Véase el trabajo de Lothar Michael en este número.

3 Cf. respecto al contexto P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 44 y ss.

fía es del año 1938 y lleva por título “el ladrón de manzanas en los prados de Göppingen”.



A la luz del título, es natural pensar *prima facie* que Häberle todavía carecía de inclinación por el bien común. En aquel entonces estaba vigente, al margen de toda

legitimidad cristiana⁴, el delito de robo de bienes de consumo (§ 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a.F), el llamado hurto famular, que sería eliminado en la reforma del StGB de 1975, y que solo bajo ciertas condiciones encajaba en la idea de bien común, y en cualquier caso quedaba más allá de la obligación social de la propiedad, que ya fue recogida en la Constitución de Weimar. Pero en realidad, la foto del “ladrón de manzanas” engaña. Debe subrayarse el contexto que ofrecen “los prados de Göppingen”. Pues quien conoce bien a Peter Häberle sabe que en esos prados muy pronto le correspondieron tareas a favor del bien común. Desde que era un chaval le tocó ocuparse de las cabras y quizás aquí resida el germen de la construcción de una conciencia del bien común y del interés público, así como sus pasos formativos en estos asuntos. Son evidentes en cualquier caso los paralelismos entre los bienes comunales de la pradera de Göppingen y los *commons* con su famosa “tragedia”⁵. Quizá la temática no se hallaba en la cuna de nuestro homenajeado, pero sí que estaba predeterminada desde su temprana experiencia en los prados de Göppingen.

Como ha señalado acertadamente Lothar Michael, el trabajo sobre el “interés público” es un reto extraordinario. Se ha dicho de nuestro homenajeado que fue “temerario”, que asumió “tesis de vértigo”, que trabajó con “una libertad científica mareante” e incluso se ha dicho que fue un “escalador extremo”⁶.

II. SOBRE LO “IMPEREcedero” Y EL “RIESGO” DEL “INTERÉS PÚBLICO”

Me gustaría subrayar el carácter imperecedero y arriesgado del tema en conexión con el reto que implica. Peter Häberle, siguiendo a Robert Musil, desarrolló pronto su tesis sobre el pensamiento de lo posible y lo necesario⁷. Creo que en su trabajo de habilitación –como en toda su obra– se puede acreditar un pensamiento que busca lo imperecedero. Le son extraños y están ausentes en sus escritos, los

4 Véase “sobre los frutos en el camino”, Deuteronomio 23, 25 y ss.: “Si entras en la viña de tu prójimo, podrás comer todas las uvas que quieras, pero no podrás llevarte nada en tu cesto. Si entras en el trigal de tu prójimo, podrás arrancar espigas con las manos, pero no cortar el trigo con la hoz”.

5 Es llamativo que el economista Mancur Olson, un año más joven que Peter Häberle, al mismo tiempo que él publicase su texto clásico, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 1965, y un poco después se presentaría otro texto que ha devenido clásico, G. HARDING, “The Tragedy of the Commons, Science”, núm. 162, 1968 p. 1243 y ss.

6 Véase el texto de Lothar Michael.

7 P. HÄBERLE, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens”, *AöR*, Vol. 102, núm. 1, 1977, pp. 27-68.

temas efímeros, que se desgastan o están vinculados al presente, que desaparecen o se desvanecen con el tiempo. Todo lo contrario: sus temas –incluido el interés público– tienen algo metacrónico y sublime. La discusión actual muestra la in-temporalidad de su tema de habilitación del homenajeado. Basta con pensar en las tesis que proponen la expropiación para realizar vivienda social o las que defienden la vacunación para impedir las enfermedades infecciosas. En este sentido debe señalarse que la Asociación de profesores de derecho civil celebró en septiembre, aquí mismo en Hamburgo, su reunión anual que tenía por tema “Bien común y derecho privado”.

Pero afrontar temas eternos no es solo un reto, sino también en el fondo un riesgo. Riesgo que no se afronta si no es, naturalmente, sin haber aprendido de los grandes maestros.

III. MAESTROS - EN ESPECIAL HORST EHMKE

Lothar Michael ha mencionado con razón el papel de algunos mentores y “los hombros de los gigantes”. Me parece, sin embargo, que no se ha mencionado a uno de los maestros que en mayor medida definió a Häberle: Horst Ehmke, al que Willy Brandt distinguió como “especialista para todo”. Entre los años 61 y 66, mientras que elaboró la habilitación, Häberle fue asistente de Ehmke, periodo que caracterizó como “años duros de aprendizaje fructífero”⁸. Según el propio Häberle, en aquel tiempo perdió veinte kilos. Sin duda, no se debe menospreciar la contribución de Ehmke, que motivó este escarpado ascenso, “un alumbramiento jurídico”, como el propio homenajeado alguna vez ha llegado a calificar su proyecto de habilitación. Tras el impacto que causó la tesis sobre el contenido esencial⁹, se dice que Ehmke afirmó: “Usted puede hacer teoría, demuéstrenos ahora que también puede con la práctica”.

Pero Häberle le debe a Horst Ehmke algo más. La cultura de la discusión dinámica, libre y sin jerarquía, cultivada en el habitual seminario académico, pero también una cierta frescura e informalidad, aunque no esa “alegre despreocupación” con la que Gustav Stresemann describió una vez a su secretario de estado. Quizá de él ha tomado una comprensión agónica de la ciencia¹⁰: ¡aceptar retos, afrontar riesgos, luchar, dominarlos!

8 P. HÄBERLE (coord.), *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, p. 17.

9 P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3.º ed., 1983.

10 Confrontar en relación a Horst Ehmke, P. HÄBERLE (Hrsg.), *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 13.

Con Ehmke se completan los compañeros de viaje. Me gustaría una vez más bosquejar el ámbito en el que se desarrolló su escalada al importante reto del “interés público”, recordando los estímulos y desencuentros, así como acompañantes en la subida y en la bajada.

Hesse y Ehmke animaron la escalada de Häberle hasta su conquista; como ha señalado Lothar Michael, ellos dos y Rudolf Smend¹¹ le ofrecieron algunos agarres, formando una cordada que daba seguridad en mitad de las rampas más empinadas. Confiaron en que Häberle lograría conquistar la cara norte del Eiger, caracterizado en la literatura como “cara mortal”¹², como lugar del “triunfo y la tragedia”¹³.

En el valle, por el contrario, se encontraban los críticos y sus mensajes desmotivadores: Luhmann, seguramente porque consideraba la escalada carente de sistemática, anunció que el interés público “es un concepto de orientación para la vida cotidiana” y por ello “un objeto inadecuado para un conocimiento científico de la verdad”¹⁴. Este primer veredicto se corresponde con el principio häberliano de comenzar a tratar la cuestión del bien común a partir de la “vida cotidiana” de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y la Constitución como proceso abierto.

Como ya ha sido mostrado por Lothar Michael, a J. Isensee la montaña le parecía monstruosa¹⁵. Claramente para Isensee Erlangen era un reto suficiente y prefirió ocuparse de montañas menos elevadas como el extenso concepto de subsidiariedad¹⁶ o más adelante, sin riesgos de una libertad mareante, con las típicas cuestiones de la Administración¹⁷.

Más tarde, con cercanía conceptual, surgió Michael Stolleis, cuya labor podría ordenarse del siguiente modo: mientras que Häberle propone una subida optimista

11 R. SMEND, “Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955)”, en su libro *Staats-rechtliche Abhandlungen*, 4.^a ed. 2010.

12 K. OESTERLE, *Mordwand und Todeskurve*, 2008.

13 R. RETTNER, *Eiger – Triumphe und Tragödien. 1932-1938*, 2011.

14 N. LUHMANN, “Buchbesprechung von Schubert, Glendon, The Public Interest. A Critique of the Theory of a Political Concept. 1960”, *Der Staat*, 1962, 375 (377).

15 J. ISENSEE, *HSR IV*, 3.^a ed., § 71 marginal 69: “Das Gemeinwohl als Idee ist (...) kein notwendiges und auch kein übliches Regelungsthema des Verfassungsgesetzes, noch nicht einmal ein sinnvolles”. [“el bien común es una idea (...) que no constituye un tema necesario de la ley constitucional, ni siquiera tendría sentido”].

16 J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2.^a ed., 2001.

17 J. ISENSEE, *Die typisierende Verwaltung*, 1976.

al Eiger, que la logra con coraje, fuerza y esfuerzo, Michael Stolleis se muestra pesimista ante el precipicio e intenta asegurar el descenso –el tema “interés público” le ofrece un inmenso vacío y visto el riesgo de caída, piensa irremisiblemente en lo negativo, destructivo y mortal¹⁸.

Luego le suceden otros dos alpinistas de éxito: Robert Uerpman, ahora Uerpman-Witzack, que en aquel tiempo solo conocía la montaña Prenzlauer de Berlín, cercana a su despacho, y Michael Anderheiden, que quiso vencer al interés público en la llanura profunda de Heidelberg. Los dos, llenos de ilusión, lograron abrir nuevas rutas después de Häberle¹⁹.

Más tarde, los cuatro volúmenes de Herfried Yuncer sobre el bien común²⁰, han convertido la cara norte del Eiger, esto es, el interés público, en un lugar turístico-científico, en el que cualquiera corretea, y algunos incluso pierden la orientación e incluso arriesgan a caerse.

Los sucesores de Häberle, al valorar su carácter precursor reconocen su logro pionero; con razón Lothar Michael habla del “lugar particular” que ocupa la habilitación de Häberle en su obra –fruto de la tremenda escalada que supone el examen de la legislación y la jurisprudencia hasta alcanzar la máxima altura teórica. Esto es incuestionable, pero quizás sí se pueda completar: cumple una función particular en tanto que opera como un prototipo, puesto que ya se distinguen elementos que caracterizan el método häberliano, como la técnica de fijar el “estado de la cuestión”, asegurar los fundamentos jurídicos (los víveres para la subida) y el conocimiento del derecho positivo previo a la subida.

A mi juicio la habilitación cumple una función especial por otra razón. En una mirada retrospectiva se tiene la impresión de que mucho de la obra posterior de Häberle cristaliza o está presente en la habilitación. Las referencias no pueden ser más claras: “la Constitución como proceso abierto”²¹ y “la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”²² ya están presentes semánticamente, pero también

18 M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974.

19 R. UERPMANN, *Das öffentliche Interesse, seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, 1999; M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006.

20 H. MÜNKLER/H. BLUHM (coord.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Historische Semantikern Politischer Leitbegriffe*, Vol. I, 2001; *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Perspektiven*, Vol. II, 2002; *Gemeinwohl und Gemein-sinn im Recht. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen*, Vol. III 2002; *Gemeinwohl und Gemeinsinn. Zwischen Normativität und Faktizität*, Vol. IV, 2002.

21 P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, 2.ª ed. ampliada 1996, 3.ª ed., 1998.

22 P. HÄBERLE, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretos”, *JZ* 1975, p. 297-305.

destacan las referencias a la dignidad humana²³, el método cultural²⁴, la verdad como problema del Estado constitucional²⁵ o su especial preocupación en torno a los objetivos educativos²⁶. En conexión con esto me gustaría destacar a continuación otro de los acentos que están unidos indisolublemente al homenajeado.

IV. BIEN COMÚN Y PEDAGOGÍA - “CONCORDANCIA PRÁCTICA PEDAGÓGICA”

Peter Häberle en el curso de su vida ha vivido el bien común desde su educación y como proyecto educativo. Es una parte elemental de su concepción de la “ciencia como forma de vida”²⁷.

El famoso pedagogo Theodor Litt expresó el problema fundamental al comienzo del siglo XX en un texto de igual nombre: dirigir o dejar crecer²⁸. En esta perspectiva, Häberle logra superar la “brillantez de las dicotomías”, de la que ha hablado Lothar Michael. En virtud de su idea del mundo y del ser humano, no opone una a la otra, sino que busca una síntesis. Siguiendo las conclusiones de Litt, se ha de exigir un “paciente y fructífero dejar pasar” y una “dirección responsable”²⁹. La voluntad y obstinación inmanente del alumno, su fuerza creadora, no se enfrentan de manera antagónica con el mundo, sino que –apoyándose en Hesse para dar forma a una pedagogía de concordancia práctica– se relacionan mutuamente “de manera que cada una de ellas gane”³⁰. A ambos aspectos –la dirección y el dejar crecer– “se le deben establecer límites, de manera que ambos alcancen una eficacia óptima”³¹. Es una labor similar a la del jardinero, que a Häberle le ha ayudado a su propio desarrollo, una forma de mayéutica socrática, una mediación entre los dos polos señalados por Litt.

23 P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4.^a ed., 2008.

24 P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed. 1998.

25 P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1998.

26 P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981; *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed. 1998, p. 758 y ss.

27 P. HÄBERLE, *Rechtswissenschaften als Lebensform*, 2003, *JöR* 52, 2004; J. MITTELS-TRASS, *Wissenschaft als Lebensform*, 1982.

28 T. LITT, *Führen oder Wachsenlassen. Eine Erörterung des pädagogischen Grundproblems*, 1927.

29 Ob. Cit., p. 81 y ss.

30 En relación con el derecho constitucional, K. HESSE, *Grundzüge*, 20.^a ed., 1999, parágrafo 72.

31 Ob. cit.

Es manifiesta la pasión y el éxito con el que ha desarrollado la relación maestro-discípulo. Pensemos en las cartas pedagógicas a un joven constitucionalista³² o en el famoso seminario –fundado en Marburgo en 1969 y del que esta reunión es una muestra–, ejemplos de su comprensión de la ciencia como una “contrato entre generaciones”³³.

La relación maestro-discípulo vivida por Häberle en doble dirección ha sido expuesta del modo más hermoso y profundo en el poema de Friedrich Hölderlin:

Quien piensa hondo, ama lo más vivo;
después de haber mirado bien el mundo
comprendemos lo que es la virtud.

[Trad. Federico Gorbea. Hölderlin. Poesía Completa. Edición Bilingüe. Libros Rio Nuevo. Quinta Edición 1995].

V. ¿EL INTERÉS PÚBLICO COMO PROBLEMA JURÍDICO?

Finalmente, déjenme exponer algunas ideas personales (Häberle, en su condición de gran pedagogo, siempre ha exigido a sus discípulos pensamiento propio, incluso si diferían de las suyas): quizá podamos considerar el interés público, no solo como un problema jurídico, sino también como una solución jurídica.

Ciertamente ahí late una finalidad y una reducción que quizá sea extraña y no haga feliz al teórico del espacio público, el pensamiento de lo posible y el pluralismo. En definitiva, de acuerdo con la comprensión de Häberle, el bien común no es una realidad dada sino un producto –*salus publica ex processu*–. Y, sin embargo, el bien común como topoi no solo es punto de partida y contexto, sino también punto de fuga del derecho. Es un punto de referencia y orientación. Una referencia que todavía no ha sido concretada por el legislador.

Necesariamente está *infra* determinado, es, como ha señalado Folke Schuppert, razón y límite de legislador³⁴. Así que puede tener el contenido adecuado para un caso concreto y al mismo tiempo un significado cambiante. Es igual si toma la for-

32 P. HÄBERLE, *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*, 2010.

33 P. HÄBERLE, “Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht”, *AöR* 2006, Vol. 131, núm. 4, p. 621 y ss.

34 G.F. SCHUPPERT, “Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohl-begriff Konturen zu verleihen”, en Schuppert/Friedhelm Neidhardt (ed.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, p. 19-64.

ma de una disposición normativa, un margen de apreciación o competencias para dictar normas de urgencia, siguiendo la clasificación del autor: se trata de precisar sin querer o poder precisar del todo. Obligaciones sin cadenas demasiado apretadas. Por tanto, este “concepto directriz abierto al desarrollo” no es solo un problema jurídico, sino que para el legislador, a menudo es una solución jurídica. Quizá sería fructífera una revisión desde esta perspectiva de las cláusulas de bien común y de la jurisprudencia relativa al bien común. Además del parágrafo 42 de la Ley de defensa de la competencia citado por Lothar Michael, hay otros campos de aplicación que podrían llevarnos a ese proyecto.

Continuando con el lenguaje de los alpinistas, mi propuesta del interés público como solución jurídica, sería un acto de “escalada libre” con alto riesgo de caída. Pero para evitar caer ante vosotros, prefiero reservar esta escalada para otro momento.

Me gustaría cerrar esta intervención de celebración del 85 cumpleaños de nuestro homenajeado y el 50 aniversario de su habilitación con un deseo: siga atreviéndose a retornos, siga avanzando en el futuro con temas imperecederos.

Ad multos annos, Peter Häberle.

Resumen

Este breve ensayo se vincula al trabajo principal de Lothar Michael. Repasa la naturaleza del tema relativo al interés público y se centra en la influencia especial que Horst Ehmke tuvo sobre el autor. A continuación, reflexiona sobre la influencia pedagógica de Peter Häberle. Finalmente se plantea si el interés público, antes que un problema es una solución.

Palabras clave

Interés público, Peter Häberle, Horst Ehmke, pedagogía.

Abstract

This short essay is linked to the previous work of Lothar Michael. It reviews the nature of the topic related to the public interest and focuses on the special influence that Horst Ehmke had on the author. Then the author goes through the pedagogical influence of Peter Häberle. Finally it proposed as an hypothesis the idea of public interests being a solution more than a problem.

Keywords

Public interest, Peter Häberle, Horst Ehmke, pedagogy.

Recibido: 3 de noviembre de 2019

Aceptado: 15 de noviembre de 2019





Artículos





REDES SOCIALES, COMPAÑÍAS TECNOLÓGICAS Y DEMOCRACIA

Social networks, technology companies and democracy

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

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El contexto de la globalización.
- III. Transformación de pautas culturales y cambio de paradigma.
- IV. Constitución, democracia y redes sociales.
- V. Las compañías de internet y redes. Aspectos problemáticos.
- VI. Los procesos comunicativos y la construcción del espacio público.
- VII. Los procesos electorales.
- VIII. Posibles áreas de actuación.

I. INTRODUCCIÓN

Las redes sociales habían despertado grandes expectativas en relación con el impulso de los procesos democráticos frente a regímenes dictatoriales y respecto de las posibilidades de mejorar la calidad democrática de los sistemas constitucionales. Sin embargo, la forma en que se están gestionando por las grandes compañías tecnológicas han puesto en cuestión su funcionamiento desde el punto de vista de su compatibilidad con los derechos constitucionales, su incidencia negativa en los procesos democráticos, especialmente en los procesos electorales, y el respeto de las reglas de la competencia por parte de esas compañías, entre otros ámbitos. En el título de este trabajo ya se incorpora una referencia a las compañías tecnológicas como un factor que hay que situar actualmente en la relación entre las redes sociales y la democracia para comprender la naturaleza de los problemas a los que nos enfrentamos. Las inercias del desarrollo tecnológico, que es en el siglo XXI un instrumento de legitimación muy potente, llevan a veces a pensar, de manera inconsciente, que las redes sociales son poco menos que un fenómeno natural, desconectado del mercado y sin relación con el interés, muchas veces espurio, de las compañías tecnológicas

que las gestionan. Estas compañías están construyendo un nuevo mundo y lo hacen en función de sus expectativas de beneficio económico, sin que parezca importarles la lesión de derechos que esa orientación a la rentabilidad económica está generando y la incidencia negativa que su actividad está teniendo en los procesos democráticos y en los sistemas constitucionales.

Frente a las compañías tecnológicas, los gobiernos de los Estados y especialmente la Administración norteamericana, que es la principal responsable de su control, están reaccionando de manera muy lenta, cuando lo hacen, sin intervención alguna en relación con los problemas constitucionales que están generando o a través de intervenciones mínimas que no sirven para corregir los problemas. De manera aparentemente paradójica, es la Unión Europea junto con algunos Estados europeos, la que están haciendo frente en mayor medida a los desmanes de estas compañías. Una paradoja aparente si tenemos en cuenta que la permisividad de los reguladores norteamericanos puede tener como contrapartida un interés estratégico en la acumulación de datos a nivel mundial por parte de esos reguladores y su utilización por las agencias de seguridad norteamericanas. Algo que ya se ha podido contrastar en relación con el entorno de Cambridge Analytica que, al tiempo que intervenía de manera fraudulenta en procesos electorales en el Reino Unido mantenía también relaciones en ámbitos como la defensa o los servicios de inteligencia y de seguridad¹.

Para entender el alcance de los problemas podemos realizar una comparación con la forma en que se desarrollaban (y se siguen desarrollando en parte) los procesos comunicativos, tanto privados como públicos, antes de la aparición de las redes sociales y de las grandes plataformas de internet. Las comunicaciones privadas estaban y siguen estando sometidas a una protección constitucional: la correspondencia o las conversaciones telefónicas no pueden ser interceptadas si no es con una autorización judicial. Los medios de comunicación son plurales y deben dar una información objetiva, diferenciable de las opiniones diversas que se difunden a través de ellos. La publicidad está sometida a unas reglas y se tiene que ofrecer de manera diferenciada en los medios sin que sea admisible la publicidad subliminal.

Teniendo en cuenta las anteriores condiciones, imaginemos ahora que alguien tiene la posibilidad de conocer nuestra correspondencia, que puede oír

1 Cfr. House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and 'fake news': Final Report*, 18 de febrero de 2019, p. 78: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmccmeds/1791/1791.pdf>.

todo lo que hablamos en cualquier momento y hasta saber qué es lo que estamos leyendo en el periódico cada día, el tiempo que le dedicamos a cada noticia así como el tipo de noticias o de artículos que nos interesan o nos desagradan y la reacción que nos provoca su lectura. Imaginemos también que, con todos esos datos, alguien tiene la capacidad de procesarlos, de definir por medio de algoritmos cuales son nuestros gustos y de ofrecernos justamente aquéllas cosas que más nos apetecería comprar, a través de una publicidad personalizada. Demos un paso más y pensemos que esos datos se utilizan para conocer no sólo nuestras preferencias sino también nuestras fobias y nuestros miedos y que con ellos se elabora un perfil psicológico individualizado que hace posible el envío de propaganda política subliminal orientada a cambiar el sentido de nuestro voto en unas elecciones o a desalentar nuestra participación en el proceso electoral.

Pues bien, esto es exactamente lo que ha pasado en algunos de los últimos procesos electorales que se han celebrado en el mundo, comenzando por el referéndum sobre el Brexit y siguiendo por las elecciones presidenciales en Estados Unidos. En su vertiente más grave, lo que han hecho algunas plataformas que gestionan redes sociales no es intentar convencer abiertamente a votantes de que cambiaran su voto, sino utilizar perfiles psicológicos previamente generados a través de algoritmos para generar un rechazo contra una candidatura concreta. Por ejemplo, si de todos los datos que procesan se determina una fobia particular a los perros, a esa persona se le envían fotos de un candidato o una candidata acariciando perros, para generar instintivamente y de manera inconsciente una sensación de rechazo. Si esa propaganda subliminal se combina con otras operaciones similares, a través de *fake news* y mensajes desalentadores sobre esa candidatura, quizás no se consiga un cambio de voto, pero sí es más posible que se obtenga como resultado la abstención de la persona a la que todos esos mensajes van dirigidos. Cuando eso se hace masivamente y de manera personalizada sobre miles o millones de personas, la desestabilización del proceso electoral es más que probable. En el caso de las elecciones presidenciales norteamericanas está comprobado que se hizo en Estados decisivos sobre conjuntos muy amplios de votantes y que pudieron cambiar el sentido de la elección en esos Estados.

Naturalmente, si realizamos comparaciones históricas siempre podemos decir que en los sistemas dictatoriales del siglo XX, por ejemplo, ha habido ya utilización de medios tecnológicos para difundir propaganda masiva, manipular a la opinión pública, imponer falsas narrativas y hacer creer a la gente

noticias falsificadas. Muchos de estos fenómenos son, con diversas variantes derivadas de la época concreta en que se producen, tan antiguos como la historia de la Humanidad. Lo que resulta novedoso, en la actividad que están realizando algunas compañías que gestionan redes sociales, es que ya no se trata de propaganda masiva enviada con carácter general a un público más o menos amplio o con carácter sectorial a un conjunto de personas concreto de las que se conocen básicamente sus preferencias políticas o eventualmente datos que son públicos. Por el contrario, ahora nos encontramos con propaganda política individualizada enviada a cada persona en función de los perfiles psicológicos que se han elaborado con algoritmos mediante el procesamiento de datos privados, que no deberían ser ni conocidos ni utilizados por esas plataformas. Si a ello le unimos que esa propaganda puede llegar a ser subliminal y cambiar nuestra intención de voto sin que podamos darnos cuenta de la manipulación que estamos experimentando, tendremos ya una idea de la gravedad de lo que puede ocurrir y ha ocurrido en algunos los últimos procesos electorales que se han celebrado en diversos países.

Para comprender la naturaleza y el alcance de los desafíos a los que se enfrenta actualmente el sistema democrático, sería conveniente realizar algunas precisiones:

1. Una parte de los problemas no están vinculados necesariamente con las redes sociales como tales sino con la actividad de las compañías tecnológicas que gestionan las redes y el modelo de negocio en el que se basan. Tratándose de un modelo de negocio que está orientado a conseguir ingresos publicitarios, es fundamental para ellas atraer la atención del público con la finalidad de obtener mayores beneficios². La inestabilidad política, la radicalización del espacio público y la conflictividad permanente generan ingresos muy superiores a los que proporciona un clima de estabilidad y de consenso.

2. Otros problemas tienen que ver con la actividad de agentes globales y nacionales diferentes a las compañías tecnológicas, que utilizan las redes con similares propósitos de promoción de inestabilidad, en función de otros intereses que ya no son necesariamente económicos sino políticos o geoestratégicos. La cuestión que se plantea aquí es que esa actividad favorece los intereses económicos de las compañías que gestionan redes. Por ese motivo los controles que ellas

2 Como indican A. DEB, S. DONOHUE, T. GLAISYER, "Is Social Media a Threat to Democracy?", *The Omidyar Group*, 1 de octubre de 2017, <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>

realizan, cuando lo hacen, son menos eficaces que los que aplican en función de otras limitaciones que consideran más necesarias para su imagen pública, de acuerdo con el ideario que estiman más generalizado entre sus usuarios, por ejemplo.

3. Hay un tercer tipo de problemas que pueden estar vinculados al tipo de soporte comunicativo y al desarrollo tecnológico, que podrían considerarse estructurales, al menos en el actual estado de desarrollo de las plataformas. La capacidad de intervención pública sobre ellos es más reducida. Sin embargo, es fundamental establecer los límites reales, porque estas compañías tienden a utilizar la tecnología como un obstáculo permanente frente a cualquier control, afirmando habitualmente que hay limitaciones técnicas que impiden que esos controles se realicen.

Por otro lado, es importante analizar también el impacto de las redes sociales en un contexto más amplio que el de los procesos electorales (pese a que han sido estos procesos los que han despertado, con razón, la atención del público) ya que están generando nuevos paradigmas, no solamente comunicativos sino también políticos, y una transformación de las pautas culturales en muchos ámbitos. La percepción del tiempo y del espacio está cambiando de manera radical en el siglo XXI, condicionando de manera muy relevante los procesos políticos y constitucionales. Algunos de estos cambios seguramente no son reversibles. La sociedad de hoy está sometida a estímulos que se perciben cada vez más urgentes y volátiles al mismo tiempo. Poco queda ya de la idea de programación para el futuro propia de nuestras constituciones y de nuestros procesos constituyentes³. Los problemas son de hoy (quizás incluso de la mañana de hoy, ni siquiera de la tarde) y la percepción generalizada es que se tienen que resolver inmediatamente. Del mismo modo, la fragmentación y la radicalización del espacio público dificultan la posibilidad de articular consensos constitucionales y democráticos. La falsificación de las noticias forma parte de este escenario. Un escenario en el que los medios de comunicación tradicionales se ven cada

3 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018. Apertura del Congreso “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa”, Nomos, Sala del Cenacolo, Complesso di Vico Valdina, Camera dei Diputati, 11 de mayo de 2018: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf. Existe versión italiana: “Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo”, actualmente en prensa.

vez más debilitados por la tendencia de las grandes plataformas de internet a monopolizar el mercado publicitario⁴.

Delimitar en qué medida la activación de mecanismos constitucionales y democráticos de control puede contribuir a revertir las tendencias más disfuncionales que las compañías tecnológicas de internet y redes están generando es fundamental para hacer frente a estos procesos. No se puede afirmar, en absoluto, que las redes sociales y las plataformas son neutrales y que se limitan a reflejar tendencias sociales. Cuando menos, resulta bastante claro que están potenciando justamente las tendencias más problemáticas para los derechos constitucionales, la estabilidad del sistema democrático y la limpieza de los procesos electorales. Lo están haciendo además, a través de actividades que vulneran directamente los derechos fundamentales y para generar mayores ingresos a través de un modelo de negocio al que le resulta especialmente favorable la inestabilidad política. Son muchos los ámbitos en los que se pueden adoptar medidas de control a nivel estatal y europeo para impedir que el sistema democrático se siga deteriorando. Desde la intervención sobre el propio modelo de negocio de estas plataformas hasta la regulación del mercado publicitario, para impedir que terminen monopolizándolo en detrimento de los medios de comunicación tradicionales. En el ámbito específico de los procesos electorales estas medidas deberían tener un mayor alcance, activando todos los medios que sean necesarios para impedir la manipulación electoral y garantizar que las elecciones sean limpias y plenamente democráticas.

II. EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

1. Aceleración del tiempo y ampliación del espacio público

Hay dos fenómenos que confluyen en la temática que estamos abordando y que son, por un lado, la aceleración del tiempo histórico y, por el otro, la ampliación del espacio público. Lo que está ocurriendo en el siglo XXI, en el contexto de la globalización, es que están cambiado todos los términos del juego político y constitucional, como consecuencia del desarrollo tecnológico⁵. Han surgido nuevos paradigmas,

⁴ Cfr. G. PITRUZZELLA, “La libertà di informazione nell’era di Internet”, en G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI. *Parole e potere: Libertà d’espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea, 2017.

⁵ En palabras de D. ROUSSEAU, “Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c’est la fin d’un monde fabriqué au xixe siècle et relookée au xxe”. D.

especialmente en los procesos comunicativos, que expresan una transformación de pautas culturales de gran alcance. La globalización no sólo ha acelerado el desarrollo tecnológico (hasta el punto de que se calcula que solamente los diez primeros años del Siglo XXI equivalen en avances científicos y tecnológicos a todo el siglo XX) sino que ha cambiado la relación de los seres humanos con las dimensiones de espacio y tiempo previamente conocidas. La progresiva ampliación de los espacios a nivel global ha producido una correlativa aceleración del tiempo. Estamos hablando por tanto, de los parámetros esenciales en los que se han desarrollado movimientos, actividades e instituciones sociales que ahora se encuentra ante un contexto muy diferente del que les vio nacer.

Eso es lo que ocurre con el constitucionalismo. Su relación genética con el espacio y el tiempo es muy diferente de la que se ha generado en el contexto de la globalización. Por lo que se refiere al espacio, el constitucionalismo moderno ha estado vinculado históricamente al Estado. Surge históricamente como un movimiento que intenta limitar y controlar el poder del Estado y se ha ido adaptando a los cambios sociales y políticos siempre dentro de ese nivel del Estado nacional. La proyección del constitucionalismo en el nivel supranacional está generando transformaciones importantes tanto en lo que se refiere al concepto de Constitución cuanto a los propios Estados nacionales y sus sistemas constitucionales internos⁶. Pero, más allá de esas transformaciones, que podrían dar lugar en el futuro a una revitalización del constitucionalismo en la esfera supranacional, lo cierto es que muchas de las funciones que la Constitución podía cumplir en el seno del Estado resultan hoy en gran medida ineficaces frente a los grandes agentes globales⁷. En particular, esta ineficacia resulta evidente frente a los especuladores financieros y a las compañías tecnológicas

ROUSSEAU, “Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 57, 2017, p. 9.

6 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008 y F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización”, en M. CARBONELL, H. FIX-FIERRO, L. R. GONZÁLEZ PÉREZ y D. VALADÉS (Coords.), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2015, tomo IV, vol. 1, pp. 197-211.

7 En palabras de D. ROUSSEAU, “La nouvelle civilisation du numérique signe, en effet, la fin de l’État souverain national, la fin du contrôle de l’État sur l’économie et la société”, D. ROUSSEAU, “Le numérique, cit.”, p. 9.

de comunicación por Internet, que actúan a nivel global y que no encuentran freno alguno en las políticas o las legislaciones estatales.

En cuanto al tiempo, el nuevo ritmo que va marcando el desarrollo tecnológico ha generado una percepción del tiempo que resulta incompatible con algunos de los rasgos históricos del constitucionalismo. Pensemos, por ejemplo, en los procesos constituyentes, con su vocación de establecer normas fundamentales estables con capacidad de integración política y social. La inmediatez en la respuesta a los problemas políticos y sociales, que es una característica específica del espacio público que se está generando a través de las redes sociales, hace difícil pensar en los términos en que se han desarrollado tradicionalmente los procesos constituyentes o de reforma constitucional. Es cada vez más difícil programar en el tiempo en términos de estabilidad, que era una de las funciones específicas de las constituciones. El tiempo de las constituciones, tal y como las hemos conocido hasta ahora, no es coherente con las características del espacio público que se ha configurado desde hace pocos años a través de las redes sociales⁸.

2. Agentes globales y Estado

En el contexto de la globalización, el Estado es cada vez más incapaz de controlar los grandes agentes globales. Esta incapacidad la vemos ahora con las compañías tecnológicas, pero la hemos visto antes en los años de la crisis económica con las políticas económicas que podían resultar contrarias a los principios o a los derechos constitucionales. Igualmente, en ese caso una nueva legitimidad se alzó frente a una Constitución cada vez más marginada en el espacio público, porque no servía como instrumento de control del poder ni permitía garantizar los derechos incorporados al documento constitucional. También en el plano económico hay elementos estructurales derivados del proceso de globalización que generan una tensión constante con el orden constitucional cuya solución no es fácil. Sin embargo, también aquí había posibilidades de plantear políticas económicas igualmente eficaces y más coherentes con el marco constitucional (que no se basaran casi exclusivamente en la reducción progresiva de los gastos sociales, como las que se han impuesto durante la crisis en algunos países europeos) que no fueron posibles por la imposición de una narrativa

8 Por más que las redes sociales ofrezcan también posibilidades de participar en los procesos constituyentes y en los legislativos. *Cfr.* sobre los primeros, E. SALES, “La transformation de l’écriture de la Constitution, l’exemple islandais”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 57, 2017, pp. 45-57 y sobre los segundos, A. VIDAL-NAQUET, “La transformation de l’écriture de la loi: l’exemple de la loi sur la République numérique”, *Ibidem*, pp. 59-68.

basada en la legitimidad económica, que terminó desplazando a la Constitución fuera del espacio público de debate y decisión.

Lo mismo se puede decir en relación con la democracia pluralista. La narrativa economicista que se impuso durante la crisis desvirtuó totalmente la democracia pluralista, al obligar a la ejecución de determinadas políticas públicas, fuera cual fuera el resultado de los procesos electorales. Hasta tal punto que, cuando los gobernantes nacionales no acataron esas políticas, fueron sustituidos por otros a través de una presión económica que obligó a los parlamentos nacionales a cambiar gobiernos en algunos Estados. Se puede hablar, desde esa perspectiva, de una externalización del poder político estatal durante el período de la crisis, que permitió a los especuladores financieros globales, en última instancia, determinar las políticas estatales⁹.

Cuando la crisis económica ha comenzado a superarse, hemos podido ver, a partir del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas (a las que han seguido otros procesos electorales igualmente afectados) algo todavía más grave: la internalización del poder político de las grandes compañías tecnológicas que gestionan redes sociales, que han intervenido en las elecciones, con técnicas absolutamente incompatibles con las reglas democráticas, para favorecer a determinados candidatos. A estas compañías se unen agentes muy poderosos, internos y externos, que actúan en las redes sociales fomentando la radicalización y la fragmentación progresiva del espacio público y la orientación de las tendencias políticas y del voto hacia los extremos del espectro político.

En realidad, ambos fenómenos, la externalización del poder estatal y la internalización del poder de los grandes agentes globales se retroalimentan. Por un lado, la crisis económica ha favorecido la generación de un sustrato social cada vez más radicalizado frente a la globalización y más frustrado ante la incapacidad del Estado y, por tanto, del sistema representativo y democrático interno, para resolver los problemas sociales. Por otro lado, las grandes plataformas que gestionan redes sociales han promovido esa radicalización¹⁰ utilizando todos los medios a su alcance no por una orientación ideológica propia de esas plataformas, sino para incrementar sus ganancias con el actual modelo de ne-

9 *Cfr.* F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *cit.*

10 Como dice I. FASSASSI, “Les réseaux ne font qu’accentuer les tendances lourdes de l’environnement dans lequel ils opèrent”. I. FASSASSI, “Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 57, 2017, p. 86.

gocio en el que desenvuelven su actividad. Como ya hemos indicado, para ese modelo de negocio es vital llamar la atención del público y fomentar la polémica y la inestabilidad, lo que genera un aumento de sus ingresos publicitarios¹¹.

III. TRANSFORMACIÓN DE PAUTAS CULTURALES Y CAMBIO DE PARADIGMA

Algunas de las tendencias que el desarrollo tecnológico ha traído, no van a cambiar previsiblemente en un sentido que resulte más acorde con los requerimientos del constitucionalismo, porque expresan una transformación de pautas culturales que actualmente parece imparable. En ellas la tensión entre constitucionalismo y desarrollo tecnológico es estructural y tiene difícil solución. En relación con otras tendencias, sin embargo, es posible y deseable una regulación que, partiendo de los principios y valores constitucionales, garantice los derechos fundamentales y la limpieza de los procesos electorales, amenazados ambos actualmente por las compañías tecnológicas. Sin embargo, es aquí donde la nueva legitimación tecnológica se enfrenta de manera radical con el constitucionalismo, por cuanto apela de manera permanente a razones técnicas para impedir cualquier regulación de las actividades de estas plataformas. En la narrativa que estas compañías están consiguiendo imponer, la Constitución y los derechos son un obstáculo para el progreso que ellas ofrecen.

En todo caso, es perceptible un cambio de pautas culturales con el desarrollo de Internet y las redes sociales que tiene una dimensión histórica. La dependencia creciente de la tecnología, las transformaciones de los modelos comunicativos interpersonales y sociales, la fragmentación del espacio público, el efecto burbuja, la radicalización de los debates, la dificultad para establecer consensos, están entre los muchos ámbitos en los que esos cambios son perceptibles. En el plano comunicativo y político podemos ver una progresiva orientación del parlamento a actitudes y prácticas que tienden a convertirlo en un escenario que después se proyecta sobre las redes sociales. Igualmente ocurre con los partidos políticos y su creciente dependencia de las agendas que marcan las redes sociales para las temáticas a debatir y para las estrategias a seguir. Los límites de esta evolución no están claramente definidos y la posibilidad de revertir algunas de estas tendencias tampoco es perceptible actualmente.

11 *Cfr.* A. DEB, S. DONOHUE, T. GLAISYER, “Is Social Media a Threat to Democracy?”, *cit.*

IV. CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y REDES SOCIALES

1. Constitución y redes sociales

En el plano específicamente constitucional podemos apreciar una transformación de las condiciones estructurales de desarrollo del constitucionalismo y de la propia noción de Constitución ante la nueva configuración del espacio y del tiempo políticos. En lo que al tiempo se refiere, cabe hablar de una dificultad para desarrollar procesos constituyentes o de reforma que tiene que ver con la desaparición del consenso como fórmula de solución de conflictos, con la imposibilidad de realizar una programación a largo plazo propia de las constituciones, con la desatención a los derechos constitucionales en el debate público, con la debilidad de los medios de comunicación tradicionales, etc.

Por lo que se refiere específicamente al espacio público nacional, que era el ámbito en el que el constitucionalismo se había desarrollado hasta ahora, los cambios que el desarrollo tecnológico está introduciendo, especialmente a través de Internet y de las redes sociales, son muy relevantes¹². La fragmentación progresiva del espacio público que se está generando o, cuando menos, potenciando por las compañías tecnológicas que gestionan redes sociales, dificulta la posibilidad de conseguir consensos sociales amplios destinados a ordenar de manera global el conjunto de la sociedad por medio de instrumentos constitucionales. La afectación de los derechos a través de las redes es otra de las vertientes en las que el desarrollo tecnológico tensiona el armazón constitucional nacional¹³. Pero la más relevante se manifiesta actualmente en la propia calidad democrática del Estado debido a la actividad de manipulación electoral que han desarrollado algunas compañías tecnológicas que gestionan redes sociales en procesos electorales recientes¹⁴.

12 Ciertamente, no es posible valorar esos cambios solamente desde una perspectiva negativa pues, como indican J. BONNET y P. TÜRK, “Les technologies numériques n'étant qu'un outil, c'est la façon dont elles vont être utilisées, développées et encadrées qui déterminera, dans l'avenir, leurs effets bénéfiques ou délétères, à moyen et long terme, sur la démocratie”. J. BONNET y P. TÜRK, “Le numérique: un défi pour le droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 57, 2017, p. 18. Para valorar esos efectos, habría que diferenciar también, como hace C. RICHAUD, entre la práctica colectiva y la individual en las redes sociales. *Cfr.* C. RICHAUD, “Les réseaux sociaux: nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique?”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 57, 2017, pp. 29-44.

13 Como indica D. ROUSSEAU, “Le discours anti-droits de l'homme est devenu le discours dominant”, *Libération*, 6 de diciembre 2018, <https://www.liberation.fr/auteur/8617-dominique-rousseau>.

14 *Cfr.* M. SCOTT, “Cambridge Analytica helped ‘cheat’ Brexit vote and US election”, *Politico*,

2. Procesos democráticos y redes sociales

El modelo de negocio con el que se han construido las redes sociales por las compañías que las gestionan y su dependencia de la publicidad ha generado una necesidad permanente de atraer la atención del público, de fomentar el uso de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet. En su traslación al plano de la comunicación política, esa atención permanente se consigue en el plano político generando debate, radicalización e inestabilidad política.

Por otro lado, ese modelo, que se construyó para la venta publicitaria, mediante la utilización masiva de datos personales y la configuración de perfiles a través de algoritmos, se comenzó a utilizar posteriormente en la propaganda política. Su aplicación a la propaganda política ha generado nuevas lesiones de derechos, al utilizar esos perfiles psicológicos para elaborar y difundir propaganda subliminal particularizada. Esta propaganda subliminal se inserta dentro de un contexto de radicalización, fragmentación del espacio público, generación de efecto burbuja, desinformación y falsificación de noticias, que contribuyen a potenciar su eficacia.

Las compañías de Internet han favorecido hasta ahora las opciones más radicales y populistas en los procesos electorales por diferentes motivos. Entre ellos cabría destacar, en primer lugar, que la generación de inestabilidad favorece la obtención de mayores ingresos con su actual modelo de negocio. En segundo lugar, que el deterioro y el potencial bloqueo de la política dificulta el control que los poderes públicos debían de realizar sobre estas compañías de internet y redes. Desde esa perspectiva las compañías tecnológicas ganan siempre con la radicalización y la inestabilidad política, tanto desde el punto de vista económico como desde la perspectiva de la ampliación de su poder ante la ausencia de límites y de controles generada por la desestabilización política que ellas mismas generan.

V. LAS COMPAÑÍAS DE INTERNET Y REDES. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

1. Incidencia sobre los derechos fundamentales

Afortunadamente está cada vez más claro que las redes sociales no son gestionadas por meras plataformas estáticas que actúan como intermediarios

29 de marzo de 2018: <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>. Cfr., igualmente, N. FERGUSON, “Social networks are creating a global crisis of democracy”, 2018, en: <https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/>.

sin tener ningún tipo de responsabilidad. Por el contrario, se trata de compañías que gestionan redes sociales y no meras plataformas, a las que se les debe atribuir la responsabilidad por las malas prácticas que se desarrollan en ellas cuando no hacen nada para evitarlas, o incluso las favorecen. Controlar las compañías que gestionan las redes sociales y su modelo de negocio es fundamental para revertir la involución democrática y civilizatoria que estamos viviendo actualmente.

Un ámbito especialmente sensible a la actuación de estas compañías es el de la afectación de derechos fundamentales tales como el derecho a la privacidad o la protección de los datos personales. La vulneración masiva del derecho a la protección de los datos personales por algunas de estas compañías tecnológicas ha sido una constante y la incapacidad de los gestores públicos para proteger a la ciudadanía también. El problema es que de esa lesión masiva se derivan otras muchas como consecuencia de la utilización de los datos obtenidos para fines muy diversos a través de los algoritmos que utilizan estas compañías y que inciden en un espectro muy amplio de derechos fundamentales. Un aspecto especialmente problemático es la vulneración de derechos políticos como consecuencia de la interferencia de las compañías que gestionan redes sociales en los procesos electorales.

2. Tendencia al monopolio y afectación de la competencia

Uno de los problemas más graves que están planteando las compañías tecnológicas es la posición de monopolio que están ocupando en algunas de las actividades que desarrollan¹⁵. Esta posición se ha alcanzado sin que haya habido ninguna reacción significativa de los organismos reguladores. Como se indica en el informe *Unlocking digital competition*: “Over the last 10 years the 5 largest firms have made over 400 acquisitions globally. None has been blocked and very few have had conditions attached to approval, in the UK or elsewhere, or even been scrutinised by competition authorities”¹⁶.

15 Cfr. T. E. FROSINI, “Internet e democrazia”, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Anno XXXII, 2017, Fasc. 4-5, pp. 657-671.

16 J. FURMAN y otros, *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, marzo de 2019, p. 12. “The largest digital companies have made extensive use of mergers, as their market shares have grown. Acquisitions have included buying businesses that could have become competitors to the acquiring company (for example Facebook's acquisition of Instagram), businesses that have given a platform a strong position in a related market (for exam-

El ejemplo de Facebook es revelador. De acuerdo con lo que se indica en *Disinformation and “fake news”: Final Report*, esta compañía concentró de manera ilícita una gran cantidad de datos personales que después vendió o cedió a otras aplicaciones (a cambio de los datos que le aportaban las otras compañías). Todos los datos, los recopilados por esa compañía y los de las otras, se centralizaron por Facebook. Una vez centralizados, Facebook, a través de una aplicación diseñada inicialmente para proteger los datos de usuarios en internet, que había comprado previamente, realizó un seguimiento de la evolución de esas aplicaciones. Aquellas que tenían un potencial de crecimiento importante y le podían hacer competencia en el futuro tuvieron ofertas de compra de Facebook. Las compañías que no aceptaron las ofertas de compra o aquellas a las que Facebook les atribuía una posibilidad de concurrencia futura pero no tenía interés en comprarlas, fueron desactivadas por Facebook retirándole el acceso a los datos personales que constituía la base de su negocio y provocando su ruina¹⁷.

3. La presión sobre los medios de comunicación tradicionales

El modelo de negocio de las compañías que gestionan redes sociales está generando una transformación importante del mercado publicitario con una tendencia al monopolio, ocupando un porcentaje cada vez mayor de ese mercado. Como indica *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, los medios de comunicación están reduciendo de manera significativa sus dos fuentes tradicionales de ingresos: la circulación y la publicidad¹⁸. La información está siendo distribuida cada vez en mayor medida a través de las redes so-

ple Google's acquisition of DoubleClick, the advertising technology business), and data-driven businesses in related markets which may cement the acquirer's strong position in both markets (Google/YouTube, Facebook/WhatsApp)", *Ibidem*, p. 11. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

17 House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and “fake news”: Final Report*, cit., pp. 26 y ss.

18 *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, 12 de febrero de 2019: "The news publishing business is undergoing an extraordinary period of contraction in both of its main traditional sources of revenue: advertising and circulation", p. 5. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/779882/021919_DCMS_Cairncross_Review_.pdf.

ciales¹⁹ y se evidencia un retroceso permanente de los medios de comunicación tradicionales²⁰.

La creciente debilidad de los medios de comunicación está provocando la desaparición de medios y el debilitamiento de su función pública de formación de opinión a partir de una información objetiva y veraz²¹. Al mismo tiempo, los medios están experimentando también una dependencia creciente de los debates y la agenda política que se configuran en las redes sociales. Pero mientras los medios de comunicación tradicionales son abiertos y transparentes, en las redes sociales intervienen grupos y agentes anónimos que condicionan los debates y alimentan los que pueden generar más conflicto e inestabilidad.

El cambio de pautas culturales en el ámbito de la información favorece también la fragmentación y la radicalización. La información en las redes se muestra desagregada y condicionada por los algoritmos, de manera que no hay una visión amplia de todos los temas de actualidad como en los medios de comunicación tradicionales, sino que se accede a la información de manera fragmentaria y selectiva²².

19 “In 2018, the Reuters Institute for the Study of Journalism reported that 74% of UK adults used some online method each week to find news, and 91% of 18-24 year olds. Most online news is available for free and much of it is carried by aggregators such as Google News or Apple News, posted on Facebook’s news feed, or sent from one person to another at the tap of a finger”, *Ibidem*, p. 6.

20 “Sales of both national and local printed papers have plunged: they fell by roughly half between 2007 and 2017, and are still dropping. In addition, print advertising revenues, which used to carry much of the cost of producing news, have fallen even faster, declining in a decade by 69%. Small wonder so many news groups are struggling, including digital-only groups like HuffPost and Buzzfeed, as well as many local newspaper publishers. To cut costs, there have been mergers, as well as heavy cuts in staffing: the number of full-time frontline journalists in the UK industry has dropped from an estimated 23,000 in 2007, to 17,000 today, and the numbers are still swiftly declining”, *Ibidem*, p. 6.

21 Como indica A. PAPA, se atiende más al dato aislado y no a su inserción en un proceso complejo de formación de conciencia, en el que el dato debe ser contextualizado para convertirse en información y junto con otras informaciones con las que se confronta, generar conciencia. *Cfr.* A. PAPA, “Il diritto ad essere informati nella tutela multilivello della libertà di espressione”, en prensa.

22 “Social feeds and search results show snippets and single articles. This creates a more disaggregated news experience than traditional news media”. Eso supone que los usuarios no acceden más que a una parte de la información: “Online content is effectively ‘unbundled’. The different sections of a print newspaper are brought together into one product. Online, readers can select only the articles they wish to view, without necessarily being exposed to other content. So, they may be less likely to read public interest news”. *The Cairncross Review, cit.*, p. 7.

VI. LOS PROCESOS COMUNICATIVOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

1. El sustrato previo, globalización y crisis económica

Las compañías de redes sociales actúan sobre un sustrato previo de descontento social generado por la globalización y la crisis económica. Ese descontento se corresponde con una creciente sensación de precariedad en amplias capas de la población y el aumento de la desigualdad entre los sectores minoritarios que acumulan cada vez más riqueza y el resto de la sociedad.

Hasta ahora, esas compañías han contribuido a potenciar el descontento en lugar de canalizarlo para ofrecer soluciones, que es una de las funciones esenciales de los sistemas constitucionales y democráticos. Los problemas sociales que se han generado debido a la globalización y que se han incrementado como consecuencia de la crisis no tienen fácil solución, pero deben ser abordados mediante el diálogo y la negociación a través de procesos democráticos en el seno de los Estados nacionales y en las estructuras supranacionales.

Se puede decir, por tanto, que las compañías que gestionan redes sociales están dificultando funciones esenciales del ordenamiento constitucional y de los procesos democráticos. No sólo no contribuyen a que esas funciones se realicen sino que las dificultan al incrementar la radicalización y potenciar los conflictos en lugar de ofrecer cauces de solución pacífica y democrática a esos conflictos.

2. La fragmentación y radicalización del espacio público

La fragmentación del espacio público es uno de los efectos más disfuncionales que se están generando a través de las redes sociales con su actual modelo de negocio. Afecta al núcleo mismo de la democracia pluralista ya que dificulta el reconocimiento de los otros, el respeto a la diversidad, la posibilidad de articular debates productivos y la capacidad de ofrecer soluciones globales para el conjunto de la sociedad.

La radicalización se ve favorecida por la fragmentación del espacio público y el efecto burbuja²³. La retroalimentación permanente de las propias ideas genera fundamentalismo. La radicalización impide el debate, convierte al adversario político en enemigo y transforma la política en una lucha por imponer las propias ideas que es incompatible con el concepto de democracia constitucional propio de las consti-

23 E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

tuciones normativas, para las que no existe democracia sin Estado de Derecho y sin respeto a los derechos de las minorías.

La transformación de la democracia en la simple voluntad de la mayoría parlamentaria o social supone una involución histórica que nos devuelve al período de entreguerras, en el que esa concepción de la democracia estuvo en la base de la implantación de régimen fascistas.

VII. LOS PROCESOS ELECTORALES

1. Noticias falsificadas y desinformación

La desinformación generada a través de noticias falsificadas no es algo nuevo en la historia. Lo que sí es nuevo es la capacidad que tienen las redes sociales para convertir esas noticias falsificadas en tendencias mayoritarias en contextos democráticos, ocupando una parte fundamental del espacio público²⁴.

También es novedoso el hecho de que esas noticias se transmitan en un ámbito de privacidad e incluso de intimidad (por ejemplo, a través de WhatsApp) lo que potencia extraordinariamente su eficacia porque elimina la distancia frente al emisor del mensaje.

Las noticias falsificadas están destruyendo el espacio público y alterando las condiciones estructurales de los procesos democráticos. Favorecen el desarrollo de la fragmentación y radicalización y el acceso al poder de movimientos populistas poco respetuosos con las reglas democráticas.

2. Intervención de agentes externos y de grupos organizados

La intervención de agentes externos y de grupos organizados en el debate público y específicamente en los procesos electorales, es una manifestación más del interés interno y externo por generar inestabilidad y bloquear el sistema democrático.

Desafortunadamente, ese interés es confluyente con el de las compañías que gestionan redes sociales. Por ese motivo, además de por el beneficio económico directo que le han proporcionado estos grupos internos y externos (mediante la contratación de propaganda política) estas compañías han favorecido inicialmente esa intervención.

Con posterioridad a los grandes escándalos que se han generado a partir del referéndum sobre el Brexit y las elecciones presidenciales en Estados Unidos, estas

24 Cfr. G. PITRUZZELLA, *op. cit.*

compañías han actuado con eficacia relativa y diversa para controlar la intervención externa pero, en todo caso, de manera insuficiente.

3. Perfiles individuales y propaganda subliminal

La creación de perfiles individuales mediante la utilización masiva de datos personales y su utilización específica para distribución personalizada de propaganda subliminal es la actuación más grave que se le puede atribuir a las compañías que gestionan redes sociales desde la perspectiva de su incidencia en los procesos democráticos.

Esa actividad presenta rasgos claros de criminalidad por cuanto supone una infracción de las normas que regulan los procesos electorales, susceptible de alterar el resultado de las elecciones.

Estas prácticas pueden suponer la destrucción de los procesos democráticos. Frente a ellas la ciudadanía está absolutamente inerme porque nadie es consciente de que su voluntad de votar a una opción política puede ser manipulada y alterada a través de propaganda subliminal.

VIII. POSIBLES ÁREAS DE ACTUACIÓN

Para hacer frente a los problemas que las compañías que gestionan redes sociales están generando en los procesos democráticos no son suficientes medidas que afecten únicamente a los procesos electorales, por ejemplo. Es necesario partir de una visión de conjunto de todos estos problemas, lo que implica plantearse también la cuestión del modelo de negocio que tienen estas compañías. Ese modelo de negocio es actualmente incompatible con lo que prometían ser las redes sociales: un espacio de participación ciudadana, de promoción de causas justas y de profundización democrática.

Unas compañías que se han construido sobre un modelo de negocio basado en atraer la atención del público para generar más ingresos publicitarios y que tienen tendencia al monopolio o al oligopolio, difícilmente podrán aportar instrumentos de participación democrática. No se puede ofrecer lo que no se tiene. Compañías que no son democráticas ni por su estructura ni por la finalidad de sus actividades, no pueden configurar mecanismos reales de democratización.

Las medidas que se proponen seguidamente son básicamente externas, pero también es posible pensar en una regulación de las propias redes sociales que haga posible el cambio de algunas de las pautas que se están implantando y que están resultando perjudiciales para la configuración del espacio público y de los procesos

comunicativos. Sería el caso, por ejemplo, de la implantación de procedimientos que retarden las respuestas ahora inmediatas que, por su propia naturaleza, tienden a tensionar y radicalizar los procesos comunicativos.

1. Derechos fundamentales

Las medidas que deberían adoptarse en este ámbito son de amplio espectro: desde la educación de la ciudadanía en el ámbito digital para que puedan controlar las lesiones a sus derechos, hasta sanciones de todo tipo contra las vulneraciones más graves que puedan producirse.

En particular, la educación digital debe contemplar desde los procesos técnicos que favorezcan la comprensión de cómo funcionan las redes e Internet hasta los mecanismos jurídicos de regulación y, en particular, los derechos que le corresponden a los usuarios así como el conjunto de derechos susceptible de ser vulnerado y las medidas que el ordenamiento jurídico ofrece para garantizarlos.

La protección de los datos personales debe extenderse a los modelos que se utilizan para su tratamiento. La elaboración de perfiles debe someterse a las limitaciones establecidas en la normativa europea. La elaboración de perfiles psicológicos debe ser objeto de atención especial para evitar que sea un instrumento de manipulación de las conciencias que incida negativamente en los procesos democráticos.

2. Competencia, publicidad y medios de comunicación

El control de la competencia para evitar que las compañías de internet consoliden posiciones de monopolio es fundamental. Las malas prácticas seguidas hasta ahora no deben permitirse en el futuro. Por el contrario, sería conveniente seguir las propuestas que ya se han hecho por algunos responsables políticos (como la Senadora Elizabeth Warren en Estados Unidos) en el sentido de romper los actuales monopolios, como ya se hizo previamente en ese país con otras compañías en épocas anteriores, para preservar la libre competencia.

La regulación del mercado publicitario sería también necesaria para evitar que estas compañías tecnológicas sigan aumentando su cuota de participación en ese mercado, debilitando cada vez más a los medios de comunicación tradicionales.

De acuerdo con las recomendaciones del informe *Unlocking digital competition*, los organismos reguladores deberían cambiar sus métodos de trabajo para afrontar adecuadamente las condiciones del mercado digital, de manera que no se limiten a controlar los efectos a corto plazo de las posibles fusiones y compras de compañías

sino que analicen también su previsible evolución posterior para evitar que se consoliden monopolios²⁵.

3. Procesos electorales

Es necesaria una nueva normativa electoral que tenga en cuenta el contexto tecnológico, tanto por lo que se refiere a la propaganda electoral cuanto a los demás aspectos que pueden provocar una alteración del normal desarrollo de estos procesos. En particular, la propaganda subliminal debe ser prohibida y penalizada con todos los medios al alcance del Estado de Derecho.

Tenemos un caso reciente en España que nos sirve como ejemplo de la importancia de que los órganos jurisdiccionales tomen conciencia de la entidad de los problemas y de la necesidad de darle una respuesta rápida y efectiva. En concreto, la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en su Disposición Adicional Tercera modificaba la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, incorporando un artículo 58 bis en el que se permitía a los partidos políticos recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas en el marco de sus actividades electorales “con las garantías adecuadas”. Los partidos podrían utilizar datos personales obtenidos en páginas Web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el período electoral. Esta reforma ha sido declarada inconstitucional tan solo unos meses después, mediante la STC 76/2019 de 22 de mayo. La sentencia basa la declaración de inconstitucionalidad y nulidad “en que la Ley Orgánica 3/2018 no ha fijado por sí misma, como le impone el art. 53.1 CE, las garantías adecuadas por lo que respecta específicamente a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales. Ello constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear”.

25 “Decisions on whether to approve mergers, by the CMA and other authorities, have often focused on short-term impacts. In dynamic digital markets, long-run effects are key to whether a merger will harm competition and consumers. Could the company that is being bought grow into a competitor to the platform? Is the source of its value an innovation that, under alternative ownership, could make the market less concentrated? Is it being bought for access to consumer data that will make the platform harder to challenge? In principle, all of these questions can inform merger decisions within the current, mainstream framework for competition, centred on consumer welfare”, *Unlocking digital competition cit.*, p. 12.

4. Medidas fiscales

Las medidas fiscales son una vertiente fundamental de la actuación contra las malas prácticas de las compañías que gestionan redes sociales. Al estar orientadas estas compañías a la rentabilidad económica, las medidas fiscales pueden ser un elemento compensatorio que haga posible la utilización de los fondos obtenidos para establecer instituciones y mecanismos de control así como de educación digital de la ciudadanía.

Esas medidas fiscales también pueden ser el mecanismo que permita controlar los efectos disfuncionales de la actividad de estas plataformas sobre los medios de comunicación tradicionales, si van acompañadas de beneficios fiscales que hagan posible la permanencia y estabilidad de estos medios.

5. Sanciones

Las sanciones económicas son muy importantes para luchar contra las malas prácticas de las compañías tecnológicas, precisamente porque afectan a su rentabilidad, que es la base de su actual modelo de negocio. Es recomendable que estas sanciones se correspondan con la entidad de los daños provocados, pudiendo alcanzar porcentajes de su volumen de negocio total anual global (como se ha previsto ya por legislaciones sectoriales como la europea relativa a la protección de datos).

Las sanciones penales son siempre el último recurso, pero serían necesarias para malas prácticas que se produzcan en relación con los procesos electorales, como es el caso de la propaganda subliminal particularizada en función de perfiles psicológicos previamente elaborados a través de algoritmos. Este tipo de intervenciones en los procesos electorales no son una cuestión menor y requieren una respuesta muy firme del ordenamiento jurídico para evitar una desnaturalización completa de los procesos democráticos.

Resumen

En la relación entre redes sociales y democracia es necesario considerar un mediador fundamental como son las empresas tecnológicas que gestionan las redes. Ese mediador ha estado oculto durante mucho tiempo, hasta el punto de que ha sido habitual pensar en las redes sociales como un instrumento de comunicación política sin mediadores (a diferencia de los medios de comunicación tradicionales) lo que, evidentemente no es cierto. Las redes sociales no son un fenómeno natural que haya aparecido en los procesos sociales y políticos de manera espontánea. Son el resultado de opciones empresariales que han configurado un modelo de negocio que está basado en atraer la atención del público para optimizar los rendimientos publicitarios mediante la utilización continua de las redes. Este modelo de negocio está

provocando problemas importantes en los procesos de comunicación política porque fomenta la fragmentación del espacio público y su radicalización con la finalidad de incrementar el uso de las redes y obtener así más beneficios. A esa finalidad económica se une la política de generar inestabilidad para debilitar a las instituciones democráticas y dificultar así el control que deberían realizar esas instituciones sobre las propias compañías tecnológicas.

Son muchos los ámbitos en los que las redes sociales están generando disfunciones desde el punto de vista constitucional y democrático. Desde los derechos fundamentales a los procesos electorales, pasando por la configuración misma del orden constitucional, en un contexto en el que las condiciones del espacio y el tiempo se han transformado como consecuencia de la globalización y del desarrollo tecnológico. Nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas se están generando y su incidencia sobre el constitucionalismo es muy amplia. Algunos de los cambios que han traído las redes sociales pueden ser estructurales y se mantendrán previsiblemente en el futuro. Otros, sin embargo, pueden considerarse directamente vinculados a los intereses de las compañías tecnológicas y deberían ser objeto de revisión para evitar que conduzcan a una involución democrática. La intervención de los poderes públicos, estatales y supranacionales es cada vez más necesaria para controlar a estas compañías.

Las medidas que se pueden tomar son muy diversas. Desde reforzar la protección de los derechos fundamentales hasta promover la educación digital de la ciudadanía, pasando por actuaciones destinadas a evitar que las compañías tecnológicas consoliden posiciones de monopolio, así como medidas fiscales y sancionadoras, etc. De particular importancia es la regulación de los procesos electorales para evitar que se sigan produciendo interferencias a través de las noticias falsificadas y por medio de la propaganda subliminal particularizada. El horizonte se va moviendo, en todo caso, a medida que avanza el desarrollo tecnológico y que estas compañías diseñan nuevas estrategias. Por tanto, es necesario tener en cuenta que los riesgos no son solamente los que hoy conocemos, sino que habrá que tener una actitud vigilante para evitar que se generen nuevos efectos disfuncionales en el futuro.

Palabras clave

Redes sociales, compañías tecnológicas, noticias falsificadas, democracia.

Abstract

In the relationship between social networks and democracy it is necessary to consider a fundamental mediator such as the technological companies that manage the networks. That mediator has been hidden for a long time, to the point that it has been usual to think of social networks as an instrument of political communication without mediators (as opposed to traditional media), which is obviously not true. Social networks are not a natural phenomenon that has appeared in social and political processes spontaneously. They are the result of business options that have set up a business model based on attracting the public's attention to optimize advertising performance through the continuous use of networks. This business model is causing significant problems in the processes of political communication because it promotes the fragmentation of public sphere and its radicalization in order to increase the use of networks and thus obtain more benefits. To this economic purpose we

must add the advantages for these companies of generating instability to weaken democratic institutions what hinder the control that these institutions should perform over the technology companies.

There are many areas in which social networks are generating dysfunctions from a constitutional and democratic point of view. From fundamental rights to electoral processes, through the configuration of the constitutional order, in a context in which the conditions of space and time have been transformed as a result of globalization and technological development. New cultural patterns and new paradigms are being generated and their impact on constitutionalism is very broad. Some of the changes that social networks have brought can be structural and will be predictably maintained in the future. Others, however, can be considered directly linked to the interests of technology companies and should be subject to revision to prevent a democratic involution. The intervention of public, state and supranational authorities is more and more necessary to control these companies.

The measures that can be taken are very diverse. From strengthening the protection of fundamental rights to promoting the digital education of citizens, as well as actions aimed at preventing technology companies from consolidating monopoly positions or fiscal and sanctioning measures, etc. Particular importance has the regulation of electoral processes to avoid interferences through fake news and targeted subliminal propaganda. The horizon is moving, in any case, as technological development advances and these companies design new strategies. Therefore, it is necessary to bear in mind that the risks are not only those we know today but that we must have a vigilant attitude to impede generating new dysfunctional effects in the future.

Keywords

Social Network, Technological Companies, Fake News, Democracy.

Recibido: 2 de diciembre 2019

Aceptado: 15 de diciembre de 2019





LA (I)LÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA FRENTE AL BREXIT

The (i)logic of the British constitution in the face of Brexit

NATALIA DEL BARRIO FERNÁNDEZ

Profesora de Derecho comparado. Universidad Europea

La mitad del mundo cree que el inglés nació con una mente ilógica y que tiene una especie de amor por la complejidad en sí misma.

Walter Bagehot, *The English Constitution* (1885)

SUMARIO:

- I. Una naturaleza peculiar.
- II. La construcción histórica del acumen constitucional.
- III. El razonamiento jurídico inductivo y empírico subyacente.
- IV. Las fuentes de la Constitución británica.
- V. Las fuentes de la Constitución británica.
- VI. El principio de soberanía parlamentaria como eje de la Constitución británica.
- VII. El Brexit: heraldo de un momento constitucional.

I. UNA NATURALEZA PECULIAR

Es conocido entre los juristas continentales el adagio de que los ingleses no tienen Constitución, o siendo generosos, que se trata de una Constitución no escrita. Lo cierto es que, como tantas otras cosas en la Pérvida Albién, su Constitución tiene una naturaleza, cuando menos, peculiar.

Aunque no existe un concepto de Constitución unánimemente admitido, el constitucionalismo contemporáneo que impera en la tradición jurídica continental concibe la Constitución como el instrumento fundacional, escrito y codificado, que regula las instituciones y poderes del Estado y consagra los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Ocupa el vértice de la pirámide normativa, a modo de una *norma normarum*, que sólo puede aprobarse o reformarse mediante un procedimiento singular, más allá del ordinario, y que ejerce de parámetro de la constitucionalidad de las demás normas jurídicas a través de un órgano específico que garantiza su cumplimiento.

La particularidad de la Constitución británica estriba en que apenas se cumple ninguno de los parámetros anteriores. No se trata de un instrumento unitario, sino que está compuesto por un sinnúmero de normas que se encuentran dispersas por todo el ordenamiento jurídico y que proceden de diversas fuentes del derecho, principalmente leyes parlamentarias, pero también cientos de precedentes establecidos por resoluciones judiciales y gran cantidad de convenciones y principios no escritos. No hay una fecha célebre que recordar en conmemoración de su promulgación puesto que el acumen constitucional se ha ido acrecentando paulatinamente, desde el siglo XIII hasta nuestros días. No solo no está codificada, sino que ni siquiera existen obras que, a modo de compilación, recojan en un solo volumen las normas de carácter constitucional. Además, estas normas no reciben una nomenclatura especial ni ostentan primacía jerárquía dentro del ordenamiento jurídico, de forma que no se precisa un procedimiento especial para aprobarlas, reformarlas o derogarlas. Tampoco existe un órgano específico que tenga encargado expresamente el control de la constitucionalidad de las demás normas jurídicas.

Ante este enigmático panorama, tan distinto del propio, es comprensible que el jurista avezado en las lides de la tradición constitucionalista continental concluya que los ingleses no tienen Constitución.

Mas hemos de empezar nuestra exposición descartando este dogma porque sí la tienen y porque posiblemente sea la más antigua del mundo. Los términos de nuestro análisis jurídico deberán entonces ampliarse con el fin de entender cómo es y cómo opera la Constitución británica, recordando con Zweigert y Kötz, que ningún estudio merece el nombre de ciencia –tampoco el derecho constitucional– si se limita a fenómenos surgidos dentro de las propias fronteras¹.

Ante la dramática diferencia de los paradigmas constitucionales, la primera pregunta que a la sazón asalta al jurista continental es obvia: ¿cómo se reconoce la Constitución británica? Avanzamos ya que la clave está en determinar que se reconoce por su objeto, esto es, tendrán carácter constitucional las normas que regulen cuestiones de índole constitucional, sea cual sea la fuente formal que las recoja. Esta explicación no es todo lo clarividente que cabría esperar y es forzoso admitir que, al no haber texto escrito, el desacuerdo es inevitable.

La Constitución británica es inusualmente opaca y mal comprendida incluso por aquellos cuyos poderes gobierna. El propio Bagehot, considerado junto con

1 K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 15.

Dicey el máximo exponente del constitucionalismo clásico, reconocía que la mitad del mundo creía que un inglés nace con una mente ilógica y que tiene una especie de amor por la complejidad en sí misma. Negaba, sin embargo, que la Constitución inglesa fuera el resultado de un intelecto ilógico aunque reconocía que era un auténtico “rompecabezas”. Respondía a los que apuntaban que ninguna nación con algo de lógica podría haber hecho nunca esa Constitución argumentando que, efectivamente, nadie hizo esa Constitución, sino que es resultado de diversos esfuerzos, pocos de los cuales tuvieron una referencia al todo y o una referencia a un fin concreto².

A los ojos del jurista continental, el tildar de ilógica la Constitución inglesa entra dentro de lo razonable. Mas cuando se alude a la peculiaridad de su Constitución, muchos británicos toman esto como una especie de insignia de mérito. Una vez más, han venido a considerar su excepcionalidad como un modelo, como algo “otorgado por la Providencia” al decir del complaciente John Podsnap en la novela *Nuestro común amigo* de Charles Dickens.

En el presente artículo nos proponemos realizar un análisis de la Constitución británica, exponiendo sus peculiaridades a la luz de su desarrollo histórico, de la filosofía jurídica que subyace y de las fuentes del derecho que la componen. Nos centraremos, asimismo, en el concepto de soberanía parlamentaria como principio rector de la Constitución y analizaremos cómo, en las últimas décadas, han ido quebrando los tradicionales paradigmas en los que se basaba su eficacia. La serie de reformas legislativas de formidable calado constitucional llevadas a cabo, junto con el caos constitucional derivado del proceso del Brexit, han significado para el constitucionalismo británico una verdadera incursión en aguas inexploradas que posiblemente, suponga el aldabonazo hacia su reforma y codificación.

II. LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL ACUMEN CONSTITUCIONAL

Decía Radbruch que el espíritu del derecho inglés sólo queda bien entendido si se comprende su sentido para la historia y su amor por la tradición³. La consideración de que no puede entenderse un derecho sino es a la luz de su historia no es tan

2 W. BAGEHOT, *The English Constitution* (1867), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 190 y 191.

3 G. RADBRUCH, *El espíritu del derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 27.

notoria en ningún otro sistema jurídico como lo es en el *common law*⁴. Y este dogma, si cabe, es más evidente en lo que se refiere a su Constitución, irremediablemente unida a historia y a tradición.

Indicábamos más arriba que la Constitución británica está compuesta por normas procedentes de distintas fuentes del derecho. La característica diferencial del *common law* frente al derecho romano-germánico recae precisamente en la plasticidad de sus fuentes y en el espíritu casuístico, realista y pragmático de sus métodos⁵ y ello tiene también reflejo en las fuentes constitucionales.

El *common law* ha evolucionado de forma notablemente distinta de la que experimentó el derecho romano-germánico. La historiografía comparada nos lleva a recordar que en Inglaterra no se produjo la recepción del derecho romano tal y como ocurrió en el continente europeo, sino que el derecho surgió un milenio después, en el contexto feudal y consuetudinario de la Baja Edad Media, donde se fraguó como un derecho original y fundamentalmente jurisprudencial. La justicia real creada por Guillermo I el Conquistador tras invadir Inglaterra y derrotar a los anglosajones en 1066, se fue abrogando jurisdicción exclusiva sobre todos los asuntos de Estado, convirtiéndose gradualmente en una jurisdicción unificadora de amplio alcance. Poco más de un siglo después de la conquista normanda, las obras de Glanville⁶ y Bracton⁷ sentaron las bases del sistema jurídico inglés y en los célebres *Commentaries on the Laws of England*, publicados entre 1765 y 1769, Blackstone, dejó ya descrito el derecho inglés de forma sistemática, clara y elegante.

Tradicionalmente se ha considerado que la clave de la distinción entre las dos familias jurídicas occidentales reside precisamente en su respectivo sistema de fuentes del derecho, pues una inicial flexibilidad común a ambas tradiciones derivó andando el tiempo en la prevalencia de la ley en el derecho continental y de la jurisprudencia en el *common law*. Pero no es esta la única diferencia de calado entre ambas tradiciones, pues también ocupa un lugar destacado su distintivo concepto de Constitución. En los Estados que pertenecen a la tradición jurídica

4 K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 181.

5 J. CASTÁN TOBEÑAS, "Contemporary Legal Systems of the Western World", *Contemporary Juridical Review*, 1964, núm. 88, p. 153.

6 El entonces Justicia Mayor del Reino, GLANVILLE, dejó escrito su *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* c. 1187.

7 BRACTON escribió *De legibus et consuetudinibus Angliae* c. 1235.

continental, el derecho surgió y se desarrolló como un derecho eminentemente privado, puesto que privado era el derecho romano en el que hunde sus raíces. El constitucionalismo europeo, como movimiento jurídico-político es mucho más tardío, ya que se fraguó de la mano del *iusnaturalismo* racionalista y del movimiento liberal del XVII, prosperó con el proceso revolucionario francés y culminó su conceptualización en el periodo de entreguerras del siglo XX.

Inglaterra permaneció al margen de los movimientos jurídico-políticos que preconizaron el constitucionalismo europeo y ello se debe principalmente a que el derecho como limitación al poder real era una senda por la que Inglaterra había comenzado a caminar hacia más de quinientos años. El *common law*, en efecto, nació ya con una vis eminentemente pública, donde siempre estuvo presente la idea de que el derecho debía servir para regular las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos. Así, apenas siglo y medio después de la conquista normanda, se promulgaba la *Magna Charta Libertatum* (1215), considerada el texto constitucional más antiguo en el sentido de que recogía ya entonces una serie de límites impuestos al monarca por la nobleza.

Los movimientos jurídico-políticos que fraguaron el constitucionalismo en Europa no fueron los únicos de los que Inglaterra permaneció al margen, puesto que tampoco se vio afectada por los procesos codificadores que recorrieron el continente en el siglo XVIII. Aunque otros sistemas jurídicos derivados del *common law*, como el estadounidense o el Indio, sí se dotaron de códigos, Inglaterra dio nuevas muestras de su insularidad ignorando también este fenómeno. En línea con ello, los británicos han tenido solamente dos constituciones codificadas a lo largo de su historia, el *Instrument of Government* de 1653, por el que Oliver Cromwell devino *Lord Protector* y el *Humble Petition and Advice* de 1657, por el que se le ofrece la Monarquía hereditaria, que él rechazó. Más allá del hecho de ser las únicas dos constituciones codificadas, la relevancia de ambos instrumentos desde la perspectiva del constitucionalismo británico no es especialmente significativa.

Desde entonces, y hasta nuestros días, la Constitución británica se ha ido construyendo paulatinamente a través de leyes, precedentes, convenciones y otras normas de diversa naturaleza. Acudimos de nuevo a Bagehot para ilustrar ese devenir histórico constitucional que el autor identifica con “uno de esos barrios a las afueras de la ciudad en los que no se entiende como las calles serpentean de forma tan caprichosa. Al final uno se da cuenta de que el suburbio ha crecido de casa en casa, en medio del campo, y que si uno se aventura un poco más lejos, verá que aún está incompleto”⁸.

8 W. BAGEHOT, *The English Constitution*, cit., p. 190.

III. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO INDUCTIVO Y EMPÍRICO SUBYACENTE

Los pilares filosófico-jurídicos en los que se asienta el *common law* resultan sumamente esclarecedores para ilustrar el modo en que se ha desarrollado la Constitución británica. Mientras que la filosofía jurídica que impera en la tradición romano-germánica es racionalista, normativista y formalista, en el derecho inglés prima el consustancial empirismo y realismo anglosajón. En aquella, domina la generalización y en esta el casuismo⁹. Se trata, en definitiva, de la contraposición entre espíritu teórico y espíritu práctico.

De esta disparidad ontológica se deriva una dispar actitud cognoscitiva ante el derecho en lo que se refiere a cómo se construye el sistema jurídico. Por un lado, el derecho continental tiende a hacer planes, a regular los hechos con antelación, a crear normas generales *ex ante* y a sistematizarlas, operando así de forma deductiva. El *common law*, por su parte, no pretende establecer de antemano normas que resuelvan los eventuales casos que puedan plantearse en el futuro, sino que es inductivo y procede conforme al clásico proverbio de “cruzar el puente solo cuando se llegue a él”. Se trata, además, de un razonamiento empírico donde lo que más cuenta es la experiencia, los hechos, y donde subyace una cierta aversión ante la generalización y la sistematización de las que se congratula el derecho continental.

Como ya apuntara Pérez Serrano, el derecho inglés se nos presenta “como producto de un hacer natural, hijo de la realidad y no de la razón fría, fluyendo siempre a compás de las circunstancias y de las necesidades del momento. [...] No se preocupa tanto de la construcción apriorística de un derecho armónico, sistemático, coherente y lúcido, como de la existencia de un complejo orgánico de reglas que en cada ocasión respondan a las exigencias del instante”¹⁰. La tendencia de la tradición jurídica romano-germánica a utilizar normas jurídicas abstractas, ha derivado en la construcción de un sistema bien articulado compuesto por áreas de conocimiento jurídico estrictamente reguladas. En cambio, el *common law* evolucionó gradualmente, de decisión en decisión, según lo iban requiriendo las circunstancias.

Conviene recordar, igualmente, que el contraste entre ambos modos de reflexión jurídica y sus consecuencias no son sino reflejo de las distintas men-

9 P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Routledge, Abingdon, 1999, p. 38.

10 N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de derecho político*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 477.

talidades, la del continente y la inglesa, esta quizá forjada por su insularidad¹¹. Parece existir, en efecto, una oposición entre la concepción racionalista del ciudadano del continente europeo y la concepción empírica del universo que tienen los ingleses e, indubitablemente, esto influye también en la forma en que conciben y aplican el derecho. Sin embargo, aunque en principio sea ilustrativa esta caricaturización de la persona del continente, deductiva y teórica, frente a la de Inglaterra, inductiva y empírica, es preciso advertir de la peligrosa simplificación que ello puede suponer por cuanto que, aun pudiendo ser consecuente desde un punto de vista literario, no lo es tanto desde el razonamiento científico. Ciertas diferencias en las tradiciones intelectuales, que las hay, difícilmente pueden derivar en generalidades de tal envergadura. Baste recordar que, aunque se ha apelado a la escasa capacidad inglesa para las especulaciones abstractas, lo cierto es que también hay mucho pensamiento teórico en Inglaterra¹². De lo que no cabe duda es que, desde nuestra perspectiva filosófica continental, es difícil entender la lógica de la Constitución británica sino es teniendo presente la contraposición entre racionalismo, deducción y sistematización frente a empirismo, inducción e improvisación.

El elenco de contrastes referido más arriba origina una larga serie de consecuencias que se dispersan por todo el sistema jurídico e impregnán una y otra tradición en su integridad. Tradicionalmente, esta diferencia se percibe en mayor medida en lo que se refiere a la prevalencia de la jurisprudencia como principal fuente del derecho, pero lo cierto es que las implicaciones en el orden constitucional son asimismo muy significativas. Tanto el pragmatismo inglés como el relego de la teorización son inmanentes a su historia constitucional. Resulta ilustrativo, a estos efectos cómo existiendo instrumentos constitucionales desde el siglo XVII, no es sino hasta bien entrado el siglo XX cuando se emprende la conceptualización dirigida a establecer qué objeto debe tener una norma para ser considerada constitucional. Y tal conceptualización ni siquiera se hace por ley, sino por medio de precedentes judiciales¹³.

Igualmente, ilustrativas resultan algunas definiciones que de su Constitución han hecho los propios juristas ingleses. Así, Griffith escribió que “la Constitución del Reino Unido perdura, cambiando de día a día, pues la Constitución es, ni más

11 K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit. p. 70.

12 A. MALSTRÖM, “The System of Legal Systems”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 13, 1969, pp. 143-144.

13 *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] 3 WLR 247.

ni menos, que lo que sucede. Todo lo que sucede es constitucional. Y si nada sucediera, también eso sería constitucional”¹⁴. En el mismo sentido, Bagehot apuntaba que, siendo la Constitución tan buena y tan ilógica, ello era indicio de una cierta lógica... Y corroboraba esta idea aduciendo que “a la vista de que las mejores cosas prácticas que se conocen se producen por un proceso inexplicable, procede dudar de la eficiencia de cualquier proceso explicable”¹⁵. Se trata de un pragmatismo en estado puro, que discrepa alarmantemente con el razonamiento sistemático y racional del constitucionalismo continental.

IV. LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA

Aunque en términos generales es el poder judicial, y no el legislativo, el fundamentalmente encargado de crear y desarrollar el derecho en el Reino Unido, lo cierto es que las normas de naturaleza constitucional se han ido fraguando, fundamentalmente, a través del derecho estatutario o legislado. Junto al mismo, existen cientos de precedentes establecidos por resoluciones judiciales y gran cantidad de convenciones, principios y costumbres no escritas que han ido integrando la Constitución inglesa a lo largo de los siglos. Bagehot era de la opinión de que “de estos materiales no puede hacerse nada mejor que la Constitución inglesa, pero también se cree que la parte esencial de la Constitución inglesa no puede hacerse sino es con estos materiales, que son accidentes de un tiempo y de un lugar...”. Y de ahí que esta curiosa acumulación de materiales entorpezca toda posibilidad de imitación¹⁶.

Así las cosas, la Constitución británica se conforma por una multiplicidad de fuentes del derecho, que procedemos a analizar a continuación y que son las que siguen: leyes parlamentarias (*Acts of Parliament* o *Statutes*), precedentes judiciales (*judicial precedents*), las convenciones (*conventions*), derecho europeo, doctrina, reglamentos y prácticas parlamentarias (*law and customs of Parliament*) y prerrogativa real (*Royal prerrogative*).

1. Constitutional Statutes

El derecho legislado recibe en el Reino Unido el nombre de *Statute Law* y dentro del mismo cabe distinguir la legislación primaria, que es la que emana

14 J. GRIFFITH, “The political constitution”, *The Modern Law Review*, vol. 42, núm. 1, 1979, p. 19.

15 W. BAGEHOT, *The English Constitution*, cit., p. 191.

16 W. BAGEHOT, *The English Constitution*, cit., p. 6.

directamente del Parlamento –*Acts of Parliament o Statutes*– y la legislación secundaria, que emana de las instituciones en las que el Parlamento delega su poder legislativo –*Statutory Instruments*. Como consecuencia del principio constitucional de la soberanía parlamentaria (que trataremos en detalle más adelante), los primeros ostentan la preminencia jerárquica en el ordenamiento jurídico británico.

De entre los *Acts of Parliament*, no se distinguen de ninguna manera los que regulan cuestiones de índole constitucional, ya que no reciben un nombre especial ni tienen un procedimiento cualificado de aprobación o reforma. El carácter constitucional de una ley queda determinado exclusivamente por su objeto, de modo que serán “constitucionales” las leyes que condicione de forma relevante la relación jurídica entre el Estado y el ciudadano o las que aumenten o disminuyan el marco de lo que pudiera considerarse derechos constitucionales fundamentales.

Nótese que esta especificación sobre cómo se definen las leyes constitucionales no se encuentra estipulada por ley, sino que es un precedente judicial –*Thoburn v Sunderland City Council*– por lo demás relativamente reciente, la primera norma que se aventura a hacerlo. Bajo una perspectiva continental, resulta latente la indeterminación que acompaña a esta descripción de ley constitucional, pero hemos de recordar que está en línea con la forma de razonar jurídico propia del *common law*, que ha preferido ir determinando el carácter constitucional de una ley caso por caso en lugar de definirlo *ex ante*.

De cualquier modo, la doctrina concierta en destacar un elenco de leyes parlamentarias que, remontándose al siglo XIII constituyen los primordiales *constitutional statutes*, a saber: *Carta Magna* de 1215, por la que el Rey Juan I se compromete antes los barones a no imponer impuestos sin su consentimiento y a no privarlos de libertad sin el previo acuerdo de sus pares; *Petition of Right* de 1628, que restringía la capacidad del monarca para imponer impuestos al margen de la aprobación del Parlamento, para encarcelar sin causa y para implementar la ley marcial; *Habeas Corpus* de 1679, que establecía un plazo de tres días para que los encarcelados fueran llevados ante el juez; *Bill of Rights* de 1689, que reforzaba la soberanía parlamentaria frente al poder monárquico; *Act of Union* de 1707 y de 1800, por el Gran Bretaña se unía con Escocia y con Irlanda; *Parliament Act* de 1911, que limitaba las facultades legislativas de la Cámara de los Lores; *Representation of the People Act* de 1918, que extendía el derecho al voto a todos los hombres mayores de 21 años y a las mujeres mayores de 30; *Representation of the People Act* de 1969, que ampliaba el sufragio a todos los adultos mayores de 18;

European Communities Act de 1972, por el que el Reino Unido se adhirió a las entonces Comunidades Europeas, limitando con ello la soberanía del Parlamento británico; Scotland Act, Government of Wales Act y Northern Irelnad Act de 1998, que sientan las bases de la devolución de competencias del Parlamento de Westminster a los Parlamentos de las otras tres naciones que junto con Inglaterra conforman el Reino Unido; Human Rights Act de 1998, que incorpora el Convenio Europeo de Derechos Humanos al derecho británico y con ello le dota de un elenco de derechos fundamentales; Constitutional Reform Act de 2005 por la que Reino Unido progresó en la separación de poderes creando un Tribunal Supremo fuera del Parlamento y estableciendo un sistema de nombramientos judiciales; Constitutional Reform and Governance Act de 2010, que clarifica la organización del cuerpo de funcionarios y otros cargos oficiales; Fixed Term Act (2011) que limita la facultad del Primer Ministro para convocar elecciones antes de haberse cumplido los cinco años de legislatura.

Es preciso advertir que esta enumeración de *constitutional statutes* no es un elenco *numeris clausus* y tampoco supone que todos los mencionados sigan en vigor. Pero el hecho de que estos, y otros, se incluyan en el acumen constitucional es altamente ilustrativo de la naturaleza de la Constitución británica como un proceso evolutivo y abierto y no como un instrumento puntual y codificado.

Ha habido en las últimas décadas, cierta proliferación de leyes constitucionales, en parte derivadas de la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea y en parte como consecuencia de las veleidades de la política interna. A estos efectos es preciso considerar, como se hará más adelante, que tal proliferación ha contribuido a una cierta desnaturalización de la esencia de la Constitución británica.

2. Constitutional precedents

Ya hemos expuesto que el derecho continental se concibe sobre la base de la ley, mientras que el *common law* se forja sobre la base de las resoluciones de los tribunales. Es preciso aclarar la inexactitud del extendido tópico según el cual la jurisprudencia tendría prelación jerárquica en el sistema de fuentes del derecho. Adviértase que la importancia de la jurisprudencia en el *common law* no debe entenderse en términos jerárquicos sino cuantitativos, esto es, en el ordenamiento jurídico británico la mayor parte de las normas son de origen jurisprudencial, pero las de origen parlamentario son jerárquicamente superiores. No podría ser de otra manera en un sistema en el que impera el principio de soberanía parlamentaria.

En el *common law*, el punto de partida para analizar un problema jurídico no es la ley sino la jurisprudencia. La legislación parlamentaria se percibe como excepcional y los *statutes* constituyen “irrupciones aisladas” en el cuerpo del *common law*¹⁷. En la misma medida en que a los juristas de la tradición romano-germánica les desconcierta el amplio margen de maniobra que el *common law* otorga a sus jueces, desde la tradición inglesa se mira con suspicacia la ingente labor legislativa desempeñada por los Parlamentos del continente. En este sentido, son frecuentes las máximas que ponen de manifiesto la tradicional reticencia de los juristas ingleses a la proliferación del derecho legislado frente al jurisprudencial, reprimiendo al Parlamento que su injerencia en labores legislativas no hace sino menoscabar o complicar innecesariamente el derecho. En una conocida cita –no exenta de la inefable flemia inglesa– Pollock afirmaba que el Parlamento generalmente cambia la ley a peor, y que la labor del juez consiste en circunscribir su osada interferencia a los límites más estrechos posibles¹⁸. Es por tanto el juez –y no la ley– quien está en el primer plano del pensamiento jurídico y constituye lo que Blackstone denominaba el oráculo vivo del derecho.

La jurisprudencia en los sistemas del *common law* ha venido tradicionalmente definida por lo que se conoce como *leading cases* o *landmark cases*, que son aquellos casos que han recibido especial atención por parte de los tribunales en virtud de la importancia de los principios jurídicos que sientan y cuya resolución habrá de servir de guía para decisiones subsiguientes. Son estos *leading* o *landmark cases* los que marcan las pautas del estudio y el ejercicio del derecho¹⁹.

En este sistema jurisprudencial, los precedentes judiciales han sido siempre una fuente sustancial del derecho constitucional. El más antiguo de los que tradicionalmente se citan suele ser *Entik v Carrington*²⁰ que ponía límites a los poderes de interferencia de la Corona y el Gobierno en la vida y propiedad de las personas sin previa autorización judicial. De entre precedentes más recientes, cobran relevancia constitucional, algunos de los que examinaremos más adelante, como el sentado en

17 S. WHITTAKER, S., “Precedent in English Law: a view from the citadel”, *European Review of Private Law*, vol. 14, 2006, p. 710.

18 “Parliament generally changes the law for the worse, and that the business of the judge is to keep the mischief of its interference within the narrowest possible bounds”. F. POLLOCK, *Essays in jurisprudence and ethics*, Macmillan, Nueva York, 1882, p. 85.

19 Para un análisis del concepto de jurisprudencia que impera en el *common law*, véase N. DEL BARRIO, *La Jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

20 *Entik v Carrington* [1765] 19 State Tr 1029.

el caso *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*²¹ por cuanto que limita la soberanía parlamentaria dando primacía al Derecho de la Unión Europea frente el derecho nacional en las áreas donde el Reino Unido había trasferido competencias como consecuencia de su adhesión a los Tratados Comunitarios, o el ya mencionado *Thoburn*.

3. Constitutional Conventions

De todas las fuentes del derecho constitucional, la que sin duda más desconcierta al jurista continental son las convenciones. Si ya nos perturba que gran parte de la Constitución esté conformada por precedentes judiciales, nos intranquiliza sobremanera pensar que otra parte significativa se fundamente en algo “parecido” a la costumbre.

Dicey describía las convenciones como máximas o prácticas que, aunque regulan el funcionamiento ordinario del Estado, no son leyes en absoluto. Para este autor, las convenciones son *no-legal rules* que se caracterizan por estar asociadas con leyes, pero al mismo tiempo ser claramente distintas de ellas. En efecto, no son el resultado de un proceso legislativo o judicial, sino que están más cerca de lo que en el continente llamaríamos costumbre (si bien no hay correlación precisa entre nuestro concepto de costumbre y la *convention* anglosajona). Engloban un amplio espectro de prácticas, algunas más concretas que otras pero tan heterogéneas entre sí que se complica el poder conceptualizarlas²².

Con el característico enfoque inductivo de los ingleses, resulta más efectivo describirlas en atención a su importante dimensión práctica, en la medida en que lubrican la maquinaria formal del Gobierno y asisten en hacerlo funcionar. Permiten que lo que sin ellas sería un marco legal rígido, se actualice con las necesidades cambiantes del Estado porque son capaces de evolucionar. Podría decirse que son reglas para la práctica política, consideradas vinculantes por aquellos a quienes se les aplican. No hay otra forma de establecer con certitud qué es una convención en vigor, más allá de la correspondiente descripción del comportamiento del soberano, los políticos u otros oficiales responsables de la operatividad de la Constitución²³.

21 *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport* (núm. 2) [1991] 1 AC 603.

22 A. DICEY, *An Introduction to the Study of the English Constitution*, 10.^a ed., Macmillan, Londres, 1959, p. 24. Citado por P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, Bloomsbury, Londres, 2016, p. 33.

23 P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit., p. 36.

Son tres las condiciones necesarias para que exista una convención válida, a saber: que tenga antecedentes; que los operadores constitucionales la consideren vinculante; y que haya una buena razón política para su existencia. Jennings optaba por describirlas a través del símil según el cual las convenciones “proveen la carne que viste el hueso de la ley”²⁴.

Las convenciones más relevantes operan en relación con la figura del monarca, si bien ha habido una clara tendencia histórica a lo largo del constitucionalismo británico que ha relevado a la Corona de la autoridad que las convenciones le presuponían. El papel desempeñado por el soberano ha evolucionado desde un tiempo en que ostentaba todo el poder político, que gradualmente debió ir compartiendo con el Parlamento, hasta culminar en la actualidad en un poder puramente simbólico. Un ejemplo ilustrativo a estos efectos es la convención por la que el monarca solicita al líder del partido político que tenga la mayoría en la Cámara de los Comunes que forme Gobierno. Cuando hay un partido político que ha conseguido una mayoría significativa, la convención no implica ninguna controversia pues el monarca se limita a encargar al líder de tal partido formar Gobierno. Sin embargo, puede ocurrir que la mayoría obtenida en la Cámara de los Comunes no sea lo suficientemente contundente, como ocurrió en 1931, 1974 y 2010. En estas tres ocasiones se ha visto la tendencia decreciente del papel del monarca. Mientras que en los primeros casos tuvo una participación clara en la decisión de a quién encargar formar Gobierno, en 2010 la Reina no solo se negó a involucrarse, sino que insistió en que no se la percibiera como involucrada²⁵.

La mayoría de las convenciones que atañen a la Corona ya no suponen ningún margen de arbitrariedad, sino que son puramente simbólicas. Así ocurre, por ejemplo, con el *Royal Assent* a los *Bills* que culmina el procedimiento legislativo, o el discurso de la Reina durante la apertura de la sesión parlamentaria estableciendo la política del Gobierno, que escribe el Primer Ministro, aunque sea ella quien lo pronuncie.

La relación entre el Parlamento y el Gobierno e incluso la relación entre el Gabinete y el Primer Ministro no se encuentran reguladas con precisión, por lo que también hay múltiples convenciones que operan en este contexto. La *Constitutional Reform and Governance Act* de 2010 es un ejemplo de legislación que pretende clarificar un área antes basada mayoritariamente en convenciones. Al-

24 I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, University of London Press, Londres, 1959, p. 24. Citado por P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit. p. 33.

25 V. BOGDANOR, *The Coalition and the Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 19.

gunas de ellas tan célebres como la que establece que la Cámara de los Lores no debe retrasar el procedimiento legislativo en materias que conforman el programa electoral del Gobierno, o que no tiene iniciativa en cuestiones de presupuestos (como muestra de la supremacía de la Cámara de los Comunes). Es asimismo una convención la que establece que el Presidente o *Speaker* de la Cámara de los Comunes, aunque miembro de uno de los partidos políticos en el poder, actúa con estricta imparcialidad. El concepto de “leal oposición” y de “Gobierno en la sombra” constituyen, igualmente, ejemplos paradigmáticos de convenciones constitucionales parlamentarias.

Las convenciones afectan asimismo al poder judicial. Hasta hace poco tiempo, era una convención la que determinaba que los jueces debían elegirse en virtud de sus méritos y no de su afiliación política y que no debían estar involucrados en política de partidos. Con la *Constitutional Reform Act 2005* el procedimiento y el órgano a través del que se nombran los jueces –Judicial Commission– quedan regulados por ley. Es también por convención que los miembros del Gobierno deban evitar comentar procedimientos judiciales en curso, especialmente si afectan al Gobierno y, a *sensu contrario*, existe la convención que de que los jueces no se pronuncien sobre cuestiones políticas.

En general, las convenciones han servido bien a la Constitución supliendo las lagunas entre la formalidad constitucional (lo que deberían hacer los operadores constitucionales para que la Constitución funcione) y la realidad política (como podría modificarse esa conducta para tener en cuenta las circunstancias cambiantes). En esencia, las convenciones proporcionan a la Constitución una flexibilidad intrínseca que, en determinadas circunstancias, aporta una considerable ventaja²⁶. En otras, claro, los perjuicios pueden ser asimismo considerables.

Una vez más, es preciso insistir al jurista continental que no se trata de una fuente complementaria o residual, sino que “la estructura jurídica de la Constitución está en todo penetrada, transformada y dotada de eficacia por las convenciones”²⁷.

4. Derecho Europeo

Desde 1972 y durante la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, la *European Communities Act* ha permitido la aplicación directa del Derecho comu-

26 Sobre las convenciones en cada uno de los poderes del Estado, véase P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit. pp. 33-42.

27 I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, cit., pp. 81 y 113.

nitario, que se ha convertido en una muy relevante fuente constitucional. Ya se ha señalado que fue con el precedente *Factortame* con el que se confirmó la supremacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho interno en las áreas donde el Reino Unido le había trasferido competencias. Asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos entró a formar parte del ordenamiento jurídico británico a raíz del Human Rights Act de 1998 que entró en vigor en 2000, reconociendo a los ciudadanos del Reino Unido un elenco de derechos fundamentales que en los sistemas de nuestro entorno se encontraban ya garantizados por las respectivas constituciones nacionales.

5. Doctrina

Como señalábamos *ut supra*, es preciso tener *in mente* el carácter destartalado de la Constitución británica y el hecho de que apenas haya iniciativas que compilen en una obra unitaria todo el acumen constitucional. La falta de una Constitución codificada ha supuesto que la doctrina constitucional ostente en el Reino Unido una muy especial relevancia. Hay consenso en que dos son las obras clásicas que deben tomarse en consideración y referenciarse siempre al escribir sobre cómo opera la Constitución británica: *The English Constitution*, del ya mencionado Bagehot (ediciones de 1867 y 1872) y *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), del asimismo citado Dicey. En el escenario doctrinal del constitucionalismo contemporáneo merece destacarse la prolífica investigación de Bogdanor.

Aunque es una fuente constitucional subsidiaria, cabe remarcar que el recurso explícito a la doctrina constitucional, tanto durante el procedimiento legislativo como en las resoluciones judiciales es mucho más frecuente en los sistemas del *common law*, que en los continentales²⁸.

6. Law and customs of Parliament

Los preceptos que rigen el procedimiento parlamentario (*parliamentary practice*) de las Cámaras que componen el Parlamento británico se encuentran fundamentalmente recogidos en las *Standing Orders of the House*. Tienen gran relevancia e incluyen desde la regulación de los debates parlamentarios hasta las funciones de los líderes del Gobierno y de la oposición. Caen fuera del ámbito competencial legislativo o jurisprudencial de forma que son únicamente los miembros del Parlamento, y en algunos casos solo su presidente, los únicos que pueden apro-

28 P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit. 31.

bar, reformar o derogarlas. Como ya se ha visto, junto con las *Standing Orders* coexisten un gran número de convenciones constitucionales que regulan la vida parlamentaria.

7. Royal Prerogative

La *Royal Prerogative* trata de las competencias residuales que han quedado de la época en que la Corona estaba directamente involucrada en el ejercicio del Gobierno. Aunque constitucionalmente la competencia la sigue ostentando el monarca, es un ministro quien normalmente la lleva a cabo y, cuando es el monarca el que actúa, está refrendado por el correspondiente ministro del ramo. Como muestra de prerrogativas reales pueden señalarse las que facultan nominalmente al monarca para firmar Tratados Internacionales, desplegar el ejército y declarar la guerra, o para otorgar *royal pardons*²⁹. A modo ilustrativo, uno de los más controvertidos ejercicios de la prerrogativa real en los últimos tiempos ha sido la expulsión de los habitantes de las islas Chagos, en el Océano Índico, dirimida en los casos Bancoult 1 y 2³⁰.

V. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA PARLAMENTARIA COMO EJE DE LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA

Como se ha venido exponiendo, la naturaleza aparentemente destartalada de la Constitución británica supone que su análisis no puede abordarse desde un documento unitario, sino desde una serie de principios recogidos en multiplicidad de normas. De entre ellos, el principio constitucional que sin duda resulta más distintivo desde la perspectiva del jurista continental es la soberanía parlamentaria.

La doctrina británica de la soberanía parlamentaria fue formulada por Dicey como el principio fundacional y rector de la Constitución. Fue este autor quien, en su célebre *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, de 1885, asentó el concepto de soberanía parlamentaria absoluta e ilimitada que sigue constituyendo en la actualidad una referencia obligada, a pesar de que se hayan matizado sus postulados. Para Dicey, la soberanía parlamentaria hunde sus raíces en la historia pro-

29 T. POOLE, "United Kingdom: The Royal Prerogative", *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 8, núm. 1, pp. 146 y 147.

30 *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Bancoult* (núm. 1) [2000] EWHC Admin 413 y *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Bancoult* (núm. 2) [2008] UKHL 61.

funda del pueblo inglés y en la peculiar forma de desarrollarse que tiene su Constitución³¹. Supone que el Parlamento tiene el derecho de promulgar, reformar y derogar cualquier ley y, a *sensu contrario*, que ninguna persona o institución tiene reconocida la competencia de derogar o dejar de cumplir la legislación parlamentaria.

Su significación puede condensarse en tres nociones. La primera, implica que el Parlamento puede promulgar o derogar cualquier ley sin límite legal alguno o, en palabras del mismo Blackstone: “el Parlamento lo puede todo, salvo que sea naturalmente imposible”³². En segundo lugar, la soberanía parlamentaria se traduce en el clásico *lex posterior derogat lex anterior* y su relevancia, en este contexto, estriba en que el Parlamento no puede blindar derechos ni vincular a un subsiguiente Parlamento en cuanto a la forma o el contenido de la futura legislación. No le es posible promulgar ninguna ley que limite la acción de un futuro Parlamento, estableciendo, por ejemplo, la prohibición de que tal legislación pueda derogarse o reformarse. Finalmente, el principio de soberanía parlamentaria supone que no hay ninguna institución que tenga autoridad para impugnar la legislación parlamentaria. Es decir, los tribunales no pueden cuestionarla ni dejar de aplicarla, pues no tienen el poder de determinar si las leyes parlamentarias son o no conformes con la Constitución. No existe, pues, ningún control de la constitucionalidad de las leyes³³.

Nos permitimos traer a colación el ejemplo que utilizó el mismo Dicey para ilustrar esta doctrina: la ley por la que su unificaron Inglaterra y Escocia en 1707 (Act of Union) tiene, a todos los efectos, la misma relevancia jerárquica que la ley de 1878 por la que se regula la profesión de odontólogo (Dentist Act). Y si acaso esta última contraviniere alguna de las disposiciones de la primera, estas quedarían automáticamente derogadas. Claro que, Dicey se apresuraba a añadir que ningún Parlamento “soñaría” con hacer tal cosa...

La naturaleza omnipotente del Parlamento de Westminster tomó forma tras la Revolución Gloriosa de 1688 y con el artículo IX del Bill of Rights de 1689

31 BOGDANOR, “Imprisioned by a Doctrine: the Modern Defence of Parliamentary Sovereignty”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, núm. 1, 2012, pp. 181.

32 “Parliament can do everything that is not naturally impossible”, P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit. 47.

33 Es preciso poner esta afirmación en cuarentena a la vista de los acontecimientos políticos que se están desarrollando en el Reino Unido en la actualidad, pues el Tribunal Supremo parece estar tomando acción en esta dirección. Por ejemplo, al anular la suspensión del Parlamento solicitada a la Reina por el Primer Ministro Boris Johnson. *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41.

que estableció que los procedimientos parlamentarios no podían ser contradichos ni puestos en cuestión en ningún tribunal o foro que no fuera el propio Parlamento. Este dilatado principio de soberanía parlamentaria ha sido mantenido por los más célebres constitucionalistas británicos como Wade, en *The Basis of Legal Sovereignty*³⁴ y por Hart, en *The Concept of Law*³⁵. Conforme a los mismos, no existen reglas o mecanismos legales que permitan alterar la soberanía parlamentaria o, dicho de otro modo, el Parlamento es omnipoente, lo puede todo, excepto lo que se refiere a limitar su propia omnipotencia³⁶.

La doctrina de la soberanía parlamentaria experimentó una fractura sustancial como consecuencia de la ley de adhesión del Reino Unido a las entonces Comunidades Europeas de 1972 (European Communities Act) y al efecto directo establecido en la sentencia del caso *Van Gend Loos*, que marcaba los pasos hacia la doctrina de la supremacía del derecho de la Unión Europea al establecer que “La Unión Europea constituye un nuevo orden legal de derecho internacional para cuyo beneficio los Estados han limitado su soberanía, aunque sea en campos determinados”³⁷. No obstante, el *landmark case* a estos efectos es sin duda *Factortame*, que viene a establecer taxativamente que el European Communities Act, no podía contravenirse (es decir, derogarse implícitamente) por una posterior ley parlamentaria. El asunto se refería al Merchant Shipping Act de 1988 que establecía restricciones a las libertades comunitarias y que hubo de ser derogado por el Parlamento en cumplimiento de la sentencia *Factortame*.

Esta decisión significaba, a la postre, que los Parlamentos futuros quedaban vinculados por decisiones tomadas por Parlamentos pasados, lo que suponía la fisura de la doctrina clásica de una soberanía parlamentaria omnipoente e ilimitada. El propio Wade, comentó la sentencia apuntando que “algo drástico ha ocurrido con la soberanía parlamentaria. [...] El Parlamento de 1972 ha conseguido vincular al de 1988 y restringir su soberanía, algo que se suponía constitucionalmente imposible”³⁸.

34 W. WADE, “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 1955, vol. 13, núm. 2, pp. 172-197.

35 H. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford University Press, Oxford, 1961.

36 P. ELEFTHERIADIS, “Two Doctrines of the Unwritten Constitution”, *European Constitutional Law Review*, vol. 3, núm. 13, 2017, pp. 12 y 13.

37 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963, en el asunto 26/62.

38 W. WADE, “Sovereignty: Revolution or Evolution?”, *Law Quarterly Review*, núm. 112, 1996, p. 568. Citado por P. ELEFTHERIADIS, “Two Doctrines of the Unwritten Constitution”, *cit.* p. 17.

Unos años después, en 2003, el caso *Thoburn* fue un poco más lejos al establecer explícitamente una distinción entre leyes parlamentarias “ordinarias” (*ordinary statutes*) y otras leyes parlamentarias que denominó “constitucionales” (*constitutional statutes*). La diferencia se explicaba en que las primeras podían derogarse implícitamente (*lex posterior...*) mientras que las segundas, no. El propio magistrado ponente, John Laws, argumentaba que las leyes constitucionales no se caracterizaban por haber sido promulgadas mediante un procedimiento especial, sino que se reconocen por la materia (*substance*) que regulaban³⁹.

La distinción entre leyes constitucionales y ordinarias se reafirmaba y desarrollaba en el caso *Miller*⁴⁰ que dirimió la cuestión de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea tras el resultado del referéndum de junio de 2016 y que estableció de forma explícita que las leyes constitucionales se distinguen, no por la forma en que se promulgan, sino por su contenido. Por lo tanto, el European Communities Act de 1972 pasaba a considerarse una ley constitucional debido a que había modificado la soberanía parlamentaria de Westminster para acomodar el ordenamiento jurídico británico a los Tratados de la Unión Europea, estableciendo un nuevo procedimiento para la elaboración de leyes, que entrarían en vigor en el Reino Unido directamente y sin ningún otro acto previo de incorporación específica por parte del Parlamento. Esas normas comunitarias, además, no podían contravenirse ni derrigirse por el Parlamento, lo que las situaba, de alguna manera, en un plano jerárquico superior, a expensas de la propia soberanía parlamentaria.

En el mismo orden de cosas, si el Parlamento podía vincularse a sí mismo, ello significaba que no era una autoridad legislativa sino constituyente. Si podía vincularse a sí mismo, quedaba subordinado a una ley superior –una Constitución– de

39 *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, 186-187, pár. 62-63.

40 *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; [2017] 2 WLR 583; [2017] WLR (D) 53, SC(E). La cuestión surgió en relación con el mecanismo previsto para la retirada en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, que exige que un Estado miembro notifique su intención de retirarse y comenzar un proceso de negociaciones de dos años. El Gobierno argumentó que una declaración por su parte era suficiente para comenzar el proceso de desvinculación. El Parlamento estaría involucrado en una etapa posterior, cuando la Ley de Comunidades Europeas de 1972 fuera derogada. El Gobierno argumentó, asimismo, que la decisión de abandonar la Unión Europea había sido ya tomada por la población en referéndum, de forma que no había nada más que el Parlamento tuviera que decidir. Además, la notificación de la intención de retirarse se realizaba dentro de la prerrogativa de asuntos exteriores del Gobierno. El Tribunal Supremo estimó, sin embargo, que la retirada de la Unión Europea tenía que ser autorizada por una ley del Parlamento. De lo contrario, las acciones del Gobierno supondrían la vulneración de la ley de 1972.

forma que ya no cabía establecer que el Parlamento todo lo puede. Además de ser constitucionales por razón de la materia que regulan, las leyes constitucionales lo eran también por razón de su superioridad jerárquica, si no formalmente establecida, sí al menos, implícitamente.

VI. EL BREXIT: HERALDO DE UN MOMENTO CONSTITUCIONAL

La soberanía parlamentaria no ha sido el único principio constitucional que se ha visto reformado en las últimas décadas, pues bajo el Gobierno de los Primeros Ministros Blair y Cameron, salieron adelante una serie de iniciativas legislativas de una formidable relevancia constitucional. Solo por mencionar algunas de entre ellas, procede destacar las leyes por las que se crean parlamentos directamente elegidos en Escocia, Gales e Irlanda del Norte y un correspondiente Ejecutivo responsable de las competencias por ellos asumidas (Scotland Act, The Government of Wales Act, y The Northern Ireland Act, 1998); la ley que exige que los poderes públicos cumplan con las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos (Human Rights Act, 1998); la ley que estipula la eliminación de todos los pares hereditarios de la Cámara de los Lores, con excepción de 92, como primer paso para una reforma más amplia de esta Cámara (House of Lords Act, 1999); la ley que exige el registro de los partidos políticos; el control de las donaciones que reciben y los gastos de campaña electoral nacional, así como el establecimiento de una Comisión Electoral para supervisar las elecciones y regulación de la figura del referéndum (Political Parties, Elections and Referendums Act, 2000); la ley que crea el Tribunal Supremo, cuyos miembros no lo serán de la Cámara de los Lores (como ocurría con los *Law Lords*), prevé que sea el Lord Chief Justice, en lugar del Lord Chancellor, quien presida el poder judicial, y establece los criterios de selección y nombramiento de los jueces y magistrados (Constitutional Reform Act, 2005).

A pesar del axiomático calado constitucional de estas reformas, la doctrina constitucionalista británica argumenta que se efectuaron sin la suficiente reflexión y fundamentación jurídica y que en ocasiones han respondido a intereses políticos más que propiamente jurídicos. Bogdanor se atreve a calificarlas como “una nueva constitución”. Sin embargo, dado que las reformas se introdujeron de manera fragmentaria, no planificada y pragmática, en lugar de hacerse de una sola vez y en un documento unitario, la magnitud del cambio constitucional que representaban, ha pasado desapercibido⁴¹.

41 V. BOGDANOR, “An Era of Constitutional Reform”, *The Political Quarterly*, núm. 81, 2010, pp. 54.

Para este autor, la plasmación de principios constitucionales en estas leyes supone que se ha iniciado, aun inconscientemente, el camino hacia una Constitución escrita y codificada. Si bien, el camino se ha emprendido de una manera típica del *common law*, esto es, ad hoc, sin planear y sin un claro consenso acerca de cuál debe ser el resultado final⁴².

Así, el Reino Unido se encuentra en la actualidad en una situación intermedia que puede ser la peor de ambos mundos. La codificación parcial ha eliminado la previsibilidad y la flexibilidad que caracterizaban la Constitución británica sin proporcionarle la suficiente certeza ni las debidas garantías. Ciento es que ha brindado un mayor equilibrio entre los poderes, así como controles para frenar malas praxis, pero la precipitación y las premisas políticas bajo las que se debatieron y aprobaron algunas de las leyes han pasado por alto consecuencias que pueden traer resultados perversos⁴³. Es aquí donde el Constitucionalismo británico quizá podría haberse beneficiado más del camino ya andado por el continental.

Una de las razones por las que Reino Unido no tiene una Constitución codificada es precisamente porque nunca ha tenido un momento constitucional. Nunca ha se ha promulgado una Constitución, sino que esta simplemente ha ido evolucionando, sin sufrir alteraciones significantes desde la Revolución Gloriosa del siglo XVII y el Bill of Rights al que dio lugar. De alguna manera, el principio de soberanía parlamentaria ha actuado como un freno al pensamiento constitucional y ha servido para inhibirlo, porque si el Parlamento es soberano, no puede haber ninguna norma superior a las aprobadas por este, y como consecuencia, la Constitución, en cuanto *norma normarum*, no puede existir. Por ello, el abandono de la soberanía parlamentaria constituye una exigencia ineludible para el desarrollo de una Constitución. Un abandono que, como se ha apuntado, ya empieza a fraguarse en 1972 con la European Communities Act y a afianzarse aún más con los precedentes *Factortame* y *Thoburn*.

Los Estados normalmente no adoptan constituciones como resultado de un debate intelectual racionalizado sino tras una fractura de su continuidad constitucional, como una guerra o una revolución. Estas fracturas dan lugar a un comienzo constitucional, una suerte de momento fundacional y puede que el Brexit⁴⁴ sea lo más cercano que el Reino Unido ha tenido a este respecto⁴⁵.

42 V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, 5.^a ed., Hart Publishing, Oxford, 2009.

43 V. BOGDANOR, *Beyond Brexit - Towards a British Constitution*, I.B. Tauris, Londres, 2019, p. 266.

44 Nótese que, por economía literaria, escribimos Brexit refiriéndonos al referéndum de junio de 2016 y a los diversos procesos jurídico-políticos que desencadenó y no propiamente a la salida del Reino Unido de la Unión Europea que, a día de hoy, sigue siendo una incógnita.

45 V. BOGDANOR, *Beyond Brexit - Towards a British Constitution*, cit., pp. 276 y 277.

El Brexit, que se inició como una crisis política, parece destinado a convertirse inevitablemente en una crisis constitucional. Ciertamente, no es la primera vez que se plantean las desventajas del modelo constitucional británico, ni que se debate sobre una posible Constitución codificada. Es preciso apuntar, además, que ese largo debatir no ha versado solamente sobre el carácter jurídico-político del modelo constitucional, sino que se ha visto salpicado por la proverbial perseverancia inglesa a mantener las tradiciones e incluso, a una cierta reticencia a perder su estatus de originalidad y excepcionalidad constitucional.

Pero el Brexit ha sembrado tal desorden que es lo que realmente ha precipitado el caos constitucional. Es posible que marque, en este sentido, la fractura de la continuidad y sea el heraldo del momento constitucional. El aldabonazo necesario para el cambio de régimen pacífico, sin el preludio de una revolución o una guerra, sino por la concatenación de problemas constitucionales interconectados, que presionan insistente en busca de solución. Y es preciso admitir que esta posibilidad no supone, un salto al vacío tan grande como el que hubiera sido antes de que el Reino Unido se adhiriera a las Comunidades Europeas.

“Quizá nos hemos embarcado” dice Bogdanor, “en un camino hacia una nueva Constitución. Solo que lo hemos hecho de una manera muy británica”⁴⁶. Convendría hacerle notar que esta vez no es preciso andar solos el camino y que el constitucionalismo europeo, que lo tiene ya muy andado, se pone a disposición.

Resumen

En el artículo La (i)lógica de la Constitución británica frente al Brexit se plantea un análisis de la Constitución británica y se exponen sus peculiaridades a la luz del desarrollo histórico, de la filosofía jurídica que subyace y de las fuentes del derecho que la conforman. Se centra, asimismo, en el concepto de soberanía parlamentaria como principio rector de la Constitución y se examina cómo han ido quebrando los tradicionales paradigmas en los que se basaba su eficacia. La serie de reformas legislativas de formidable calado constitucional llevadas a cabo en las últimas décadas, junto con el caos constitucional derivado del proceso del Brexit, han significado para el constitucionalismo británico una verdadera incursión en aguas inexploradas y, posiblemente, suponga el aldabonazo hacia la reforma y la codificación de la Constitución.

Palabras clave

Constitución británica, Brexit, soberanía parlamentaria, reforma constitucional, Constitución codificada, common law.

46 V. BOGDANOR, “Imprisioned by a Doctrine: the Modern Defence of Parliamentary Sovereignty”, *cit.*, p. 190.

Abstract

This paper on The (i) logic of the British Constitution in the face of Brexit analyses the British Constitution, revealing its peculiarities in the light of its historical development, the underlying legal philosophy and the sources of law that comprise it. It also focuses on the concept of parliamentary sovereignty as the guiding principle of the Constitution and examines how the traditional paradigms on which its effectiveness is based have been fractured. The legislative reforms of extraordinary constitutional relevance carried out in the last decades, together with the constitutional chaos derived from Brexit, have resulted in the need for British constitutionalism to plunge into unchartered waters and will possibly herald the reform and codification of the Constitution.

Keywords

British Constitution, Brexit, parliamentary sovereignty, constitutional reform, codified Constitution, common law Constitution.

Recibido: 25 de noviembre de 2019

Aceptado: 10 de diciembre de 2019



LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA: UNA INSTITUCIÓN PARTICIPATIVA *SUI GENERIS* EN PROCESO DE REVISIÓN

*The european citizens' initiative: a *sui generis*
participatory institution under review*

JOSÉ EDUARDO ILUECA BALLESTER

Doctor en Derecho

SUMARIO:

- I. El déficit democrático de la Unión Europea.
- II. Incorporación de la iniciativa ciudadana europea al derecho originario de la Unión.
- III. Rasgos esenciales de su regulación jurídica.
- IV. Incidencia en la dinámica política de la Unión Europea.
- V. La necesidad de una reforma, pero... ¿qué reformar?
- VI. El proyecto de nuevo reglamento.
- VII. Conclusiones.

I. EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una de las críticas más repetidas al proceso de integración y al funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea (UE) es su débil legitimidad democrática. Las posibilidades de los ciudadanos europeos de influir en las actividades y decisiones de las instituciones comunitarias son escasas como resultado, en parte, de la peculiar dinámica supranacional seguida en la construcción de un espacio común político y jurídico. La expresión “déficit democrático” suele ser usada para referirse a un problema que tiene múltiples facetas, lo que complica su solución.

Las aproximaciones académicas al déficit democrático de la UE pueden agruparse en tres enfoques que sitúan el núcleo del problema en el funcionamiento institucional, en los procesos de adopción de decisiones o en la legitimidad social de la UE¹. Desde este último punto de vista, en algunos países

¹ C. RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, “¿Es el Parlamento Europeo el principal responsable del déficit democrático comunitario?”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 21, 2015, p. 118.

que, como España, han sido muchos años receptores netos de fondos europeos que han contribuido a su modernización la opinión pública ha sido favorable a la integración; sin embargo, esta percepción está cambiando en los nuevos contextos y las políticas europeas empiezan a verse como una amenaza para los estilos de vida de sus poblaciones, lo que genera desafección. En cualquier caso, esta legitimidad social –o su agotamiento– es, sobre todo, una legitimidad “de resultado”, de cariz coyuntural y, en esta medida, político. Los perfiles jurídicos de la cuestión habremos de buscarlos en los aspectos más estructurales: cómo se configuran las instituciones europeas y de qué manera se toman las decisiones en su seno.

Los intentos teóricos de sortear el problema recurriendo al carácter *sui generis* del sistema institucional europeo no lo eliminan, solo lo disfrazan. En esta línea, se ha defendido a veces que la aceptación de la autoridad europea no se sustenta en una legitimidad democrática sino en otra de carácter tecnocrático, que retribuye la capacidad de tomar decisiones eficaces en contextos de elevada complejidad. Aunque este modo de resolver la cuestión puede ser atractivo desde ciertas posiciones, la rendición acrítica a la tecnocracia como fuente de legitimidad encierra graves riesgos, ya señalados por García-Pelayo en referencia a los Estados nacionales, sobre todo la subordinación de otros valores y objetivos y la apertura, en consecuencia, a “la posibilidad de encubrir intereses de cualquier índole bajo el manto de la eficacia técnica y de justificar la marginación o represión de problemas incómodos para el sistema”².

También se ha intentado caracterizar a la UE como una “demoicracia”³. Ante la imposibilidad de identificar en Europa un *demos* unitario titular de la soberanía popular, se entiende que su comunidad política se asienta sobre las distintas –e independientes– soberanías de todos y cada uno de los *demoi* que participan en ella, de modo que la suma de múltiples voluntades soberanas, confluientes en ciertos objetivos compartidos, bastaría para dotar al sistema de legitimidad. Sin embargo, la imagen de la integración europea que subyace a la teoría de la “demoicracia” en Europa no es descriptiva, hoy por hoy, de la realidad política transnacional de una

2 M. GARCÍA-PELAYO ALONSO, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos* (2.ª edición), Alianza Universidad, Madrid, 1982, pp. 52-53.

3 F. CHENEVAL y F. SCHIMMELFENNIG, “The Case for Democracy in the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, núm. 2, 2013, pp. 334-350. Cfr. asimismo V. CUESTA LÓPEZ, “Una propuesta de sistematización de los referéndums sobre la Unión Europea en los Estados miembros”, en E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 329.

UE que es percibida por sus pueblos, en general, como una tecnoestructura alejada de ellos y esquiva a su control.

Desde cierta perspectiva, se señala que la causa principal del déficit democrático de las instituciones europeas y de su progresiva deslegitimación es la inexistencia de un *demos* europeo, visto como presupuesto inexcusable de cualquier proceso de unidad política. Otros análisis se centran en las deficiencias de un diseño institucional que hace muy difícil la participación política de los ciudadanos⁴. Sin entrar a debatir si es o no posible construir una identidad europea capaz de dar soporte a una integración política potente, de fundamentar una genuina soberanía europea, sí debemos señalar que tal cosa no parece realizable en el corto plazo. Por ello, la concreción de instrumentos jurídicos para reforzar la legitimidad democrática del sistema institucional europeo ha llegado a ser una necesidad sentida: mientras sea quimérico identificar un *demos* en el que las distintas ciudadanías europeas se reconozcan, cualquier idea de una soberanía popular europea ha de construirse a través de una reforma profunda del funcionamiento institucional que haga posible una mayor participación ciudadana en los procesos de decisión, vinculándolos más a la idea de elección –nuclear en la democracia– y menos a la de necesidad –propia del pensamiento tecnocrático–. Sin embargo, la intervención inevitable de la lógica de los Estados condiciona todo intento de participación ciudadana activa⁵. La integración exige la autolimitación de la soberanía en una doble dimensión, pues afecta al Estado como sujeto político al tiempo que a sus ciudadanos. Esto provoca distorsiones de la regla de las mayorías, articulada de modo tan complejo en el seno de la UE que genera el irremediable distanciamiento de la ciudadanía respecto a foros y mecanismos de decisión que les resultan prácticamente ininteligibles⁶.

Desde la perspectiva institucional, se ha puesto casi siempre el foco sobre el Parlamento Europeo, un órgano parlamentario cuyas pautas de configuración distan de las habituales en las democracias constitucionales –no es una cámara legislativa

4 I. SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, “El déficit democrático de la Unión Europea”, en I. LLAMAZARES VALDUVIECO y F. REINARES NESTARES (eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 93-94.

5 L. BURGUERA AMEAVE, “Identidad política y participación: la iniciativa ciudadana europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014, p. 394.

6 J. A. CAMISÓN YAGÜE (2016), “La regla de la mayoría: ¿se pervierte en el proceso de integración europea?”, EN I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (ed.), *Decidir por mayoría*, M. Pons, Madrid, 2016, pp. 163-176.

en sentido estricto ni ejerce una función de auténtico control al poder ejecutivo–, lo que suele relacionarse con las carencias democráticas de la Unión. Pero también debe atenderse a otros aspectos, como la representatividad, la responsabilidad y la rendición de cuentas, el sistema de partidos o el papel de los mecanismos de democracia directa. En esta línea, con la intención declarada de contribuir a una democracia más abierta frente a la tecnocracia elitista que actualmente inspira el funcionamiento de la UE, se ha incorporado al ordenamiento comunitario, a raíz del Tratado de Lisboa, la figura de la iniciativa ciudadana europea, mecanismo de participación política directa encuadrable en el género de las iniciativas populares pero con una alta dosis de originalidad, puesto que es la primera institución de este tipo de carácter transnacional¹⁷.

II. INCORPORACIÓN DE LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA AL DERECHO ORIGINARIO DE LA UNIÓN

La idea de incorporar herramientas de participación directa al orden político comunitario no es nueva. Podemos encontrar iniciativas del Parlamento Europeo o de los representantes de los Estados a lo largo de los últimos treinta años que no lle-

7 Desde el año 2011 se han publicado diferentes estudios jurídicos sobre esta original institución. En la doctrina española, podemos destacar –sin pretensión de exhaustividad– los trabajos de L. COTINO HUESO, “El reglamento de la iniciativa ciudadana europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de datos de los ciudadanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011, pp. 324-377; J. M. BILBAO UBILLOS, J. M., “La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 46, 2012, pp. 49-84; T. FREIXES SANJUÁN, “Iniciativa legislativa ciudadana y ciudadanía de derechos”, en R. Rebollo Vargas y F. Tenorio Tagle (dirs.), *Derecho penal, Constitución y derechos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 85-102; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, “La iniciativa ciudadana en la Unión Europea”, *Panorama social-FUNCAS*, núm. 17, 2013, 59-69; y L. BURGUERA AMEAVE, *op. cit.*, pp. 391-403. También es de interés la perspectiva comparada que aporta V. CUESTA LÓPEZ, “A Comparative Approach to the Regulation on the European Citizens’ Initiative”, *Perspectives on European Politics and Society*, vol. 13, núm. 3, pp. 257-269, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/15705854.2012.702571>. Asimismo, una reciente tesis doctoral ha tenido la iniciativa ciudadana europea como tema, atendiendo tanto a aspectos políticos como jurídicos: I. BÁEZ LECHUGA, *Ánalisis jurídico-político de la Iniciativa Ciudadana Europea en el contexto de un equilibrio institucional complejo: posibles efectos dinamizadores de la democracia a partir de la introducción de la iniciativa ciudadana en la Unión Europea*, BOE, Madrid, 2016, disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridical/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2016-53.

garon a cuajar, y también ha sido constante, con igual objetivo, la presión de muchas organizaciones y asociaciones civiles⁸. En el ámbito institucional, son antecedentes directos dos propuestas del Parlamento Europeo en 1988 y 1993 y, sobre todo, la realizada en 1966 por los ministros de exteriores de Austria e Italia, W. Schüssel y L. Dini, en 1996, en el marco de los trabajos preparatorios de la Conferencia Intergubernamental de Ámsterdam⁹.

En junio de 2003, en la última sesión de la Convención para el futuro de Europa, la iniciativa ciudadana europea fue incorporada en el art. 47.4 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, merced a una enmienda de Jürgen Meyer, representante del Parlamento alemán, de modo sorpresivo ya que la posibilidad de una iniciativa ciudadana europea despertaba reticencias y había sido tildada de utópica por muchos analistas. Como es sabido, el tratado se firmó en 2004 pero nunca entró en vigor tras el fracaso de los referendos de 2005 en Francia y Holanda. Aun así, la novedosa figura que había introducido pudo ver la luz unos años más tarde, con la firma del Tratado de Lisboa en 2007 y su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

El art. 1.12) del Tratado de Lisboa da una nueva redacción al título II del Tratado de la Unión Europea (arts. 9 a 12 TUE), bajo el rótulo “Disposiciones sobre los principios democráticos”, en la que se inscribe la regulación básica de la iniciativa ciudadana europea, definida en el art. 11.4 TUE en términos muy semejantes a como lo hacía el proyecto de Constitución para Europa: “un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”. El art. 24 TFUE, por su parte, remite a un reglamento del Consejo y del Parlamento la fijación de “los procedimientos y condiciones preceptivas para la presentación de una iniciativa ciudadana (...) incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten”. En cumplimiento de este mandato fue dictado el Reglamento 211/2011 del Par-

8 Atendiendo a los datos aportados por I. BÁEZ LECHUGA, *op. cit.*, p. 158, merecen ser destacadas en este sentido las actividades y propuestas de organizaciones y redes como *Eurotopia* o *Loccumer Erklärung* o, más recientemente, *Democracy International*.

9 Esta propuesta planteaba un derecho de iniciativa legislativa articulada, ejercida por al menos un 10% del electorado proveniente de tres o más Estados. I. BÁEZ LECHUGA, *op. cit.*, pp. 157-159.

lamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, sobre la iniciativa ciudadana (RIC). El marco regulatorio se completa con el Reglamento de ejecución (UE) núm. 1179/2011 de la Comisión, de 17 de noviembre, que establece las especificaciones técnicas para la recogida de apoyos a través de páginas web.

III. RASGOS ESENCIALES DE SU REGULACIÓN JURÍDICA

La lectura conjunta de los arts. 11 TUE y 24 TFUE no deja duda de que el Tratado de Lisboa ha instituido un nuevo derecho de ciudadanía europea, que se suma a los ya reconocidos en tratados anteriores y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰. Se trata de un derecho de naturaleza inequívocamente política y de ejercicio colectivo. Como herramienta participativa, la iniciativa ciudadana europea encaja en la categoría de las iniciativas populares, instituciones de participación política directa que permiten a una fracción de los ciudadanos impulsar la actuación del poder político y que se instrumentan a través de un proceso garantista de recogida de firmas. Dentro de ellas, responde a un modelo de iniciativa débil, en la medida en que la pretensión de los ciudadanos puede ser descartada o modificada por el órgano al que va dirigida, sin que la consecución del nivel de apoyo requerido genere vinculación alguna por su parte. Por lo demás, la definición de este derecho deja las manos libres al legislador europeo para configurar sus condiciones y su forma de ejercicio, pero fija unos límites básicos –subjetivos y objetivos– que deben ser respetados.

1. Legitimación y requisito de apoyo

El art. 11.4 TUE reserva a los nacionales de los Estados miembros la facultad de apoyar las iniciativas ciudadanas, lo que impide su extensión a otros colectivos por vía legislativa. De entrada, tal condicionamiento no se justifica a la vista de la naturaleza transnacional del instituto. Tratándose de un instrumento participativo que rebasa las fronteras estatales y es independiente de ellas pierden sentido los argumentos tradicionales contra la participación política de los extranjeros. Pero existen, además, consideraciones teóricas y funcionales que aconsejarían una apertura en este aspecto.

Desde un punto de vista teórico, la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía responde a una concepción clásica que identifica al ciudadano con el titular de los

10 T. FREIXES SANJUÁN, *op. cit.*, p. 88.

derechos políticos. El ordenamiento democrático, sin embargo, es poco compatible con una idea rígida de la relación entre ciudadanía y nacionalidad, construida bajo la regla del todo o nada, mientras que resulta coherente con una estructuración de la ciudadanía que permita distintos grados de participación en la comunidad política con diferente incidencia en la formación de la voluntad política¹¹. La lógica democrática invita a la mayor coincidencia posible entre quienes están sometidos a las normas jurídicas y quienes pueden participar, en uno u otro modo, en su elaboración. Desde esta perspectiva, cabe defender la participación de los nacionales de terceros países con residencia legal en la UE en procesos de carácter meramente propositivo, como las iniciativas ciudadanas, más aún si prestamos atención al papel que puede jugar como vehículo para la integración social a través de una relativa integración política. Puesto que la redacción vigente del art. 11.4 TUE impide por completo esta posibilidad, parece oportuno propugnar una reforma futura del derecho originario en este sentido¹².

Para suscribir las iniciativas, el reglamento regulador no exige la inscripción en un censo electoral, sino que se tenga la edad suficiente para votar en los comicios europeos de acuerdo a las legislaciones nacionales (art. 3.4 RIC), que es de dieciocho años excepto en Austria, donde está fijada en dieciséis. Esta equiparación es una opción legislativa no forzada que, como veremos, fue objeto de cierto debate en las etapas preparatorias previas al procedimiento legislativo que dio origen al RIC y que ha continuado siendo fuente de controversias con posterioridad.

La exigencia de al menos un millón de declaraciones de apoyo para que la iniciativa sea considerada parece, *prima facie*, razonable. La cifra supone, aproximadamente, el 0,2% de la población total de la UE, en línea con los Estados que tienen las regulaciones más favorables, desde este punto de vista, de sus iniciativas populares¹³. Sin embargo, esta apreciación se muestra engañosa si tenemos en cuenta que las difi-

11 Esta idea ha sido defendida con brillantez en la doctrina española por B. Aláez. Por ejemplo, *cfr.* B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?* Tribunal Constitucional – CEPC, Madrid, 2006.

12 Es la opinión, por ejemplo, de V. Cuesta. *Cfr.* V. CUESTA LÓPEZ, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 413, y, del mismo autor, V. CUESTA LÓPEZ, “A comparative approach...”, *op. cit.*, pp. 259-260.

13 Las firmas requeridas en Eslovenia (5.000), Holanda (40.000) y Portugal (20.000) representan un porcentaje semejante sobre sus respectivas poblaciones. Solo la iniciativa legislativa popular italiana, que precisa de 50.000 firmas, tiene un requisito inferior en términos porcentuales (alrededor del 0,1%). Como contrapunto, repárese que las 500.000 firmas necesarias en España para presentar una iniciativa legislativa popular suponen aproximadamente el 1,1% de los habitantes del país.

cultades para conseguir determinado porcentaje de apoyo crecen exponencialmente cuando aumenta la extensión del territorio en que debe ser recabado así como su población¹⁴. Y complica más la cuestión el hecho de que las declaraciones de apoyo deben proceder de al menos un cuarto de los Estados miembros, es decir, de siete Estados diferentes, y alcanzar en cada uno de ellos un umbral mínimo, resultante de multiplicar por setecientos cincuenta el número de sus diputados europeos (arts. 2.1 y 7.1 y 2 RIC)¹⁵. Los datos disponibles ponen de manifiesto que las exigencias relativas al respaldo popular han sido con frecuencia un obstáculo insuperable a lo largo de la corta vida de la iniciativa ciudadana europea. Volveremos sobre ello más adelante.

Siendo imposible, sin reforma del derecho originario, reducir el requisito de un millón de firmas, sería interesante aprovechar la flexibilidad que ofrece la expresión “un número significativo de Estados miembros”, empleada en el art. 11.4 TUE, y reducir por la vía de la reforma del reglamento tanto el número mínimo de países de procedencia de los apoyos –por ejemplo, a un quinto o un sexto de los Estados miembros– como el de los requeridos en cada uno de ellos.

2. Ámbito material y trámite de registro

El art. 11.4 TUE no impone a la iniciativa ciudadana expresas restricciones materiales, si bien la propuesta habrá de mantenerse dentro del ámbito en el que la Comisión tiene atribuidas sus facultades de iniciativa legislativa. Por otra parte, el art. 4 RIC establece un trámite de registro que es configurado como un auténtico trámite de admisibilidad y, en esta sede, concreta tanto la limitación anterior indicando que la falta de competencia, para que pueda fundamentar el rechazo de una iniciativa ciudadana la denegación del registro, ha de ser “manifiesta”, y exige adicionalmente que la iniciativa no sea “manifiestamente” abusiva, frívola o temeraria ni contraria a los valores de la Unión establecidos en el art. 2 TUE¹⁶, junto

14 Obviamente, no entraña la misma dificultad recabar doscientas firmas en un municipio de cien mil habitantes, que veinte mil en un Estado con una población de diez millones de personas o un millón en toda la UE. Siendo el porcentaje sobre la población total el mismo, la complicación de organizar y mantener la campaña informativa y la infraestructura para la recogida de firmas no es comparable.

15 Estos umbrales se recogen en el Anexo I al Reglamento, cuya actualización está prevista en caso de cambios en el número de parlamentarios atribuidos a los diferentes Estados. En España, la cifra mínima de declaraciones de apoyo a estos efectos, según dicho Anexo, es actualmente de 37.500.

16 Art. 2 TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana,

con otros requisitos formales relativos a la constitución del comité de ciudadanos (art. 4.2). Corresponde a la Comisión decidir sobre la admisión o denegación del registro, lo que tendrá que hacer en el plazo de dos meses desde su solicitud. Según lo visto, la regulación del trámite concede a la Comisión un margen apreciable de discrecionalidad al efecto, apenas atemperado por el recurso al carácter manifiesto –concepto jurídico indeterminado donde los haya– de los vicios materiales que pueden determinar la inadmisión, algo que no parece recomendable cuando la capacidad para decidir sobre la pretensión y la facultad de rechazarla *ad limine* coinciden en el mismo órgano.

Parece claro que la expresión “cuestiones que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados” no ampara solo a las iniciativas relativas a competencias exclusivas de la Unión, sino también a competencias compartidas, complementarias de la acción de los Estados, o incluso de coordinación entre estos, siempre que la Comisión esté facultada para proponer un acto jurídico, tanto si se trata de actos propios del *hard law*, es decir, vinculantes, como del *soft law*, por ejemplo las recomendaciones¹⁷. El Tribunal General ha precisado en una sentencia reciente¹⁸ que la noción de acto jurídico, a los efectos de admitir o no a trámite una iniciativa ciudadana europea, ha de ser interpretada del modo más abierto posible, abarcando incluso las acciones de tipo negativo, como la retirada de unas negociaciones o la paralización de un procedimiento legislativo en curso.

Se ha discutido si sería o no posible el uso de la iniciativa ciudadana para sugerir propuestas de modificación del derecho primario. Si bien conforme al art. 48 TUE la Comisión es titular de la iniciativa a estos efectos tanto en el procedimiento ordinario como en el simplificado, la opinión mayoritaria es que, al ser propuestas sobre actos jurídicos “para los fines de la aplicación de los Tratados”, la reforma de los mismos quedaría excluida. No obstante, se puede oponer como argumento fun-

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”.

17 T. FREIXES SANJUÁN, *op. cit.*, pp. 96-97.

18 En esta resolución, el tribunal anula la decisión de la Comisión por la que se denegó en 2014 el registro de la iniciativa ciudadana “*Stop TTIP*”, que instaba a la Comisión a recomendar al Consejo la revocación del mandato para negociar el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones. Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2017, Efler y otros/Comisión, T-754/14, EU:T:2017:323. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;text=&docid=190563&pageIndex=0&clang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4343484>.

dado que los tratados constitutivos, a diferencia de las constituciones de los Estados, suelen regular de modo detallado cuestiones que en los ordenamientos nacionales corresponden a la ley, por lo que situar fuera del alcance de la iniciativa de los ciudadanos europeos las propuestas de modificación de los Tratados les impide jugar un papel activo en los asuntos políticos más importantes¹⁹. Sea como fuere, una consideración sistemática del reglamento evidencia que el objeto de las propuestas ciudadanas es la implementación de los Tratados, no su modificación²⁰, y la misma Comisión, en sus documentos de apoyo a los interesados, se ha preocupado de disipar las dudas sobre el tema²¹.

Por supuesto, frente a los elementos de discrecionalidad descritos en el trámite de registro los promotores de las iniciativas cuentan con el recurso ante los tribunales europeos, por lo que la Comisión está obligada a motivar suficientemente su resolución inadmisoria y comunicar a los organizadores las vías judiciales a su disposición (art. 4.3 RIC). Aun así, emprender un litigio es siempre una decisión difícil que acarrea, además, el riesgo no desdeñable de la condena en costas, por lo que no cabe esperar un uso generalizado. Como veremos después, más de la cuarta parte de las solicitudes de registro han sido denegadas, un porcentaje realmente elevado. Los organizadores han recurrido seis de estas denegaciones ante el Tribunal General, que confirmó la decisión inadmisoria en las cuatro primeras ocasiones²² tras analizar los

19 J. M. BILBAO UBILLOS, “La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 46, 2012, p. 53.

20 I. BÁEZ LECHUGA, *op. cit.*, p. 307.

21 Por ejemplo, en la página web del Registro Oficial de la Iniciativa Ciudadana Europea, en el apartado de “Preguntas frecuentes”, a la pregunta núm. 3 (¿Se puede solicitar la revisión de los Tratados mediante una Iniciativa Ciudadana Europea?), se responde: “NO - de conformidad con lo dispuesto en el Tratado, las iniciativas ciudadanas solo pueden referirse a cuestiones que los ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”. Disponible en: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/faq?lg=es>.

22 Sentencias del Tribunal General de 30 de septiembre de 2015, Anagnostakis/Comisión, T-450/12, EU:T:2015:739, de 10 de mayo de 2016, Izsák y Dabis/Comisión, T-529/13, EU:T:2015:739, de 19 de abril de 2016, Costantini y otros/Comisión, T-44/14, EU:T:2016:223, y de 5 de abril de 2017, HB y otros/Comisión, T-361/14, EU:T:2017:252. Disponibles, respectivamente, en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=168881&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4343484>,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=177961&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4343484>,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=176441&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4343484> y

argumentos de los demandantes con una perspectiva esencialmente formal, pero que las ha anulado en las dos últimas, ambas en 2017²³. En la sentencia del asunto *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe/Comisión* –ha incorporado el principio de registro parcial del contenido de las iniciativas, permitiendo rechazar aquellas partes que impliquen la propuesta de un acto jurídico manifiestamente ajeno a las competencias de la Comisión y admitir el resto. En cuanto a la sentencia del asunto *Efler y otros/Comisión*–, ha marcado un punto de inflexión al introducir en la fundamentación jurídica la referencia al principio democrático y a la función dinamizadora del debate político en Europa que deben jugar las iniciativas ciudadanas como criterios en los que basar una interpretación *pro cives*, lo más abierta posible, del art. 4.2 RIC.

En todo caso, a través de la jurisprudencia, de la autolimitación de la Comisión en cuanto a la aplicación de las causas materiales de exclusión o de cambios en su régimen jurídico, cabe defender hacia el futuro que el registro de las iniciativas ciudadanas europeas aproxime sus perfiles a los de un trámite estrictamente reglado sin demasiado espacio para la discrecionalidad. Máxime cuando los datos del derecho comparado indican que la ausencia de restricciones materiales es un factor determinante para que estos mecanismos de iniciativa interesen y sean atractivos para la ciudadanía²⁴.

3. El comité de ciudadanos y sus atribuciones

La titularidad del derecho a participar en la política de la Unión a través de la iniciativa ciudadana europea solo cabe atribuirlo, a la vista del art. 11.4

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=189618&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=4346136> (en francés).

23 Sentencias del Tribunal General de 3 de febrero de 2017, *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe/Comisión*, T-646/13, EU:T:2017:59, en la que anula la decisión de la Comisión de no registro por insuficiencia de la motivación, y de 10 de mayo de 2017, *Efler y otros/Comisión*, T-754/14, EU:T:2017:323, ya citada y comentada anteriormente. Disponibles, respectivamente, en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187422&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4343484>, y

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190563&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4343484>.

24 O. SUÁREZ ANTÓN, “¿Una nueva oportunidad para la Iniciativa Ciudadana Europea?” *L'Opinió*, núm. 35, 2017, disponible en: http://www.fcampalans.cat/opinio_detail.php?idact=1345&tipus=#1.

TUE, a los ciudadanos que sean nacionales de un Estado miembro, y solo quienes suscriben la iniciativa ejercen este derecho como tal y de modo colectivo en el momento en que la propuesta es presentada ante la Comisión con el aval de apoyo requerido. Sin embargo, la propia naturaleza de las instituciones de participación política “desde abajo” exige siempre, para la efectividad del derecho al que dan soporte, la intervención instrumental de un grupo de personas que actúen como impulsores del proceso de participación dirigido a lograr un objetivo político por ellos deseado y definido y, por otro, como representantes de los ciudadanos firmantes a lo largo del procedimiento. La composición y las facultades reconocidas a estos promotores pueden ser configuradas de muy diferentes maneras, pero su papel es imprescindible y comparable, salvando las distancias, al que juegan los partidos políticos en el procedimiento electoral: servir de cauce instrumental a la participación política de los ciudadanos²⁵. El legítimo interés de los organizadores con respecto a la iniciativa ciudadana y su calidad de destinatarios de las decisiones de la Comisión a ella referidas fundamentan su capacidad para recurrir ante el Tribunal General de la UE, en primera instancia, dichas decisiones²⁶.

Los organizadores deben constituir un comité de ciudadanos formado por al menos siete personas físicas residentes en siete Estados miembros distintos de la Unión, no computándose aquellas en quienes concurra la condición de parlamentario europeo (art. 3.2 RIC). Este comité designará a un representante y a un sustituto como “personas de contacto” habilitadas para hablar y actuar en su nombre ante las instituciones europeas. La exclusión de las personas jurídicas fue un aspecto debatido durante el procedimiento legislativo, sobre todo porque impedía a los partidos políticos ser organizadores, lo que generó resistencias a aceptarla²⁷. La solución finalmente adoptada no desvincula por completo esta herramienta de participación directa del sistema representativo, en la medida en que los parlamentarios europeos pueden integrar el comité de ciudadanos, aunque no sumen para conseguir el número mínimo de siete miembros²⁸.

25 M. R. PÉREZ ALBERDI, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, p. 310.

26 Arts. 256.1 TFUE: “El Tribunal General será competente para conocer en primera instancia de los recursos contemplados en los artículos 263, 265, 268, 270 y 272 (...).” Art. 263 TFUE: “(...) Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso (...) contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente”.

27 I. BÁEZ LECHUGA, *op. cit.*, p. 216.

28 Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 65-66.

Este comité se encarga, en primer lugar, de redactar el texto de la proposición y someterlo al trámite de registro. El texto puede adoptar la forma de un proyecto de acto jurídico, aunque ello no es obligatorio. La iniciativa ciudadana europea responde, por tanto, al modelo de iniciativa simple –se plantea en términos generales y deja libertad a la Comisión para decidir, en su caso, qué tipo de acto jurídico y qué contenido concreto son los adecuados–, pero da la opción a los organizadores de registrar una iniciativa formulada (art. 4.1 RIC en relación con el Anexo II). Para algunos autores, este esquema, aunque facilita la tarea de los organizadores en el momento de elaborar sus propuestas, rebaja el contenido de participación política del derecho de iniciativa y termina por aproximarla a una suerte de derecho de petición reforzado²⁹.

Superado el control de legalidad y confirmado el registro, el comité de ciudadanos se ocupa de gestionar la iniciativa en las diferentes fases del procedimiento. Así, le competen la organización y el desarrollo de la campaña de recogida de apoyos en los diferentes países (arts. 5 y 6 RIC) y la presentación ante la Comisión de las certificaciones de estos apoyos emitidas por las autoridades competentes de los Estados miembros (arts. 8 y 9). Asimismo, el comité de ciudadanos puede retirar libremente la propuesta en cualquier momento anterior a la presentación de los apoyos, pero no con posterioridad (art. 4.5). En el procedimiento subsecuente, la única posibilidad de intervención relevante con que cuentan los organizadores es la celebrar una audiencia pública en el Parlamento Europeo, con representación de la Comisión y de otras instituciones europeas si fuese necesario, para presentar su propuesta (art. 11).

4. Recogida de las declaraciones de apoyo

Los arts. 5 y 6 RIC establecen el procedimiento para la recogida de las declaraciones de apoyo, que podrán ser recabadas en papel o electrónicamente y se ajustarán a un modelo oficial (Anexo III). El comité de ciudadanos dispone de doce meses, desde la fecha de registro de la iniciativa ciudadana (art. 5.5), para llevar a cabo esta labor. El plazo, en principio, parece suficiente, tanto para recabar el millón de apoyos que como mínimo se precisan como para promover y mantener durante cierto tiempo una campaña de concienciación y movilización ciudadana respecto de temas que suelen ser controvertidos, una función consustancial a las herramientas de participación política impulsadas “desde abajo”. Si los organizadores pretenden recoger declaraciones electrónicas de apoyo han de crear un sistema al efecto conforme a las especificaciones del art. 6.4 RIC y del Reglamento 1179/2011 de la Comisión,

29 L. BURGUERA AMEAVE, *op. cit.*, p. 401.

que ha de ser acreditado por la autoridad competente designada a estos efectos por cada Estado³⁰. Además, la Comisión queda obligada a facilitar a los organizadores, de modo gratuito, *software* de código abierto con las características técnicas y de seguridad que garanticen el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias sobre la recogida de firmas a través de páginas web (art. 6.2 *in fine*).

La previsión detallada de un mecanismo para la recolección de los apoyos ciudadanos a través de internet, que intenta aunar la garantía indispensable del procedimiento y la necesidad de facilitar una tarea que se ve complicada por la amplitud del espacio geográfico sobre el que se proyecta, es, sin duda, uno de los aspectos más destacables de esta regulación de la iniciativa ciudadana europea, cuyo entero diseño se orienta a favorecer la suma de apoyos por vía telemática, a través de las nuevas tecnologías e internet. Esta novedosa característica se hace presente asimismo en la atención que la norma presta a la seguridad de los datos, que los sistemas informáticos empleados han de garantizar (art. 6.4 b), imponiendo estrictas obligaciones a los organizadores y a las autoridades nacionales, considerando tanto a aquellos como a estas responsables del tratamiento de los datos y de los eventuales daños (art. 12).

Con el RIC apenas entrado en vigor, Cotino Hueso veía en él una auténtica norma del siglo XXI no solo porque impulsaba la recogida de los apoyos por vía electrónica, sino porque partía de la premisa de que esta iba a ser la forma básica, cuando no exclusiva, de articular las iniciativas ciudadanas europeas en el futuro³¹. Desde la óptica de facilitar el conocimiento y la firma electrónica de las iniciativas en curso, lo mejor sería que la Comisión dispusiese y gestionase una plataforma común que permitiera el acceso al contenido de las iniciativas y el apoyo *on line* de las mismas, lo que evitaría, por otra parte, una carga a los organizadores y a los Estados miembros y ofrecería mayores garantías en cuanto a la protección de los datos personales³².

5. Comunicación de la Comisión

La verificación y certificación de las declaraciones de apoyo compete a las autoridades nacionales designadas por cada Estado miembro (art. 80, en relación con el art. 15 RIC)³³. Si con ello se acredita el respaldo ciudadano requerido para la validez de la

30 En España la autoridad designada competente es la Oficina del Censo Electoral.

31 L. COTINO HUESO, *op. cit.*, p. 342.

32 Una propuesta en este sentido, finalmente desechada, fue planteada en el Parlamento Europeo durante el procedimiento legislativo para la aprobación del RIC. L. COTINO HUESO, *op. cit.*, p. 345.

33 En España, a la Oficina del Censo Electoral.

iniciativa, los promotores podrán presentarla a la Comisión junto a las certificaciones y a la información sobre las ayudas y la financiación recibidas (art. 9). La Comisión habrá de recibir a los organizadores para que expliquen los detalles de la propuesta planteada y dispondrá de tres meses para su examen, durante los cuales podrá celebrarse, a solicitud del comité de ciudadanos, la audiencia pública a que nos hemos referido en un punto anterior. Transcurrido el plazo, recogerá en una comunicación “sus conclusiones finales de carácter jurídico y político sobre la misma, las medidas que en su caso se proponga adoptar y las razones para actuar así o para no hacerlo” (art. 10.1 RIC); esta comunicación tiene que ser notificada a los organizadores, al Parlamento Europeo y al Consejo y, además, ha de hacerse pública (art. 10.2).

La Comisión no está, por tanto, forzada a adoptar medida alguna. La forma en que se ha configurado la institución de la iniciativa ciudadana europea implica un juicio de oportunidad por su parte que puede conducir al rechazo o a la aceptación pero, en este segundo caso, la Comisión es libre para adoptar las medidas expresamente solicitadas u otras en la esfera de sus competencias, en el entendido de que si son actos legislativos solo podrán darse en el plano de la iniciativa, único en el que goza de atribuciones. Así pues, la vinculación de la Comisión con una iniciativa ciudadana que ha culminado con éxito la recogida de apoyos se limita a que no puede rechazarla ni negarse a actuar sin exponer y fundamentar los motivos de tal decisión.

Estamos, como expresamente enuncia el art. 11.4 TUE y repite la definición del art. 2.1) RIC, ante una “invitación” de la ciudadanía a que quien puede ejercer la iniciativa legislativa –la Comisión– lo haga en el sentido pretendido. Por tanto, la facultad conferida a un millón de ciudadanos no es la de una iniciativa legislativa en sentido pleno sino la de una iniciativa de segundo grado. No supone el traspaso a la ciudadanía de la capacidad de decidir sobre nada, pero tampoco la de impulsar la intervención de un órgano legislativo, pues la Comisión no lo es. Solo si la Comisión decide finalmente seguir adelante con la propuesta se pondrá en marcha el procedimiento legislativo.

Este exceso de interposición entre una iniciativa ciudadana que ha superado todos los requisitos demandados por la norma y su eventual desarrollo legislativo ha sido uno de los aspectos más cuestionados por una parte de la doctrina española en relación con la iniciativa ciudadana europea, y es una opción regulatoria que reproduce, en el ámbito de la UE, los recelos existentes *ad intra* en muchos Estados-miembro ante los instrumentos de iniciativa popular³⁴. Para Burguera Ameave,

34 Esta es la opinión, por ejemplo, de T. FREIXES SANJUÁN, *op. cit.*, p. 101, a quien le parece que el temor existente ante estos instrumentos de la democracia participativa en la mayor parte de

la regulación de la iniciativa ciudadana europea deja a esta institución “en manos de la Comisión”, lo que relaciona con las específicas competencias con que cuenta el órgano ejecutivo europeo en orden a la proposición legislativa en el diseño de la UE³⁵, y conviene reclamar un reequilibrio institucional que aproxime más la gobernanza europea al sistema parlamentario tradicional. Sería en este marco donde instituciones de democracia participativa como las iniciativas ciudadanas podrían alcanzar un mayor grado de eficacia y de influencia en la vida política de la Unión.

IV. INCIDENCIA EN LA DINÁMICA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA

El régimen jurídico de la iniciativa ciudadana europea, atendiendo a los datos suministrados por el derecho constitucional comparado, no es especialmente restrictivo si reparamos en las condiciones y requisitos que se imponen a la participación. Sin embargo, a la vista del elevado grado de interposición entre la voluntad inicial y el eventual resultado normativo, hemos de coincidir con Cuesta López en su apreciación de que la funcionalidad de la institución dependerá de la actitud receptiva de las instituciones hacia las demandas políticas razonables planteadas por los ciudadanos de la UE (2013: 267). Desde este punto de vista, la regulación de la figura participativa que nos ocupa no parece la más adecuada, y así lo confirman los datos sobre incidencia en la dinámica política de la UE a lo largo de sus casi siete años de historia, que reflejamos en la tabla inserta al final de este trabajo y que comentamos en los párrafos siguientes.

Desde el 1 de abril de 2012, fecha de aplicación del RIC, hasta el 5 de diciembre de 2018 se formularon un total de 72 propuestas a la Comisión de las que solo cuatro han conseguido, hasta el momento, completar con éxito su andadura y reunir el número requerido de apoyos ciudadanos dentro del plazo establecido³⁶. Se trata

los Estados miembros de la UE se ha transmitido al legislador de la iniciativa ciudadana europea, “no tanto por el número de firmas o apoyos a recabar, que no es excesivo, dada la población del conjunto de los Estados miembros de la UE, sino por la farragosa tramitación y la no vinculación de la Comisión Europea a la propuesta”. En sentido semejante, Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 64, escribe que “como ya se vio también en el caso de España, la regulación ha sido profundamente cicatera y restrictiva, mostrando siempre un cierto temor a abrir una vía alternativa al pétreo sistema representativo”.

35 L. BURGUERA AMEAVE, *op. cit.*, p. 64.

36 Se trata de tres proposiciones registradas en 2012 que llevan por título, respectivamente, “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano ¡EL agua no es un bien comercial, sino un bien público!”, “Uno de nosotros” y “Stop vivisection”, y una cuarta más reciente, con fecha de registro

de un dato ciertamente pobre, que apunta claramente a que la configuración dada a esta institución no facilita que las iniciativas prosperen.

Dieciocho de estas iniciativas no superaron el control de admisibilidad y su registro fue denegado, cifra que supone una proporción importante del total³⁷. En todos los casos, la causa esgrimida por la Comisión fue el situarse “manifestamente fuera del ámbito de competencias de la Comisión para presentar una propuesta de acto jurídico de la Unión para los fines de aplicación de los Tratados”. Ni la contradicción con los valores de la UE ni el carácter abusivo, temerario o frívolo de las propuestas han provocado nunca la denegación de su registro. Aunque el control preliminar de la iniciativa es inobjetable por el interés en evitar el inicio de una campaña de colección de apoyos –que exige un gran esfuerzo– si esta se dirige a un objetivo imposible, el juicio de admisibilidad nunca puede convertirse en un juicio de oportunidad, reservado a fases ulteriores del procedimiento, y el mismo art. 4.2 RIC dispone que la falta de competencia de la Comisión ha de ser “manifesta” para que pueda operar como causa de exclusión en esta fase. Parece conveniente, en consecuencia, una aplicación no rigorista en este punto, máxime si se tiene en cuenta que la Comisión cuenta con un amplio margen de maniobra a la hora de atender la iniciativa, que le permite adoptar medidas diferentes de las que esta demanda expresamente.

De las 54 proposiciones finalmente registradas, quince fueron retiradas por los organizadores antes de vencer el plazo para la recogida de firmas, dieciséis no consiguieron el respaldo ciudadano necesario y solo cuatro, como ya se ha dicho, culminaron con éxito todo el proceso. De las restantes, siete permanecían abiertas a la fecha de cierre de estos datos y dos habían cumplido el plazo de recogida sin que hubiese constancia en la Comisión de si habían conseguido o no el respaldo ciudadano.

Las cuatro iniciativas ciudadanas que han prosperado hasta el momento han corrido distinta suerte a la hora de ser examinadas por la Comisión. Para empezar, es preciso anotar la dificultad que entraña calificar la consideración de las mismas como positiva o negativa, dada la flexibilidad con que cuenta la Comisión a la hora de atender la petición. Nuestro criterio ha sido dar la iniciativa por rechazada si la Comisión, en su respuesta, no anuncia su intención de impulsar medida legislativa alguna en el sentido de la petición ciudadana, aunque sí lo haga en referencia a otros

en 2017 y titulada “Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos”. Véase <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful>.

37 Más aún si se tiene en cuenta que algunas iniciativas han sido registradas en cumplimiento de resoluciones del Tribunal General, después de haber sido inadmitidas y tras los pertinentes recursos.

tipos de actuaciones, y calificarla como aceptada cuando se declare la voluntad de iniciar un procedimiento legislativo, aunque no sea del todo coincidente con el sentido de la propuesta.

Siguiendo estas pautas, podemos concluir que ha sido aceptada por la Comisión la iniciativa ciudadana titulada “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano”, registrada en 2012 y primera en alcanzar el requisito mínimo de apoyos. En su comunicación de 19 de marzo de 2014 la Comisión se comprometía a la adopción de varias medidas concretas con las que dar inicio a un itinerario de revisión de la legislación europea sobre el agua de consumo humano para una mejor garantía del derecho al agua potable y al saneamiento en los Estados miembros³⁸. Y también habría que considerar aceptada, al menos en parte, la iniciativa registrada en 2017 sobre “Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos” pues, aunque la pretensión nuclear –prohibir el glifosato como herbicida por sus presuntos efectos sobre la salud y el medio ambiente– se descartó, la Comisión sí fue receptiva a otras peticiones periféricas y ha presentado en 2018 una propuesta legislativa para aumentar la transparencia de las evaluaciones científicas y la calidad y la independencia de los estudios científicos en el ámbito de la seguridad alimentaria³⁹. En realidad, la actuación de la Comisión en este caso es una buena muestra de cómo la manera en que se ha configurado este mecanismo de participación política permite generar la apariencia de que se acepta la proposición de los ciudadanos al tiempo que se desvirtúa por completo su contenido. No es de extrañar que los organizadores y defensores de la iniciativa expresaran su profundo malestar ante la respuesta de la Comisión y acusaran a esta de intentar enmascarar la negativa a prohibir el glifosato con vagas promesas de transparencia hacia el futuro.

Sin embargo, otras dos proposiciones del año 2012 que superaron también el millón de apoyos –“Uno de nosotros”, cuyo objetivo era prohibir y dejar de financiar en el ámbito de la UE actividades que implican la destrucción de embriones humanos, y “*Stop vivisection*”, que pedía la abolición, en este mismo ámbito, de

38 Comunicación de la Comisión relativa a la iniciativa ciudadana europea “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!”, de 19 de marzo de 2014, COM(2014) 177 final. Disponible en:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-177-ES-F1-1.Pdf>

39 Comunicación de la Comisión sobre la iniciativa ciudadana europea “Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos”, de 12 de diciembre de 2017, C(2017) 8414 final. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2017/ES/C-2017-8414-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

la experimentación con animales– han merecido un juicio de oportunidad negativo por parte de la Comisión que le ha llevado a no proponer ninguna medida legislativa⁴⁰.

Por otra parte, la revisión de los datos desde una perspectiva diacrónica pone de manifiesto que las expectativas iniciales en torno a esta institución participativa transnacional se han desinflado con gran rapidez. Hasta el 31 de diciembre de 2013, es decir, en menos de dos años de aplicación del RIC, se intentaron 36 iniciativas ciudadanas europeas, la mitad de las presentadas a lo largo de todo el período de vigencia de esta norma, y veintitrés se registraron antes del 31 de diciembre de 2012, durante los primeros nueve meses de vida de la institución. Desde entonces el ritmo de presentación de iniciativas ha disminuido sensiblemente, destacando –por lo es-
caso– el dato de 2016, año en el que se presentaron solo tres.

El dato de contraste lo ofrece el número de denegaciones en la fase de registro, que muestra una tendencia claramente descendente, concentradas entre los años 2012 y 2014 y menos frecuentes después. Esto se explica en parte por la disminución del número de intentos, pero también evidencia que se da una mejor correspondencia entre los objetivos de las iniciativas ciudadanas y las posibilidades que ofrece el marco de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros. En cualquier caso, la disminución tanto del número de iniciativas intentadas como de las finalmente registradas es un hecho que demuestra lo inadecuado de la configuración actual de esta herramienta. En nuestra opinión, la necesidad de superar el trámite de registro, la dificultad que entraña conseguir las declaraciones de apoyo que se exigen y el riesgo de que todos los esfuerzos a la postre resulten infructuosos si la Comisión, tras haber culminado con éxito la recogida de firmas, desestima o desvirtúa la propuesta, conforman una triple barrera con un claro efecto disuasorio.

Si la iniciativa ciudadana europea estaba llamada a ser un vehículo preferente para la participación democrática de los ciudadanos en la vida política de la UE y para aumentar el grado de legitimación de los procesos de toma de decisiones en su seno, el análisis de su incidencia, transcurridos algunos años, resulta, desde esta

40 Comunicación de la Comisión sobre la iniciativa ciudadana europea “Uno de nosotros”, de 28 de mayo de 2014, COM(2014) 355 final, y Comunicación de la Comisión sobre la iniciativa ciudadana europea “*Stop vivisection*”, de 3 de junio de 2015, C(2015) 3773 final. Disponibles, respectivamente, en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-355-ES-F1-1.Pdf>, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2015/ES/3-2015-3773-ES-F1-1.PDF>.

perspectiva, desalentador. No es de extrañar, por tanto, que la Comisión hiciese públicas en abril de 2017 su intención de acometer la revisión del reglamento regulador de las iniciativas ciudadanas con el fin de mejorar el uso de este instrumento participativo⁴¹.

V. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA. PERO... ¿QUÉ REFORMAR?

A los pocos años de su entrada en vigor, revisar la iniciativa ciudadana europea ha sido una necesidad que los datos de incidencia en la vida política de la UE han hecho evidente. La decisión de la Comisión de impulsar una reforma es, desde este punto de vista, loable. Ahora bien, la claridad del objetivo no puede ocultar que cabe proponer distintos medios para conseguirlo. En la primera parte de este breve estudio hemos señalado cuáles son, a nuestro parecer, las insuficiencias más importantes de la regulación vigente. Las recuperamos ahora para exponerlas en forma sucinta y ordenada, junto con las directrices básicas que en nuestra opinión deberían orientar su corrección y que servirán de parámetro para un análisis crítico, en la última parte de este trabajo, de la reforma normativa que entrará en vigor en 2020.

a) La legitimación para participar es restrictiva, establecida a partir de una identificación en este punto con el derecho de sufragio que no se justifica habida cuenta del carácter propositivo de la institución y de que su función básica es estimular y dar cauce al debate político sobre temas de interés social. Hay que tener en cuenta que una ampliación a los nacionales de terceros países que residan de modo permanente en la UE requeriría la modificación del art. 14.1 TUE y no sería factible por medio de una simple reforma del reglamento. Por el contrario, esta vía si permitiría extender la legitimación a sujetos que no hayan alcanzado la edad electoral.

b) La cifra de un millón de apoyos se muestra en la práctica como un obstáculo importante –con frecuencia insalvable– por la amplitud y heterogeneidad del espacio público europeo, más aún cuando se exige una importante dispersión territorial de los apoyos, sin que la posibilidad de establecer sistemas informáticos para la firma *on line* de las iniciativas ofrezca una solución satisfactoria a esta cuestión.

c) El número de registros denegados ha sido alto, sobre todo en los primeros años, constatándose un margen para la discrecionalidad en cuanto a la admisión límitar de las propuestas que convendría reducir. Además de incorporar la opción del

41 En un discurso pronunciado el 11 de abril de 2017, el vicepresidente primero de la Comisión Europea, F. Timmerman, anunciaba la intención de dar inicio a un procedimiento de revisión de este reglamento antes de la finalización de 2017. Véase el comunicado de prensa de la Comisión Europea al respecto en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-17-950_en.htm.

registro parcial, siguiendo la estela de la sentencia del Tribunal General en el asunto *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe/Comisión*, debería considerarse la posibilidad de encomendar a un órgano independiente el juicio de admisión⁴².

d) Por otra parte, no se justifica que no puedan presentarse propuestas de modificación de los Tratados a través de la iniciativa ciudadana europea, una exclusión que no se deduce necesariamente de la ambigua expresión “acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados” que usa el art. 14.1 TUE. Una interpretación *pro cives* de este precepto, diferente a la mantenida por la doctrina mayoritaria y por la misma Comisión, combinada con una reforma del reglamento de la iniciativa ciudadana, haría posible esta extensión de su ámbito objetivo.

e) La configuración jurídica de la iniciativa europea, esencialmente como “invitación” a la Comisión a que impulse una función legislativa que corresponde a otros órganos, junto con la plena libertad que se concede a esta Comisión para no considerar la propuesta o para interpretar cuál debe ser su traducción legislativa supone un exceso de interposición que puede hacer que proposiciones exitosas queden en nada o resulten desfiguradas. El carácter puramente propositivo de la institución se colige de la redacción del art. 14.1 TUE, pero una revisión del reglamento podría atemperarlo, incorporando mecanismos para una intervención activa del comité de ciudadanos durante la fase de examen de la iniciativa o incluso, llegado el caso, en el ulterior procedimiento legislativo⁴³; y también podría facultar a los promotores para retirar la iniciativa en cualquier momento si se entiende que las medidas propuestas

42 En este sentido, véase Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Iniciativa Ciudadana Europea, de 23 de marzo de 2017 (DO C 247, de 13 de julio de 2017, p. 64). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:247:FULL&from=ES>. En la enmienda núm. 4, en concreto, se propone que la admisibilidad de las iniciativas ciudadanas sea evaluada por un comité independiente de siete miembros compuesto por juristas y representantes del mundo académico y de la sociedad civil europea, y que su decisión sea vinculante para la Comisión.

43 Los organizadores de las iniciativas han insistido reiteradamente en el problema que supone esta desconexión, así como la necesidad de un mayor diálogo e interacción con las instituciones europeas implicadas, sobre todo tras la adopción de la comunicación de la Comisión sobre la iniciativa ciudadana. Se ha reclamado, en este sentido, un proceso de examen y seguimiento más estructurado, con más participación, incorporando mecanismos de diálogo formalizado entre los ciudadanos proponentes de determinados actos jurídicos y las instituciones que deben aprobarlos finalmente. Véase: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre la aplicación del Reglamento (UE) núm. 211/2011 sobre la iniciativa ciudadana”, COM(2015) 145 final, 31-3-2015, p. 17. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-145-ES-F1-1.PDF>.

se separan de los objetivos perseguidos por los proponentes o llegan a adulterar su contenido.

VI. EL PROYECTO DE NUEVO REGLAMENTO

Tras el anuncio hecho por F. Timmerman en abril de 2017 la Comisión acometió de inmediato la tarea de revisar el RIC. Entre el 24 de mayo y el 16 de agosto del mismo año llevó a cabo una consulta pública abierta en la que los ciudadanos y las partes interesadas pudieron responder a un cuestionario publicado en todas las lenguas oficiales de la UE; se recibieron, además, veintitrés documentos de posición provenientes de universidades, organizaciones o autoridades públicas⁴⁴. El 13 de septiembre de 2017, la Comisión adoptó una “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la iniciativa ciudadana europea”⁴⁵ (PRIC), iniciativa que está a punto de culminar su *iter* legislativo y cuyo texto definitivo ya ha sido consensuado y espera la aprobación definitiva por el Parlamento y el Consejo y su consiguiente publicación oficial⁴⁶. En los siguientes párrafos expondremos sucintamente los principales cambios en esta nueva versión del reglamento –que entrará en vigor el 1 de enero de 2020– respecto a la norma actual para hacer después una valoración global.

1. Principales cambios que se introducen

Las aportaciones esenciales sobre las que descansa la carga renovadora de la reforma son, a nuestro juicio, las que siguen:

a) Disminuir el porcentaje de denegaciones de registro es uno de los principales objetivos que se persiguen. Partiendo de la idea de que la principal causa es la falta de información suficiente sobre el ámbito y los requisitos de las iniciativas ciudadanas europeas, se prevé la creación de una plataforma colaborativa en línea, sufragada con cargo a los presupuestos generales de la UE y gratuita para los ciudadanos, para ofrecer a los organizadores un foro útil donde debatir, informarse y lograr asesoramiento

44 Resumen de las contribuciones recibidas con motivo de la consulta pública sobre la revisión del Reglamento (UE) núm. 211/2011 sobre la Iniciativa Ciudadana Europea. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Factual_summary_es%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Factual_summary_es%20(1).pdf).

45 COM(2014) 355 final. Texto de la propuesta disponible en:

[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ECI_2017_Proposal_Annexes_es%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/ECI_2017_Proposal_Annexes_es%20(2).pdf).

46 Disponible (en inglés) en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/afcol/imag/2018/12-20/AFCO_AG\(2018\)632949_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/afcol/imag/2018/12-20/AFCO_AG(2018)632949_EN.pdf).

(art. 4.2 PRIC). Paralelamente, se impone a los Estados miembros la obligación de habilitar uno o varios puntos de contacto donde los interesados puedan obtener información y asesoramiento (art. 4.4). También se reconoce la posibilidad de registro parcial de una proposición, aunque la Comisión podrá inadmitirla si entiende que “una parte sustancial de ella” queda manifiestamente fuera de sus atribuciones (art. 6.4 b). Sin embargo, el riesgo de discrecionalidad en la decisión y el hecho de que la Comisión actúa, en cierto modo, como juez y parte, son problemas importantes que quedan sin resolver.

b) Otra preocupación patente en la nueva redacción es la escasa tasa de éxito de las iniciativas emprendidas, la mayoría de las cuales son retiradas o llegan al término del plazo de recogida sin alcanzar el umbral de apoyos. Para mejorar la situación se flexibiliza el cómputo de dicho plazo, dándole al grupo promotor la posibilidad de elegir el inicio del mismo dentro de los tres meses siguientes al registro de la iniciativa ciudadana (art. 8.1 PRIC). Empero, la novedad más interesante es el compromiso de implementar un sistema de recogida en línea de las declaraciones de apoyo gestionado por la Comisión (art. 10), aunque los promotores podrán emplear su propio sistema y solicitar su acreditación si lo desean (art. 11). Este servicio, que será gratuito para la ciudadanía y cuyos costes irán a cargo de los presupuestos europeos, puede facilitar la tarea a los organizadores e impulsar su empleo por los ciudadanos, y también puede aportar más seguridad en lo que al tratamiento de los datos se refiere. El sistema central de recogida en línea, además, será accesible para las personas con discapacidad.

c) El art. 2 PRIC abre la puerta a que los Estados permitan, de acuerdo con sus leyes nacionales, que las iniciativas puedan ser firmadas a partir de los dieciséis años, debiendo comunicar esta circunstancia a la Comisión. De este modo, se rompe la vinculación con la edad electoral que se da en el reglamento de 2011 y que rige también para la mayor parte de las iniciativas populares en derecho comparado⁴⁷. No obstante, la redacción inicial del proyecto por la Comisión iba más lejos en esta dirección y establecía la legitimación desde los dieciséis años con carácter general, una medida que el Parlamento Europeo había recomendado en 2015 como una vía para revitalizar la institución⁴⁸, desmarcándose de las nociones más clásicas de esta

47 V. CUESTA LÓPEZ, *Participación directa...*, *op. cit.*, p. 195.

48 Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de octubre de 2015, sobre la iniciativa ciudadana europea, P8_TA(2015)0382. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0382+0+DOC+XML+V0//ES>. En el punto 26, el Parlamento pide a la Comisión “que modifique el artículo 3 del Reglamento (UE) n.º 211/2011 y recomiende a los Estados

figura participativa y acercándose a una concepción democrática e incluyente de la ciudadanía en la que cobra sentido una reducción de la edad mínima para participar en política si con dicha edad se tienen las capacidades intelectivas y volitivas que garantizan una participación libre⁴⁹.

En un momento en que la posible rebaja de la edad de voto es una cuestión sometida a debate en el ámbito jurídico-político, la conveniencia de situar en dieciséis años la edad mínima para suscribir iniciativas ciudadanas parece inobjetable si reparamos en su carácter, no decisorio sino propositivo, y en que su finalidad esencial es activar el interés de la ciudadanía por participar en los asuntos públicos más allá de las citas electorales periódicas. No es lo mismo ejercer el derecho a firmar iniciativas ciudadanas que ejercer el derecho de sufragio y no tienen por qué ser iguales, necesariamente, las condiciones de capacidad requeridas en cada caso⁵⁰. Fijar la edad de firma de la iniciativa ciudadana europea en dieciséis años permitiría aumentar la significatividad de este instrumento participativo, incluyendo a muchos nuevos ciudadanos⁵¹, y fomentar la participación política de los europeos, especialmente de los más jóvenes. Desde este punto de vista, hubiese sido una innovación legislativa muy estimable. Por desgracia, las reticencias de algunos Estados miembros han hecho imposible su aceptación por parte del Consejo de la UE y forzado una solución transaccional que deja la decisión a los Estados, lo que resulta en buena medida decepcionante.

d) Otras novedades de interés son la obligación de la Comisión de traducir las iniciativas admitidas a todas las lenguas oficiales de la UE para su publicación en el registro y su utilización en la recogida de declaraciones de apoyo (art. 4.4 PRIC), facilitando con ello el trabajo de los grupos promotores y aminorando sus costes económicos, la reducción del número de datos personales a suministrar con la firma, que han de ser los mismos en todos los Estados (art. 9.3, en relación con Anexo III) y la opción que se ofrece a los firmantes de convertirse en “seguidores” de la iniciativa.

miembros que disminuyan la edad para apoyar y participar en una iniciativa ciudadana europea de 18 a 16 años, y que no esté ligada al derecho al voto en las elecciones al Parlamento Europeo, dando así a los jóvenes la posibilidad de participar activamente en el impulso al proyecto europeo”.

49 M. A. PRESNO LINERA, “Fatiga del parlamentarismo y algunas propuestas para revitalizarlo”, en: C. PINELLI y M. A. PRESNO LINERA, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 66.

50 E. ARANDA ÁLVAREZ, “La nueva Ley de la Iniciativa Legislativa Popular”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 199-200.

51 De haberse mantenido la redacción inicialmente propuesta por la Comisión, el número de potenciales firmantes de las iniciativas se hubiese incrementado en diez millones.

tiva, pudiendo recibir, si así lo desean, información por correo electrónico sobre los avatares de la proposición que en concreto les interesa (art. 17).

e) También se prevén algunos cambios en la fase de examen de las iniciativas. Así, se amplía de tres a cinco meses el plazo para que la Comisión emita su comunicación (art. 5.2) a fin de disponer de más tiempo para el debate, y se estructura mejor la audiencia pública en el Parlamento Europeo, cuya celebración será ofrecida al comité de ciudadanos dentro de los tres primeros meses del plazo indicado y en la que se garantiza, además de la representación de la Comisión a un nivel adecuado, una presencia equilibrada de todas las partes interesadas y de otras instituciones y órganos consultivos de la UE (art. 14.2 y 3). En nuestra opinión, no se trata de cambios sustanciales, y no se atiende la demanda de una participación más intensa y formalizada de los promotores en los debates, antes de la comunicación y después de ella, e incluso en el eventual procedimiento legislativo, ni se reconoce a los promotores derecho alguno de retirar la proposición o de solicitar tal retirada.

2. Valoración global

Todas las líneas de reforma comentadas son, sin duda, dignas de encomio y acreedoras de una valoración positiva aunque, de entre ellas, dos merecen ser destacadas: la previsión de un sistema centralizado para la recogida de apoyos y la posible disminución de la edad para participar como firmante, aunque esta haya quedado finalmente remitida a los ordenamientos internos. Ambas son innovaciones de calado que apuntan en la dirección adecuada si lo que se desea es vigorizar la institución y que podrían, además, tener un efecto irradiante y servir de inspiración a la hora de actualizar herramientas similares de alcance estatal o regional. Las modificaciones introducidas muestran una clara intención de fortalecer la iniciativa ciudadana europea, que se materializa significativamente en el compromiso presupuestario para la puesta en marcha y mantenimiento tanto de la plataforma colaborativa como del sistema centralizado de recogida de apoyos y para la traducción de las iniciativas a todas las lenguas de la UE. Este respaldo económico supone, en la práctica, una transferencia de parte de los costes organizativos de los promotores a la UE.

Sin embargo, una evaluación global no puede ser, nos parece, tan optimista. En un anterior apartado hemos señalado cuáles eran, a nuestro juicio, las principales insuficiencias de la regulación vigente y hemos sugerido las líneas de reforma más pertinentes al objetivo de incrementar la incidencia práctica de la institución. Pues bien, apenas hay progresos sustanciales en la mayoría de ellas: aunque la admisión parcial es un avance, los problemas de parcialidad, discrecionalidad y litigiosidad

persisten en la fase de registro; no se plantea extender el alcance objetivo de las proposiciones a la modificación de los Tratados; no se suaviza en el proyecto el requisito de dispersión territorial y, sobre todo, se dejan intactas, en lo esencial, tanto la configuración de la fase de examen como la desconexión absoluta de los promotores con los posibles trámites legislativos en el caso de iniciativas exitosas: no se programa dispositivo alguno para continuar el diálogo formalizado de los organizadores con las instituciones implicadas una vez celebrada la audiencia pública en el Parlamento Europeo, ni se les reconoce a aquellos ningún grado de dominio sobre la propuesta o de intervención a lo largo del *iter* legislativo cuando haya lugar a este.

Otros condicionantes que pesan sobre la institución que nos ocupa radican, es cierto, en las decisiones básicas que contiene el art. 14.1 TUE. Este precepto fija un marco estructural al que se subordina cualquier desarrollo legislativo de la iniciativa ciudadana europea y que dificulta su contribución efectiva a paliar el déficit democrático de la UE por dos causas principales: la intermediación necesaria y el control absoluto de la Comisión en todo el procedimiento, compatibles con un sistema institucional muy alejado hoy por hoy de los arquetipos de la democracia parlamentaria, y la injustificada exclusión de los numerosos nacionales de terceros países que trabajan y residen de modo estable en la UE⁵². Modificar estos aspectos no está al alcance del legislador europeo, pero esta limitación no empece incrementar la relevancia de las iniciativas ciudadanas europeas por la vía de la revisión del reglamento que las regula, aunque seguramente sería necesario para ello un planteamiento más audaz.

En definitiva, tras el análisis efectuado, la sensación es que la revisión normativa de la iniciativa ciudadana europea se queda, finalmente, a la mitad de camino. Es bienintencionada e incorpora avances de gran interés, pero deja a salvo el desequilibrio, en cuanto al dominio del procedimiento, entre la ciudadanía activa que propone y las instituciones europeas que deciden, sin introducir mecanismos correctores que serían concebibles dentro del marco jurídico comunitario y conformes con el art. 14.1 TUE. No se abandona cierta visión desconfiada ante la participación política directa, especialmente la que viene impulsada “desde abajo”, que parece estar siempre presente cuando se trata de definir los instrumentos jurídicos que la hacen posible. La persistencia de estos recelos –que pueden ser descritos, por lo demás, en la mayoría de los ordenamientos que contemplan estos institutos participativos– recorta el potencial de la iniciativa ciudadana europea y compromete la eficacia de la reforma acometida.

52 L. BURGUERA AMEAVE, *op. cit.*, p. 400.

VII. CONCLUSIONES

El déficit democrático de las instituciones políticas de la UE es uno de los tres que dificultan la consolidación del espacio político europeo y de la legitimidad del poder que en el mismo se ejerce. La cuestión de si la UE es o no una estructura política democrática, o en qué medida lo es, reviste gran complejidad y no puede ser eludida; en términos históricos, se puede afirmar que de su resolución depende en parte el futuro mismo de Europa como proyecto o como posibilidad política. Hoy por hoy, predomina una percepción de la UE en la que dominan las notas de tecnoestructura y lejanía, insuficiente para asentirla sobre la base de una legitimidad estable en unas sociedades cuya cultura política rechaza todo poder de extracción no democrática. Dotar de un mayor contenido de participación a la ciudadanía europea puede ser una vía para incrementar la legitimidad democrática de la Unión y, por ello, la incorporación de la iniciativa ciudadana europea como nuevo derecho de ciudadanía ha sido saludada con satisfacción por quienes reclaman la democratización de las instituciones europeas.

Sin embargo, la regulación de este novedoso instrumento de participación ciudadana no ha podido sustraerse a los tradicionales recelos que suele despertar la democracia directa en cualquiera de sus formas, presentes en el marco de posibilidad legislativa que fija el art. 14.1 TUE y en el Reglamento 211/2011. Las restricciones de orden subjetivo y objetivo, el acusado protagonismo de la Comisión desde la fase de registro hasta la decisión final, lo difícil del procedimiento, la excesiva interposición entre la voluntad originaria de los ciudadanos y el contenido final del acto jurídico, si es que este llega a producirse, o la desconexión casi completa entre la iniciativa ciudadana y sus organizadores a lo largo del *iter* legislativo son aspectos que hemos examinado a lo largo del estudio y que podrían relacionarse con el declinamiento del interés ciudadano en la participación por esta vía tras una muy breve etapa de expectación inicial.

La atención de las instituciones europeas a los problemas surgidos en la reactualización práctica de las iniciativas ciudadanas europeas y su rápida reacción muestran lo importante que es para la UE el problema de la legitimidad democrática. La versión revisada del reglamento regulador, que entrará en vigor en 2020, introduce avances relevantes y que merecen ser valorados, si bien uno de los principales, la disminución de la edad de participación hasta dejarla en los diecisésis años ha quedado fuera del texto definitivo. Una valoración general de la norma reformada no puede ignorar que persisten algunas insuficiencias de la vigente y que se pierde, probablemente, la oportunidad para una revisión más audaz y de mayor profundidad.

Solo el tiempo nos dirá hasta qué punto los cambios en la configuración de la iniciativa ciudadana europea son útiles al intento de reavivar este instituto de participación ciudadana transnacional. En cualquier caso, la revisión del reglamento tiene un alcance restringido ya que algunas de las principales limitaciones, no lo olvidemos, están en el art. 14.1 TUE, por lo que impulsar de forma decidida la participación política ciudadana “desde abajo” en el ámbito de la UE como mecanismo de robustecimiento democrático solo será posible, en nuestra opinión, en el marco de un nuevo planteamiento en un escenario de modificación de los Tratados.

Nota final: Todas las fuentes electrónicas citadas en las notas a pie de página fueron comprobadas y estaban disponibles el 15 de febrero de 2019.

Resumen

Con la intención de mejorar la legitimidad democrática de la Unión, la iniciativa ciudadana europea está incorporada al ordenamiento comunitario, como un nuevo derecho de ciudadanía, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Superada la inicial expectación, el uso y la relevancia de esta herramienta participativa transnacional han disminuido rápidamente, lo que puede relacionarse con algunas insuficiencias en su regulación jurídica, tanto en la norma de derecho originario que la reconoce (art 14.1 TUE) como en el Reglamento 211/2011 sobre la iniciativa ciudadana. La Comisión Europea ha reaccionado ante esta situación promoviendo la revisión y actualización de esta legislación, y ha adoptado en 2017 un proyecto de nuevo reglamento que contempla importantes novedades y cuya entrada en vigor está prevista en 2020. Sin embargo, este proyecto mantiene algunos de los rasgos criticados de la regulación vigente, por lo que la reforma parece insuficiente. Por otra parte, una apuesta ciertamente decidida por la participación ciudadana como impulso del procedimiento de producción normativa en la UE requeriría, seguramente, de una concepción más abierta y audaz que solo sería posible en un escenario de modificación de los Tratados.

Palabras clave

Unión Europea, déficit democrático, iniciativa ciudadana europea, iniciativa popular, participación política directa.

Abstract

From the entry into force of the Treaty of Lisbon, the European citizens' initiative is incorporated into the Community's legal system as a new right of citizenship with the intention of improving the democratic legitimacy of the Union. Following the initial enthusiasm, the use and relevance of this transnational participatory tool have decreased rapidly. This fact may be related to some features of the legal regulation, both in the primary legislation (article 14.1 TEU) and in the secondary legislation (Regulation 211/2011 on the citizens' initiative). The European Commission reacted to this by proposing to revise and update the existing legislation, and this institution adopted in 2017 a draft Regulation that includes important developments; its entry into force is scheduled in 2020. However,

this draft maintains some of the criticized aspects of the current Regulation, reason why the reform seems insufficient. On the other hand, a certainly decided bet by the citizens' participation in the law making process would require, surely, of a more open and audacious conception that would only be possible in a scene of modification of the Treaties.

Keywords

European Union, democratic deficit, European citizens' initiative, popular initiative, direct political participation.

Recibido: 5 de mayo de 2019

Aceptado: 1 de septiembre de 2019

TABLA. *Iniciativas ciudadanas en la Unión Europea (2012-2018)*

	ICE totales	Registro denegado	Registradas	Retiradas	Sin apoyo ciudadano suficiente	Presentadas (un millón de apoyos)	Rechazadas por la Comisión	Aceptadas por la Comisión	Abiertas*
2012	23	7	16	6	7	3	2	1	-
2013	13	4	9	1	8	-	-	-	-
2014	9	4	5	3	2	-	-	-	-
2015	6	-	6	3	3	-	-	-	-
2016	3	-	3	1	2	-	-	-	-
2017	9	1	8	1	4	1	-	1	2
2018	9	2	7	-	-	-	-	-	7
TOTAL	72	18	54	15	26	4	2	2	9

Fuente: Elaboración propia, a partir de las informaciones y datos contenidos en el Registro Oficial de las iniciativas ciudadanas europeas de la Comisión Europea, actualizados a fecha de 5 de diciembre de 2018. Datos accesibles en línea: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative>.

*Se contabilizan aquéllos iniciativas registradas en el año 2017 cuyo plazo de recogida de firmas está cerrado, pero sin que haya constancia en el Registro de la Comisión, a la fecha de cierre de estos datos, de si se han conseguido o no los apoyos ciudadanos requeridos.



Perfiles/Noticias







XIV CONGRESO DE LA SIPE EN RIGA (13-15 JUNIO DE 2019)

XIV SIPE's Congress in Riga (13-15 June 2019)

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Politécnica de Madrid

SUMARIO:

- I. La ciudad.
- II. El tema.
- III. Taller de jóvenes científicos.
- IV. Primera sesión: la transformación estructural de la esfera pública a través de la comunicación digital.
- V. Segunda sesión: entre la influencia necesaria y legítima y la manipulación ilegítima de la opinión pública. ¿puede aplicarse a los nuevos desafíos el concepto de “democracia militante”?
- VI. Tercera sesión: ¿están preparados para la era de la digitalización el derecho internacional y el derecho europeo?
- VII. Cuarta y última sesión: el concepto actual de estado en cuanto organización humana ¿constituye un límite a la deshumanización de la toma de decisiones?
- VIII. Epílogo: la aceptación de la primacía del derecho europeo por los más altos tribunales nacionales. ¿es posible una convergencia?

I. LA CIUDAD

Que la historia (qué y cuándo pasó) y la geografía (dónde pasó) son en el fondo una única y misma cosa, porque los acontecimientos ocurren en los lugares en que están llamados a ocurrir y en el momento que resulta más oportuno, se pone particularmente de relieve en ciudades tan estratégicas como Riga. Se ubica, según resulta notorio, a orillas del Báltico, en su margen oriental, en el fondo de un gran golfo y junto a la desembocadura de un río tan caudaloso como el Duina (o Daugava, en la lengua local). Y la sucesión de hechos ocurridos se explica como una consecuencia natural de ello. Fundada en 1201, perteneció, con Hamburgo y otras ciudades con especial vocación comercial, lo que se explica porque el río era nada menos que parte de la ruta de navegación vikinga a Bizancio, a la Liga Hanseática (“Navegar es necesario, vivir no es necesario”). Luego, en 1629, en plena guerra de los Treinta Años, se la anexionaron los suecos, que bajo Gustavo Adolfo II eran la potencia regional

de la época. Pero la cosa no llegó a durar ni un siglo, porque el zar Pedro el Grande era mucho zar: en 1721 la incorporó al Imperio Russo y en esa compañía permaneció durante casi dos siglos, hasta la revolución comunista de 1917. Durante la primera guerra mundial fueron los alemanes quienes se hicieron cargo de la ciudad, lo cual no debe extrañar porque desde antiguo había contado con una numerosa población germanoparlante. Pero ya se sabe quién fue el que perdió la guerra en 1918, de suerte que la siguiente etapa fue la de independencia de Letonia (la que, de las tres repúblicas bálticas, ocupa el lugar central), que sin embargo no habría de durar. En 1940, ya consolidado en Moscú el poder soviético, recuperó Riga durante más de medio siglo, hasta que en 1991, con la caída del régimen, Letonia volvió a independizarse. De eso hace casi treinta años, durante los cuales la joven República ha tenido ocasión de adherirse a la OTAN y a la UE e incluso a la Unión Monetaria. De normalizarse, si se quiere explicar así, aunque también podría hablarse de modernización o de puesta al día. Aunque, eso sí, con todos los letreros en una lengua tan poco internacional como el letón, pero ya se sabe que las naciones emergentes tienen esa necesidad angustiosa de afirmar su identidad. Sarna con gusto no pica.

Sólo con una geografía así de favorable y atractiva se puede explicar una historia tan agitada. Y, por supuesto, el urbanismo de la ciudad (y las propias costumbres y mentalidades de la gente) se han ocupado de irlo archivando todo, al modo de la acumulación de extractos geológicos, sólo que no en vertical, sino por zonas. Hay un barrio hanseático, como también se encuentran edificios que recuerdan a los de Estocolmo (Riga fue, entre 1629 y 1710, la ciudad más grande de Suecia, de manera que habría que decir que es Estocolmo la que se parece a Riga y no al revés). Pero lo más relevante es sin duda la arquitectura modernista de la época de los rusos en los últimos años del siglo XIX (cuando, por cierto, el Cónsul español era nuestro Ángel Ganivet) y comienzos del XX: sólo pasearse por esas manzanas justifica el viaje y eso que desde Madrid son, en avión, un mínimo de cuatro horas si es que se consigue una conexión directa. Al período soviético de más de medio siglo (1940-1991), que debe suponerse que no resultó particularmente grato para la población, hay sin embargo algo que agradecerle: que no levantase los horribles edificios negros e insalubres que se ven en muchas ciudades de Polonia, Rumanía o Alemania Oriental, por ejemplo, y, más aún, que respetase el urbanismo de los zares.

Esta pequeña introducción (al cabo, un mero recordatorio de lo que sabe cualquier persona medianamente versada y, desde luego, el muy culto lector de este artículo) tiene por objeto poner sobre la mesa que entre los méritos de la SIPE, la *Societas Iuris Publici Europaei*, desde su reunión fundacional en Creta hace quince años, está el de elegir muy bien los lugares donde celebrar cada año, en junio o julio,

los Congresos. Sitios con un aeropuerto importante (de otra suerte, no resultaría posible juntar a investigadores de procedencias tan diferentes dentro de Europa), pero, eso sí, al margen de los circuitos más convencionales y masificados, como van siendo cada vez más localidades europeas: las “Venecias”, por citar el arquetipo de una urbe inundada por los turistas y que fue la primera que se planteó que las contraindicaciones de recibir tanto visitante, no siempre especialmente civilizado, se van multiplicando como las esporas.

El anfitrión institucional en Letonia fue el Tribunal Constitucional, dándose la circunstancia de que el Presidente, Egon Levitz, había sido elegido pocos días antes Jefe del Estado. Fue él quien se ocupó de dar la bienvenida a los partícipes.

II. EL TEMA

Eso, en cuanto al dónde. Pero por supuesto que todo Congreso tiene un qué, que en este caso venía condicionado por cumplirse poco más de un año desde que, el 25 de mayo de 2018, resultara aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de dicho año 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/64/CE. Es el llamado “Reglamento general de protección de datos”.

Aunque dicha norma europea resulta “directamente aplicable en cada Estado miembro”, como se ocupa de recordar el Art. 99 (y último) en su apartado 2, párrafo segundo, es lo cierto que muchos países se han visto obligados a actualizar su propio ordenamiento. En el caso de España, se trata, como es sabido, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos personales.

El título del Congreso mostraba sin embargo una mayor ambición: “Los retos de la comunicación digital para el Estado y su forma democrática”. Las palabras escogidas resultan ilustrativas de una preocupación, la que genera el propio progreso de la tecnología: su cara B u oculta, si se quiere explicar con esas palabras. Siempre ha sido así y es inevitable (y bueno) que suceda.

Las cosas se presentaron recordando algo tan elemental como que, en una democracia, el Derecho Público y la Teoría del Estado han sido concebidos desde la idea última (o primera) de autonomía del ciudadano –su libertad de elección– en lo político y en lo moral. Por supuesto que en una idea tan abstracta se embosca mucho de ficción: se trata de un mero ideal que coexiste con las circunstancias personales –y las influencias de todo tipo– más variadas y en muchas ocasiones imponderables.

Pero lo cierto es que estamos llegando a una situación en la que los modos de troquelar la opinión de las personas resultan –por intentar establecer límites, siempre indeterminados– demasiado intensivos. El derecho, que ha ido incorporando normas para garantizar mal que bien un pluralismo real, no puede permanecer al margen ante las nuevas realidades, con los algoritmos y la inteligencia artificial como focos de atención. La tecnología permite hoy “numerizar” (esto es, cuantificar) muchísimas conductas de cada uno de nosotros, tanto en la esfera pública como privada, y el Congreso de Riga fue convocado para reflexionar sobre qué reacción cabe pedir a las normas al respecto para que podamos seguir hablando de democracia.

Debe notarse que un asunto muy cercano había sido elegido unos meses antes, en octubre de 2018, en Bonn, por la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público –el espejo en el que se mira la SIPE– para su Congreso anual. La *Vereinigung*, sin que hagan falta apellidos.

Y es que hemos terminado llegando, para decirlo con las palabras de José Ignacio Torreblanca en su celebrado artículo de “El País” el 8 de febrero de 2018, ante un “Capitalismo de emociones”, partiendo del hecho de que “el sistema económico mundial está mutando hacia una economía del algoritmo y los datos”. La hipertecnificación ha tenido como consecuencia que, paradójicamente, vuelva aemerger lo más primitivo y subcutáneo de cada uno de nosotros: la “democracia emocional” sobre la que disertó Manuel Arias Maldonado como opuesta a la racional en la que está basada el modelo teórico y (según vemos hoy a diario) idílico. Sin que, dicho sea en términos de orgullo patrio, España sea hoy lo peor, al menos tomada en su conjunto, porque bien sabemos que dentro de ella hay territorios que sí están afectados por el virus. Y mucho.

No hace falta recordar que en esta materia la bibliografía es abrumadora y se acrecienta a diario. Puestos a seleccionar dos obras extranjeras pero que cuentan con traducción al español, habría que empezar mencionando el libro “Big Data. La revolución de los datos masivos”, de Victor-Mayer Schönberger y Kenneth Cukler, que explica con todo detalle las implicaciones sociales, culturales y tecnológicas de la minería de datos. Y, también, el más combativo “Todo el mundo miente”, con el subtítulo “Lo que Internet y el Big Data pueden decirnos sobre nosotros mismos”, de Seth Stephens-Davidowitz, que, por el contrario, incide en las partes más ocultas y esquivas de la personalidad, el famoso subconsciente de Freud o incluso el inconsciente. Pero sin dejar de aceptar lo inevitable del fenómeno, como todo lo que tiene que ver con el progreso tecnológico.

Como siempre, las ponencias del Congreso de la SIPE se publican, aunque todavía habrá que tener un poco de paciencia. Entre tanto, lo que aquí se va a exponer a modo de anticipo es sólo un resumen.

III. TALLER DE JÓVENES CIENTÍFICOS

Como suele suceder, la tarde del primero de los días, el jueves 13, se dedicó a la presentación de comunicaciones por los menos veteranos, o sea, quienes están necesitados de darse a conocer en este tipo de foros. Allí comparecieron:

- Iréna Kucina, del Ministerio de Justicia de Letonia, “Algoritmos en el sistema judicial: ¿una receta sabrosa o amarga?”
- Aina Ludin, del Ministerio Federal de Economía de Alemania: “¿Un marco legal para la inteligencia artificial?”
- Y, en fin, Sabina Schänfler, “Autodeterminación personal en la era de la digitalización y la inteligencia artificial”.

Con el correspondiente debate.

IV. PRIMERA SESIÓN: LA TRANSFORMACIÓN ESTRUCTURAL DE LA ESFERA PÚBLICA A TRAVÉS DE LA COMUNICACIÓN DIGITAL

Se trataba de preguntarse, ya en la mañana del viernes 14, si lo que estamos viviendo constituye una mera evolución de las cosas o si, por el contrario, se trata de un cambio en la sustancia que plantea la duda de si la regulación actual de la comunicación pública puede considerarse suficiente para salvaguardar el pluralismo democrático.

Las ponencias fueron dos. La primera, de Ineta Ziemele, en idioma inglés, con un título muy expresivo: “Redimiendo la democracia en un mundo conducido por una tecnología post liberal”. Es precisamente quien ha sustituido a Levitz al frente del Tribunal Constitucional de Letonia.

Consistió fundamentalmente en la exposición y glosa del Informe especial del relator de la ONU sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión. Dando por cierto que el legislador está llamado positivamente a actuar (sea cual fuere la específica instancia competente), recordó cuáles debían ser los límites a observar: los de siempre, sólo que adaptados al nuevo entorno. A saber:

- Principio de predecibilidad y transparencia: hace falta una norma del rango adecuado y con un contenido claro y accesible.
- Principio de legitimidad: su contenido debe responder a los propósitos enumerados en el Art. 19.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. A saber: (i) la protección de los derechos o la reputación de terceros; y (ii) la seguridad nacional o el orden público, la salud pública o la moral.
- Principio de necesidad y proporcionalidad: los medios empleados deben ser necesarios y significar la menor de las restricciones posibles.

Y, por supuesto, y como era de esperar, la ponente se pronunció en favor de un órgano administrativo independiente para la aplicación de esas normas. Independiente de los partidos políticos, por supuesto, pero no sólo ni principalmente.

La intervención terminó con el reconocimiento del papel del Estado (“la forma más apropiada de organización de las sociedades”) y la proclamación, vistas las circunstancias (hay muchos actos y los Estados han dejado de ser los más importantes), de la necesidad de su reformulación y adaptación.

Una ponencia por así decir complaciente, en el sentido de políticamente correcta y tranquilizadora: no estamos bien, pero en las normas, actuales o futuras, pueden emboscarse las soluciones.

La otra ponencia corrió a cargo de Dimitris Charalambis, de la Universidad de Atenas y politólogo de profesión. Se expresó en un excelente alemán, como, por lo demás, no resulta infrecuente en la comunidad intelectual helena.

Por el contenido de su exposición, más sociológico que el de la intervención anterior, diríase un seguidor de nada menos que el mismísimo Nietzsche: habló sobre todo de la irracionalidad y el irracionalismo como rasgo que en nuestras sociedades nunca ha dejado de encontrarse presente pero que hoy lo está en una medida mucho mayor, poniendo como referencia las dos sociedades anglosajonas, EE. UU. y el Reino Unido. El tono del mensaje fue pesimista: el problema existe y la solución no se ve por ninguna parte.

Un enfoque, en suma, muy distinto al de la ponencia precedente. En la exposición salieron a la palestra los nombres de los políticos que nos podemos imaginar: Trump por un lado y Farage (y Boris Johnson, a la sazón todavía no Primer Ministro) por el otro. Todos los cuales fueron presentados, guste o no, se quiera recordar o no, como cifra y suma de las mentalidades dominantes en las sociedades respectivas. No, ay, como excepciones dentro de ellas.

Pero en el bien entendido de que el pesimismo del ponente ante lo inevitable no significa que ignore la parte positiva de las cosas. En cierto sentido, de él puede decirse que hubiera podido suscribir la conclusión de Stephens-Davidowitz en el libro que se ha mencionado más arriba: “Tengo la firme convicción de que el próximo Kinsey será un científico de datos. El próximo Foucault será un científico de datos. El próximo Freud será un científico de datos. El próximo Marx será un científico de datos. El próximo Salk, sin duda, será un científico de datos”.

Como es natural, luego vino el debate. Que fue extraordinariamente rico en matices e interesante. Las intervenciones pusieron de relieve, dicho en términos de Max Weber, que la primera ponente, titular de un Tribunal Constitucional, se habría guiado por la ética de la responsabilidad, mientras que a su colega griego, sin

ningún cargo público, nada le habría impedido dejarse conducir por la ética de la convicción.

V. SEGUNDA SESIÓN: ENTRE LA INFLUENCIA NECESARIA Y LEGÍTIMA Y LA MANIPULACIÓN ILEGÍTIMA DE LA OPINIÓN PÚBLICA. ¿PUEDE APLICARSE A LOS NUEVOS DESAFÍOS EL CONCEPTO DE “DEMOCRACIA MILITANTE”?

La discusión, a la vista de las leyes aprobadas en los últimos tiempos en algunos países europeos, volvía a ser la de siempre: ¿dónde y cómo trazar la raya entre ambas cosas? Y sobre todo ¿es ese –deslindar lo bueno y lo malo– un cometido del autor de las normas? ¿qué se puede esperar del Derecho? ¿requiere la propia noción de Derecho verse reelaborada?

En esta ocasión las intervenciones fueron tres. La primera, de un español, Lorenzo Cotino Hueso, Profesor Titular de Derecho Constitucional en Valencia, con el rubro “Elecciones y desinformación, una perspectiva internacional y comparativa”. Una exposición muy celebrada, dicho sea de nuevo sacando pecho patriótico.

En segundo lugar, subió al estrado Gregor Kalfleche, de la Universidad de Toulouse 1 Capitole, que disertó sobre “¿Legislar contra la manipulación de la información? Las leyes francesas de 22 de diciembre de 2018”. Una explicación completísima del debate del país vecino, en el que intervino (con carácter previo a la aprobación del texto) el Consejo Constitucional, en el sentido, como era de esperar, de –con toda comprensión hacia la necesidad de luchar contra las “fake news”– reducir los controles y las prohibiciones para que la libertad de expresión no padezca más de lo necesario. La intervención puso de relieve, por supuesto, la dificultad de trazar la frontera, siempre porosa, entre información y opinión (para resaltar que sólo lo uno sería susceptible de escrutinio). Y, a la hora de recrearse en el texto normativo, hizo mención a sus limitaciones de principio: está pensado casi en exclusiva para la comunicación política y, más aún, para la que se despliega en períodos electorales.

Pero el propio concepto de democracia militante tiene un origen muy determinado, Alemania, y eso explica que la tercera y última de las ponencias, “Democracia militante en tiempo digital: los límites a la influencia extranjera en las elecciones”: es obvio que se está pensando en Rusia, el sospechoso habitual en estos menesteres fuese precisamente la de un profesor de allí, Dominik Steiger, de la Universidad Técnica de Dresde. Se trató de una disertación sobre la aplicabilidad al caso del Convenio Europeo para la protección de los Derechos

Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (el Convenio del Consejo de Europa, para entendernos) y en particular sus conocidos Arts. 17 (Prohibición del abuso de derecho) y 18 (Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos).

VI. TERCERA SESIÓN: ¿ESTÁN PREPARADOS PARA LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO EUROPEO?

Del debate de ese tercer punto –la clave de todo– hay que empezar destacando que nadie se engañó: nuestro oficio resulta sin duda muy modesto, aunque algunos nos creamos bailarinas del Folies-Bergères. Y peor aún, el legislador es mucho menos omnipoente de lo que él mismo piensa y nosotros tendemos a dar por supuesto.

Sentado lo anterior, la tesis que se plantea, a la vista del carácter mundial de Internet, la World Wide Web, es dónde se localiza el mejor (o el menos ineficaz) de los legisladores posibles. La opción del Estado no se plantea, de suerte que sólo quedan el Derecho Internacional o la Unión Europea. Pero no se trata de reflexionar en abstracto, sino de ver qué es lo que se ha hecho hasta el momento desde cada una de esas dos instancias.

Elaborar trabajos sobre una materia tan resbaladiza (y tan interdisciplinar) constituye un esfuerzo mayor, aunque los dos que se ocuparon del asunto lo hicieron muy bien.

Gabrielle de la Morte, de la Universidad Católica de Milán, es un internacionalista joven que además ejerce la Abogacía y que cuenta con voluminosa obra escrita sobre el tema, que (en lengua francesa, por cierto) estuvo desarrollando: “Las tensiones entre el recurso al Big Data y las normas internacionales de protección de los derechos humanos”. De hecho, aunque por supuesto no faltaron las referencias al inolvidable Stefano Rodotá (“Il mondo dalla rete quali diritti, quali vincoli”, 2014), se apoyó mucho en pensadores de fuera del mundo del derecho y sobre todo Luciano Floridi, cuyo libro “La cuarta revolución industrial”, de 2014, se vio mencionado varias veces.

Del guion escrito que el ponente nos proporcionó hay una frase que merece ser reproducida. En los siguientes concretos términos:

“Cela pose la question de savoir comment concilier le rôle de réglementation du droit international, en se référant plus particulièrement aux nombreux systèmes de protection des droits fondamentaux qui se concrétisent souvent

sous des fromes de protection des minorités, avec la logique qui soutend de plus en plus les politiques fondées sur l'acummulation et le comptage de donnés et quie expriment, au contraire, l'orientation des forces prédominates (notamment sur le marché).

Plus spécifiquement, le problème de la résolution du contraste entre la fonction prédictive de l'algorithme et la fonction prescriptive du droit se pose. Ce contraste ne doit pas être interpréte de manière réductrice comme une simple opposition entre les 'théories' soi-disant de libre arbitre (free will), d'une part, et celles déterministes, de l'autre. L'opposition est plus profonde et concerne la capacité du droit de décider et de motiver una decisión et l'incapacité de l'algorithme de le faire. Si la préoccupation est celle de préserver la nature profonde du concept de dignité à la base des droits de l'homme (l'homme en tant que fin en soi) alors le principe de causalité autour duquel s'articule le raisonnement juridique des opératerurs juridiques est, et doit être, bien distinct du principe de corrélation autour duquel les algorithmes sont construits".

O predicción o prescripción. El centro del mundo.

La segunda y última ponencia de esta tercera sesión fue desarrollada por Herwig C.H. Hoffmann, de Luxemburgo, con el rubro "Digitalización y Derecho Público Europeo de la información". Se trata de un jurista de prime-rísimo orden y que enfocó el asunto desde la idea de que el Derecho de la información (dicho lo mismo pero en términos subjetivos: el derecho de los ciudadanos a saber el intríngulis de lo que sucede en la Administración) ha pasado a constituir el núcleo central del Derecho Administrativo y también del Constitucional, de suerte que todo lo que se habla sobre la transparencia como elemento esencial del buen gobierno (aunque, por supuesto, con la protección de datos personales como límite) no sería sino una pieza -importante, eso sí- dentro de ese todo.

Un añadido de mi propia cosecha: ese derecho de todos a disponer de información, así se haga uso de él o no, tiene, en la aburridísima Luxemburgo, donde todo es previsible hasta el grado del bostezo, una importancia relativa. Pero en los países mediterráneos, donde la corrupción es cultural (y se basa en la opacidad) y las cuentas públicas no son creíbles (por la misma razón), reforzar ese derecho ciudadano (no con normas, pero empezando por ellas) resulta todo un imperativo de reconciliación con el mundo globalizado en que vivimos. Constituye casi un requisito para verse reconocido en el resto del planeta como alguien digno de re-

lacionarse. Nuestras naciones (lo que los alemanes llaman nada respetuosamente *Ferienländer*, los países de vacaciones) son mucho más divertidas que las del Centro y el Norte de Europa –la Contrarreforma es lo que tiene–, pero todo hace pensar que vamos a necesitar algunas adaptaciones. Y sociológicamente no sencillas, como en general lo que tiene que ver con las mentalidades. Y cierro el paréntesis de lo que es mi aportación.

VII. CUARTA Y ÚLTIMA SESIÓN: EL CONCEPTO ACTUAL DE ESTADO EN CUANTO ORGANIZACIÓN HUMANA ¿CONSTITUYE UN LÍMITE A LA DESHUMANIZACIÓN DE LA TOMA DE DECISIONES?

La palabra *deshumanización*, tan orteguiana ella, se estaba echando en falta a esas alturas. La historia del Derecho Público puede sintetizarse como una larga batalla por despojar al poderoso de los peores atributos de la condición humana –la arbitrariedad, el sentido de venganza, la adopción de decisiones en base a los complejos personales más graves desde el punto de vista psicológico, ...– que, para más inri, suelen destacarse de manera especialmente aguda entre quienes se dedican al oficio de gobernantes. Es la lucha contra las inmunidades del poder, en la feliz expresión de hace medio siglo de otro inolvidable (e inolvidado), nuestro Eduardo García de Enterría: el acto administrativo reglado –con la famosa subsunción al fondo del planteamiento y la burocracia “normalizada” de Max Weber al frente del encargo– y con control judicial pleno serían el paradigma, para entendernos. Ahora resulta que, como el mundo es redondo y gira sobre sí mismo, hemos llegado al extremo opuesto y de lo que nos quejamos es de que las decisiones administrativas, a fuer de automatizarse, han perdido los atributos (buenos, que también los hay, aunque a veces estén ocultos) de la humanidad.

Las preguntas son las de siempre: ¿dónde trazar la frontera? Nadie discute que muchas decisiones públicas han de adoptarse en base a análisis numéricos (pensemos, sin ir más lejos, en el planeamiento urbanístico, por fijarnos en un extremo en el que las debilidades de la carne han mostrado muchas veces sus flaquezas: que la línea del suelo urbanizable vaya más arriba o más abajo tiene nombres y apellidos, como sabemos todos), pero llevar el maquinismo a ese grado tampoco puede ser bueno. Seguramente muchos hemos sufrido en nuestras carnes la falta de contacto humano cuando hemos tenido que explicar de viva voz y con todos los matices, por ejemplo, qué sucedió realmente en la carretera cuando recibimos una notificación de la Dirección General de Tráfico con la apertura de un expediente por infracción de

tal o cual precepto de la Ley de Seguridad Vial. Hablar con según qué gente puede ser desagradable pero tener como interlocutor a una pared no sirve para mejorar las cosas.

En el ordenamiento español debe destacarse el Art. 41, “Actuación administrativa automatizada”, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El apartado 1 define la figura, algo que siempre se agradece (“cualquier acto o actuación realizadas *íntegramente* a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido *de forma directa* un empleado público”: las palabras en cursiva tienen su aquél) y el otro apartado, el 2, contiene las correspondientes exigencias formales: “deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente”. Y otra cosa, ya pensando en el contencioso: “Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”. Pero lo más relevante del precepto es lo que no contiene: falta una directiva para el legislador sectorial, todo lo inconcreta que pueda ser, sobre cuándo sí y cuándo no pueden establecerse esos modos tan robotizados (para bien y para mal, se insiste) del actuar burocrático.

Sobre el Derecho de Alemania disertó Annette Guckelberger, de la Universidad de Saarland, “Las decisiones administrativas automatizadas y su incidencia sobre el estatuto constitucional del interesado”. O más bien del que participa en el procedimiento: la palabra elegida no fue “*Betroffene*”, sino “*Beteiligte*”.

Luego tomó la palabra Alexandre Sousa Pereiro, de Lisboa, que optó por un planteamiento más general: “Protección de datos, algoritmos e inteligencia artificial”.

Del debate de esa cuarta sesión hay que indicar que se mostró particularmente rico.

Fue una pena que a última hora no pudiese asistir Thomas von Danwitz, de Colonia (y el Juez alemán en el TJUE de Luxemburgo), que habría debido reflexionar sobre si, a efectos de la revisión judicial, los problemas planteados por los algoritmos tienen solución o no. Queda para otra ocasión.

Todo eso (las ponencias no debían durar más de 20 minutos y además cada una de las cuatro sesiones tiene su propio debate) dio de sí el viernes 14 de junio. Un día auténticamente aprovechado. No salimos de allí con una varita mágica para resolverlo todo, pero sí al menos con muchas ideas o incluso con una “carta de orientación” que nos pudiera servir de guía para jugar lo que tenemos ante los ojos. Y lo que va

mos a tener en los próximos años, que se anticipan muy movidos, tecnológicamente hablando. Hasta para algo tan humano y carnal como buscar pareja se echa mano de la aplicación del teléfono móvil.

VIII. EPÍLOGO: LA ACEPTACIÓN DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO POR LOS MÁS ALTOS TRIBUNALES NACIONALES. ¿ES POSIBLE UNA CONVERGENCIA?

Pero los Congresos de la SIPE, conforme al patrón de la *Vereinigung* alemana, no tienen un único tema. Se añade una segunda materia. En la programación de Riga se desarrolló el sábado 15 por la mañana, que tuvo lugar además en la Facultad de Derecho, situada precisamente en el barrio modernista.

Que el Derecho de la Unión Europea tiene primacía sobre los nacionales (la versión continental de algo tan clásico como la jerarquía normativa: no hay nada más explicable que el verticalismo) constituye una obviedad. No lo proclamaron los Tratados en la versión inicial de los años cincuenta. Fue la jurisprudencia la que hubo de encargarse y lo hizo enseguida: Sentencia Costas contra Enel (un consumidor contra una empresa energética: un escenario bien socorrido) de 15 de julio del ya paleolítico 1964. Pero luego se plantea el asunto de quién está llamado al control de dicha jerarquía. Como de hecho no puede ser del modelo concentrado kelseniano (porque para ello haría falta que en Luxemburgo se apilase todo un ejército de jueces), la solución difusa –incluso sin plantear cuestión prejudicial– se acaba imponiendo por exclusión, con el apoyo dogmático de la teoría del desdoblamiento funcional (y, en cuanto al fondo, la doctrina del “acto claro” o, al menos “aclarado”, a partir de Cilfit en 1982).

Pero sucede que eso crea a su vez otros problemas, porque los Tribunales Constitucionales sienten el monopolio de rechazo de las leyes como su patrimonio más preciado y se muestran ojo avizor a cualquier desviación. Que los Tratados carecieran hasta 2001 de un catálogo de derechos fundamentales era la excusa perfecta, pero luego se han ido poniendo sobre la mesa otras coartadas –la identidad constitucional, por ejemplo– para justificar las resistencias frente a una primacía europea que desde posiciones castizas –ganivetianas, si se quiere decir así– se entiende como poco menos que una imposición intolerable. Los países del Este, el famoso grupo de Visegrado, representan hoy la “aldea gala” de Asterix en ese contexto, pero no se puede olvidar que el que primero tiró la piedra fue el Tribunal alemán. Aún hoy sigue mostrando (al hilo de las medidas

europeas para salvar el euro en medio de la tormenta de 2010-2012, en particular) mucho de su carácter irreductible, aunque las Sentencias más importantes (la de Maastricht, la de Lisboa o la del muy reciente 30 de julio de 2019 sobre la Unión Bancaria, por ejemplo) hayan terminado teniendo un final feliz. Pero es verdad que el espíritu del nacionalismo germánico, que en lo económico se encarna institucionalmente en el Bundesbank, no termina de irse, en lo jurídico, de la atmósfera de Karlsruhe. Casi diríase que hay una suerte de maldición bíblica en que sean los profesores menos entusiastas con el europeísmo los que se ven recompensados con el nombramiento para jueces.

En España hemos vivido en los últimos meses una incidencia parecida con ocasión del debate sobre la imputación del coste del bono social, la famosa rebaja del 25 por ciento para los consumidores vulnerables, de la factura de la electricidad, que (nadie lo discute) constituye un bien de primera necesidad en relación con el cual los legisladores nacionales pueden imponer a las empresas, según reconocen las Directivas, lo que se llama “obligaciones de servicio público”, siempre, eso sí, que lo hagan con carácter igualitario y sin discriminaciones. Pero la Ley del Sector Eléctrico de 2013, a la hora de imponer el deber de costear la medida, tuvo la ocurrencia de discriminar entre unos y otros, lo que llevó al Supremo, en varias Sentencias contenciosas de finales de 2016, y por entender el asunto “aclarado” en base a una Sentencia luxemburguesa de 2010 sobre la regulación italiana de los precios del gas, a declarar su contradicción con las citadas Directivas y por tanto “inaplicar” (ya se sabe que no se puede declarar su invalidez y anularla) la norma legal doméstica. Con la consecuencia de tenerse que devolver el dinero a los que habían pagado.

Al Tribunal Constitucional, otras veces tan condescendiente para con la función jurisdiccional, por grosero que haya sido su desempeño, no le gustó esta vez la maniobra y, presentado por la Administración del Estado un recurso de amparo, no sólo lo admitió a trámite sino que finalmente lo estimó: Sentencia 37/2019, de 26 de marzo, luego continuada por otras. La percha que se buscó para esa cabriola fue un derecho fundamental de los del Art. 24 de la Constitución: el que tiene por objeto “un proceso (público) con todas las garantías”, del que ahora se entiende que forma parte el compromiso de plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante Luxemburgo o, al menos, haber motivado más y mejor el parentesco entre el gas italiano y la electricidad española. El Supremo, finalmente, optó por la interpretación menos combativa y se dirigió a la instancia europea para que fuese ella la que pronunciase la que se espera que sea la última palabra.

Así pues, la primacía del ordenamiento europeo sobre los nacionales dista de ser, aún hoy, un principio pacífico, incluso en una España donde ese tipo de arrebatos de nacionalismo judicial parecían haber quedado arrumbados. Pero Europa es en esta época del populismo un perro flaco y ya se sabe que esos animales gustan mucho a las pulgas.

El debate al respecto, que se extendió durante casi dos horas, contó con una introducción a cargo de Julia Iliopoulos-Strangas, de Atenas, anterior Presidente por cierto de la SIPE, que también se expresó en alemán. Luego habló Ezio Perillo, Juez igualmente (sólo que ahora por Italia) del TJUE, que lo hizo muy bien. Y, en fin, hubo ocasión de escuchar a un jurista checo de primer nivel, Vojtech Simicek, precisamente Magistrado en el Tribunal Constitucional de su país, cuya intervención consistió en explicar que la mala fama europea de esa institución (el primero en la “lista negra” del casticismo judicial) no se encontraba realmente justificada, porque, en términos estadísticos y también cualitativos, la realidad era muy otra y menos estridente. Dejó una magnífica impresión.

Como es natural, fue el Presidente de la SIPE, Jacques Ziller, de Pavía, quien cerró el debate (y el Congreso) con unas conclusiones. Alternó en su exposición los tres idiomas de la organización: alemán, inglés y francés.

Fue una verdadera pena que esta vez no pudieran asistir (a diferencia de lo que felizmente había sucedido en Hamburgo un año antes) ni María Jesús García Morales, de la Autónoma de Barcelona, ni Francisco Balaguer, de Granada.

De los jóvenes profesores españoles (de hasta 50 años, para entendernos) no asistió ninguno, una vez más: se quedaron en su pueblo rellenando los casilleros del formulario de la ANECA y, si acaso –son gente cosmopolita, como se sabe–, estudiando las Ordenanzas del Ayuntamiento de su pueblo, cada vez más entretenidas. Y la verdad es que nadie los echó en falta. Como si no existieran.

Resumen

El presente trabajo da cuenta de la última reunión de la SIPE. Se exponen las tesis principales de las distintas ponencias que versaron sobre cuatro temas principales: esfera pública y comunicación digital; la utilidad actual del concepto de democracia militante; el impacto de la digitalización en el derecho europeo e internacional; y la primacía del derecho europeo en los más altos tribunales estatales.

Palabras clave

SIPE, Riga, digitalización, democracia, derecho europeo, derecho internacional.

Abstract

This paper gives an account of the last meeting of the SIPE. It reviews the main theses of the different presentations that dealt with four topics: public sphere and digital communication; the current utility of the concept of militant democracy; the impact of digitalization in European and international law; and the primacy of European law in the highest state courts.

Keywords

SIPE, Riga, digitalization, democracy, European law, International law.

Recibido: 6 de noviembre de 2019

Aceptado: 12 de noviembre de 2019





Textos clásicos





LA FAZ CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD^{1*}
The constitutional face of security
MARIO DOGLIANI
Profesor emérito de la Universidad de Torino (Italia)

1. El término seguridad es polisémico. Presenta múltiples significados de una enorme ambivalencia en las disposiciones constitucionales y legislativas, variabilidad que aún es mayor en el lenguaje habitual. En la lengua latina el adjetivo *securus* –de *se* (en sentido disyuntivo) y *cura* (solicitud, preocupación)– tenía dos significados principales que se correspondían con sendas y diferentes cualidades morales de un sujeto: sin inquietud (tranquilo, sereno, calmado, sin temor) y sin cuidado (indiferente, descuidado, negligente, superficial). El primero de los dos significados subjetivos, en sentido figurado, ha generado uno objetivo, referido a una “cosa”, exenta de peligros. También en la lengua comúnmente hablada en la actualidad el sustantivo asume la misma doble tonalidad de sentido: subjetivo y objetivo.

A) En sentido subjetivo retiene los dos significados, de textura moral diferente, propios de la lengua latina:

A.1) Seguridad como tranquilidad, serenidad, ausencia de miedo; significados a los que hay que añadir el más intenso de “determinación”²; y

* Traducido del italiano por Enrique Guillén López.

1 Este trabajo se publicó en los *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milán, 2011.

2 Me remito a la utilización del término “seguro” por Manzoni en su Oda “5 de mayo”:
Dall’Alpi alle Piramidi,
dal Manzanares al Reno,
di quel seguro il fulmine

A.2) Seguridad como superficialidad, negligencia, descuido, indiferencia (significado que pervive esencialmente en la expresión “estar demasiado seguro de si...”).

En el primero, el término se refiere a la percepción de una situación de la que es razonable esperar –por concurrir ciertas condiciones, naturales o artificiales– que no se concretará el suceso que no se desea. Naturalmente es difícil que la seguridad se alcance de modo absoluto, pero con todo se puede convenir que está seguro el que es consciente de que una concreta situación no deseada no tendrá lugar. Segura, por consiguiente, es también la situación razonablemente no peligrosa.

B) En sentido objetivo, el concepto seguridad indica una situación que presenta características –físicas o jurídicas– que hacen razonablemente improbable la concurrencia de determinados sucesos indeseados, ya que un riesgo residual siempre subsiste y no puede ser eliminado. Ejemplos de este modo de entender la palabra son expresiones como seguridad del trabajo, en el trabajo, del tráfico, aérea; situaciones todas a “constituir” a través de los instrumentos propios de la prevención y la protección.

Naturalmente, no siendo la seguridad demostrable tan solo es posible identificar, con el fin de evitarlos, aquellos sucesos probables capaces de generar inseguridad. Existen también ámbitos en los que la indefinición de tales sucesos resulta más amplia (seguridad pública y seguridad nacional)

En el lenguaje del constitucionalismo el concepto seguridad –no especificado– transita entre los dos significados diferentes mencionados en A.1) y B).

Así en las palabras de Hobbes:

“La función del soberano, ya sea éste un monarca o una asamblea, consiste en el fin para el cual fue investido con el poder soberano, a saber, procurar la seguridad del pueblo, a lo cual está obligado por ley de naturaleza, así como a rendir cuenta de ello a Dios, que es el autor de dicha ley, y solo a Él. Pero por seguridad no debe aquí entenderse una mera preservación, sino también todas las demás satisfacciones de la vida que cada hombre, mediante su legítimo trabajo, y sin peligro o daño para el Estado, adquiera para sí” (*Leviatán* XXX)³; otro tanto en *De Cive*: “... fuera de la sociedad civil dominan las pasiones, la guerra, el miedo, la pobreza, el abandono, la barbarie, la ig-

tenea dietro al baleno;
scoppiò da Scilla al Tanai,
dall'uno all'altro mar.

3 Se cita según la traducción de Carlos Mellizo, en Thomas HOBBES, *Leviatán*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1995, p. 392 (Nota del t.)

norancia, la crueldad; dentro, las cosas que dominan son la razón, la paz, la seguridad, la prosperidad, la decencia, la convivencia, la elegancia, las ciencias y la benevolencia” (*De Cive*, X.1)⁴.

2. Sobre la base de esta premisa podemos plantearnos si en la Constitución italiana el término seguridad se emplea siempre de manera unívoca o si por el contrario su significado es variable según el contexto al que hace referencia; y si, pese a estas variaciones, resiste, firme, un “núcleo fuerte”. En otras palabras, si el concepto “seguridad” es utilizado con liberalidad o expresa, por el contrario, un único concepto, si bien declinado de manera diferente en función del ámbito al que se refiere.

Antes de afrontar el problema del significado, o de los significados, que se pueden adscribir al término “seguridad” que aparece en los enunciados constitucionales, es oportuno emprender una observación atenta de los contextos en los que el término es utilizado: es decir, una observación de sus modalidades de utilización, de los nexos que mantiene con sus campos de significado (significantes). Tales contextos o usos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

a) Uso del “legislador conservador”: presente en el artículo 13, cuando se hace referencia a la “autoridad de pública seguridad”, o el artículo 25, que recuerda el concepto de “medida de seguridad”. Ambas expresiones provienen evidentemente de la legislación preconstitucional.

b) Uso “específico” (o “sectorializado”). Cuando en el artículo 117 se hace referencia a la “tutela y seguridad del trabajo”, no estamos tanto en el ámbito del legislador conservador (también apelado, ya que el objeto puede definirse por referencia al *corpus* de leyes sobre el tema), como ante una extensión de posibles significados relacionados con el desarrollo de técnicas y relaciones político-sindicales que configuran el ámbito de la “expectativa” de protección y seguridad en esa área particular de la vida social.

c) Uso “genérico, pero teleológicamente limitado”: esta modalidad de uso entiende la seguridad como “bien”/“valor”, o antes bien, como *status* bueno a preservar contra agresiones, pero no define en qué consisten los bienes individuales cuyo disfrute genera este *status*, y por tanto en qué pueden consistir las potenciales agresiones. Lo delimita solo negativamente, colocando paralela y disyuntivamente junto con la seguridad otros bienes cuyo contenido, por exclusión, no puede formar parte del contenido de la misma. Tal contenido en cuanto paralelo al de seguridad puede utilizarse, no obstante, para apoyar interpretaciones teleológicas

⁴ Se cita según la traducción de Carlos Mellizo, en Thomas HOBBES, *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, Alianza editorial, Madrid, 2016, pp. 195-196 (Nota del t.)

del concepto. Es el caso del artículo 16 (libertad de circulación *versus* seguridad – que se diferencia específicamente de la seguridad sanitaria– libertad que no puede ser restringida por motivos políticos); del artículo 17 (derecho de reunión *versus* seguridad, que se separa también de la salud pública); del artículo 41 (libertad de iniciativa económica privada *versus* seguridad, desgajada conceptualmente a su vez de la utilidad social y de la libertad y dignidad humana); del artículo 117 (donde la seguridad del Estado es cosa diversa de la “defensa”, de la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las armas, municiones y explosivos; y en cuya letra *b*) la seguridad es cuestión distinta del orden público y de la policía administrativa local); del artículo 120 (donde la seguridad pública que habilita al Gobierno para ejercer poderes sustitutivos diverge de la salud pública, de la garantía de la unidad jurídica o económica y de la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones referidas a los derechos civiles y sociales).

d) Uso genérico no limitado: esta modalidad de uso se presenta cuando la expresión seguridad, incluso cuando venga adjetivada, no se inserta en un contexto de conceptos parejos que, por exclusión, contribuyen a definir el contenido, que de esta manera queda como un objeto cultural enteramente presupuestado. Así, el artículo 126 se refiere a “las razones de seguridad nacional” como causa habilitante de la disolución del Consejo Regional y la destitución del Presidente de la Junta.

3. También habría que tomar en consideración los numerosos enunciados en los que no se utiliza el sustantivo “seguridad” sino el verbo “asegurar” en relación con un bien/valor específico. Véanse así: la paz (art. 11); la completa tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima, de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 30); la existencia libre y digna del trabajador y de su familia (art. 36); los medios adecuados a las necesidades vitales de los trabajadores en caso de infortunio, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo involuntario (art. 38); la función social de la propiedad privada (art. 42); el buen funcionamiento y la imparcialidad de la administración (art. 97); la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Fiscal destinado ante ellas y de los terceros que participen en la administración de justicia (art. 108); la duración razonable de los procesos y el derecho de la persona acusada de un delito de ser, en el plazo más breve posible, informada de forma reservada sobre la naturaleza y los motivos de la acusación de que haya sido objeto, que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa, que tenga la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar, ante el juez, a las personas que declaren en su contra, que se convoque e interrogue a las personas para su defensa en las mismas condiciones de la acusación así como la práctica

de cualquier otro medio de prueba a su favor; a ser asistida de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en el proceso (art. 111).

Ciertamente no se puede mantener que el contenido del concepto constitucional de seguridad resulte solo del conjunto de los valores que la constitución configura expresamente con enunciados que utilizan el sustantivo “seguridad” o el verbo “asegurar”. La amplitud del uso del verbo “asegurar” –y la posibilidad de declinar con tal verbo todas las disposiciones constitucionales que establecen derechos abre la puerta a reconocer que sea cual sea la fraseología de las disposiciones constitucionales, todos los bienes constitucionales son bienes a “asegurar”, y, por lo tanto, integrantes, todos y finalmente, de una “seguridad”. Desde este punto de vista, se debe señalar que la cara constitucional de la seguridad solo se revela tras el aseguramiento de todos los valores constitucionales.

Esta conclusión es solo aparentemente tautológica, ya que remite a un equilibrio general entre todos los valores constitucionales o mejor dicho –para escapar a los equívocos que anidan en el concepto de equilibrio– a su contextual y completa tutela (como en la definición hobbesiana según la cual la seguridad hace referencia a todas “las satisfacciones de la vida que cada hombre, mediante su legítimo trabajo, y sin peligro o daño para el Estado adquiera para sí”) La clave está en el “todas”: en la ecuación entre seguridad y tutela, contextual y completa, de “todos” los valores constitucionales. Sin tener que retomar las infinitas discusiones sobre el carácter del “equilibrio” nos limitaremos a hacer las siguientes consideraciones.

a) La primera es que algunos valores –aunque la lista de los valores constitucionales “implícitos” y por tanto eventualmente conflictuales pueda ser ampliada– están expresamente definidos y queda vedado por la constitución –por su rigidez– reducirlos a la nada: así, a propósito de uno de los actualmente más discutidos, el derecho de asilo (un derecho de los refugiados que constituye un “bien” constitucional –y moral– del pueblo italiano).

b) La segunda reside en el hecho de que la concepción de la seguridad como garantía contextual y completa de todos los valores constitucionales rompe el nexo entre seguridad y coerción. No se trata solo de subrayar –pese a autorizada doctrina en sentido contrario– que no se puede escindir conceptualmente el perfil estructural del derecho del funcional, desde el punto y hora en que son sus características estructurales –las del ordenamiento integrado por normas hipotéticas que regulan la coerción– las que permiten perseguir cualquier función, incluyendo la distributiva y la promocional. También estas últimas, de hecho, se realizan por medio de normas en última instancia coercitivas: las que disciplinan los procedimientos a través de los cuales la distribución y la promoción se llevan a cabo. Lo que se pone en evidencia

por la concepción de la seguridad como garantía contextual e integral de todos los valores constitucionales es que no puede sostenerse que exista una relación de directa proporcionalidad entre seguridad y coerción. Las funciones “positivas” de realización de valores constitucionales a través de instrumentos solo indirectamente coercitivos (la coerción que hace posible la organización jurídica de la función de tutela y promoción de todos los bienes: de todas las satisfacciones de la vida, diría Hobbes) están tan conectadas al concepto de seguridad como aquellas directamente coercitivas.

Considerando el vínculo entre seguridad y Estado –y derecho– el perfil funcional del derecho (podríamos decir el perfil no directamente coercitivo, orientado a la seguridad concebida en sentido amplio, como aseguramiento de todos los valores constitucionalmente protegidos) adquiere una autonomía mayor. El perfil estructural-coercitivo aparece institucionalmente al servicio del perfil funcional, que encierra en si el “fin” esencial del derecho: la garantía de la seguridad hobbesiana en sí misma. Desde esta perspectiva ya no se puede mantener que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coercitivo entendiendo por ello que la coerción tiene un sentido autoevidente⁵. Se debe decir, por el contrario, que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coercitivo que tiene un sentido solo fuera de sí: un sentido que el ordenamiento adquiere en la medida en que está conectado instrumentalmente con la tutela última de los procedimientos de realización del entramado de valores constitucionales. Ciertamente, no es una novedad decir que el derecho es un medio, una técnica. La novedad del estado constitucional está en decir que la paz social no es el resultado de la coerción en

5 La autonomía conceptual del ordenamiento jurídico en cuanto ordenamiento coercitivo encuentra una interesante justificación en la crítica a la teoría comunista de la extinción del Estado desarrollada por Kelsen: sería una “incomparable miopía” el querer liquidar, como mera divergencia fáctica de opiniones entre compañeros, la dificultad en el ámbito religioso, artístico y erótico –o en la discusión en torno al desarrollo hacia formas más elevadas y mejores de sociedad –porque no existe divergencia de opiniones que no pueda convertirse en un conflicto de vida o de muerte. Se puede negar este dato –antropológico, ligado al ser de la “naturaleza humana”– solo si se presume en la sociedad comunista, una mejora de la misma naturaleza humana. Sin tal “hipótesis psicológica” la teoría de la consunción del Estado queda totalmente privada de fundamento; pero si eso asume, se “acaba sin remisión en el país nebuloso de la utopía”. La teoría de la extinción del Estado resuelve, por tanto, el conflicto entre el anarquismo de la sociedad comunista y el estatalismo de la dictadura del proletariado única y solamente con una táctica utópica. Sobre la crítica de Kelsen en *Socialismo e Stato* (tr. it. Bari, 1978) v. Mario Dogliani, *Kelsen in Franco Sbarberi (ed.), La forza dei bisogni e le ragioni della libertà – Il comunismo nella riflessione liberale e democratica del Novecento*, Diabasis, Reggio Emilia 2008.

sentido estricto sino de la coerción en sentido estricto y de aquella que es instrumental para asegurar la efectividad y el goce de los bienes constitucionalmente protegidos.

c) El significado más importante de esta ruptura de la relación directamente proporcional entre coerción y seguridad, consecuencia de la vinculación objetiva entre seguridad y todos los valores constitucionalmente protegidos, podría declinarse como prohibición de considerar la seguridad solo en su perfil subjetivo, como “percepción” de una situación de seguridad. Se podría decir que está prohibido usar la coerción (directa) para satisfacer la necesidad de percibir una situación subjetivamente satisfactoria de seguridad.

d) El punto actualmente más discutido del significado constitucional del valor “seguridad” puede formularse a través de la siguiente pregunta: ¿puede el disfrute del valor “seguridad” entendido en sentido subjetivo condensar la tutela de los valores específicos constitucionalmente protegidos, subordinando el equilibrio entre los mismos con el objetivo de reforzar la percepción subjetiva de la misma seguridad?

Sobre la base de las consideraciones anteriormente desarrolladas se debe señalar que en realidad la relación debe ser la inversa; la percepción subjetiva de la seguridad es un bien residual respecto a los bienes constitucionalmente garantizados. Solo una vez suprimido el riesgo más general de sucesos indeseables a través de la garantía y disfrute de los valores constitucionales pueden disponerse los instrumentos de protección del riesgo residual que lleva implícita la dimensión subjetiva de la seguridad.

e) El problema es nodal, pero se soslaya cuando se afirma que “las políticas de seguridad” en situaciones excepcionales son en su mayor parte inútiles y, en realidad, “mensajes” dirigidos al lado emocional de los ciudadanos, y no al racional.

f) El planteamiento acerca de la insostenibilidad de la autonomía conceptual y de la legitimación constitucional de tales políticas es en sí justo, pero errado si se considera que la crítica que pone el énfasis en su carácter sentimental y con ello zanja la cuestión, ya que el vínculo constitutivo de los grupos políticos y del Estado es – siendo realistas – un vínculo en gran medida emocional (Freud, Weber, Schmitt...). Puede ser útil a estos efectos releer aquel pasaje de la célebre respuesta a Einstein en el que Freud subraya que el derecho es violencia institucionalizada, expresión de una comunidad unida por lazos emocionales que constituyen la fuerza del grupo:

“Comienza usted con *el nexo entre derecho y poder*. Es ciertamente el punto de partida que me parece más adecuado para nuestro debate. ¿Puedo sustituir la palabra ‘poder’ por el término, más rotundo y más duro, de ‘violencia’? Derecho y violencia son hoy opuestos para nosotros. Es fácil mostrar que el primero se ha derivado del se-

gundo, y si nos remontamos a los orígenes e inquirimos cómo surgió este fenómeno, la solución se nos presenta sin excesiva dificultad (...)

Los conflictos de intereses entre los hombres comienzan zanjándose mediante el uso de la violencia (...) Al comienzo, en las pequeñas hordas humanas primitivas, era la fuerza muscular la que decidía a quién pertenecía algo o de quién debía hacerse la voluntad. (...) En algún momento, es posible que el propósito de matar se viera corregido por la consideración de que respetando la vida del enemigo, pero manteniéndolo atemorizado, pueda aprovechárselo para realizar servicios útiles para el vencedor, obteniendo así beneficios a su costa y a bajo coste. Entonces la violencia se contentará con someterlo o subyugarlo en vez de matarlo. Es el comienzo del respeto por la vida del enemigo, gracias a la ventaja que de este modo el vencedor puede sacar de la explotación del vencido, pero, desde ese momento el triunfador deberá afrontar y contar con los deseos latentes y el amenazante afán de venganza del vencido, y estar dispuesto de este modo a renunciar a una parte de su propia seguridad.

He ahí, pues, la situación originaria, el predominio del más fuerte, de la violencia bruta o apoyada por el intelecto. Sabemos que este sistema se modificó gradualmente en el curso de la evolución, y en cierto momento llevó de la violencia al derecho. ¿Pero, cuál fue ese camino? A mi juicio, uno solo: tuvo que pasar por el hecho de que la mayor fuerza de uno pudiera compensarse por la unión de varios de los más débiles. *'L'union fait la force'*. La violencia se quiebra por la unión de varios aisladamente más débiles, de modo que el poder de estos unidos constituirá el derecho en oposición a la violencia del solo individuo. Vemos, pues, que el derecho no es sino el poder de una comunidad. Pero no se olvide que todavía sigue siendo una violencia dispuesta a ejercerse y preparada para dirigirse contra cualquier individuo que se le oponga; trabaja con los mismos medios, persigue los mismos objetivos; la diferencia sólo reside, real y efectivamente, en que ya no es la violencia de un individuo la que se impone, sino la de una comunidad. Ahora bien, para que se consume ese paso de la violencia al nuevo derecho es necesario que se cumpla una condición psicológica. La unión de los muchos tiene que ser suficientemente durable, permanente. Nada se habría conseguido si se formara puntualmente sólo a fin de combatir a un sujeto excesivamente poderoso y cediera tras su doblegamiento ya que el próximo que se creyera más fuerte aspiraría de nuevo dominar violentamente y el juego se repetiría indefinidamente. La comunidad debe ser conservada de manera permanente, debe organizarse, promulgar decretos, establecer normativas para prevenir las temidas rebeliones, establecer órganos que velen por la observancia de las prescripciones –de las leyes– y que prevean la ejecución de los actos coercitivos conforme a derecho. En el reconocimiento de tal comunidad de intereses se establecen entre los miembros de ese

grupo de hombres unidos ciertos vínculos afectivos, sentimientos comunitarios sobre los que se funda la genuina fuerza del grupo”.

Estas palabras expresan el desencanto provocado por la crisis del Estado liberal cuyo síntoma más apreciable, pero no único, fue la Gran Guerra. La legitimación racional-normativa del Estado sucumbió ante las presiones emocional-identitarias. Las sociedades pluralistas conflictuales de la Segunda Postguerra han retomado el hilo de una tradición que se interrumpió con la crisis del Estado liberal, pero que ha acompañado de forma perenne la historia de nuestra civilización: la de los movimientos culturales y políticos que de diversa forma intentaron que prevalecieran los vínculos racionales sobre los emocionales, buscando alentar condiciones que permitieran a los Estados vivir “como si” los ciudadanos fueran decisores racionales. (Y en el colaborar en este viejo empeño esta la grandeza de nuestro trabajo como constitucionalistas). Pero eso no impide que el fondo emotivo, irracional, siga ahí. Por esta razón siempre pueden reaparecer concepciones de la política fundadas sobre la distinción amigo-enemigo (externo e interno) que utilizan unos mecanismos eficacísimos y extremadamente difíciles de combatir, como demuestra el advenimiento de los fascismos.

Ya podemos observar cómo opera la pinza. Por un lado, la seguridad solo puede consistir en la contextual y completa tutela de los valores constitucionales: y ello no porque lo diga la constitución sino porque lo afirma el realismo político magistralmente expresado por Hobbes. Por otro, el problema residual, si lo consideramos desde el punto de vista racional, del “apoyo” que presta la percepción subjetiva a una sensación de seguridad que pueda resultar aceptable. Esta percepción puede desvincularse –y éste es el drama– de la percepción del *bonum* que constituye la garantía y el disfrute de los valores constitucionales, cuyo goce conjunto puede no parecer suficientemente garantía de la necesidad subjetiva. Pero el realismo indica que el primer camino es el firme: un pueblo globalmente consciente del propio patrimonio de valores públicos constitucionalmente garantizados, y efectivamente disfrutados, no busca chivos expiatorios.

Resumen

*En este trabajo, publicado en los *Scritti in onore di Angelo Mattioni* el prof. Dogliani mantiene que la faz constitucional de la seguridad solo se revela tras el aseguramiento de todos los valores constitucionales. De esta forma se rompe el nexo que tradicionalmente había vinculado en exclusiva la seguridad con la coerción de modo que entiende constitucionalmente vedada la posibilidad de considerar la seguridad solo en su perfil subjetivo, como “percepción” de una situación de seguridad. La paz social no sería, así, el resultado de la coerción en*

sentido estricto sino de la coerción en sentido estricto y de aquella que es instrumental para asegurar la efectividad y el goce de los bienes constitucionalmente protegidos.

Palabras clave

Seguridad, Constitución, Constitución Italiana.

Abstract

In this work, published in the Scritti in onore di Angelo Mattioni the prof. Dogliani maintains that the constitutional face of security is only revealed after the assurance of all constitutional values. In this way, the link that traditionally had exclusively established between security and coercion is broken, so that is constitutionally forbidden the possibility of considering security only in its subjective profile as “perception” of a security situation. Thus, social peace would not be the result of coercion in the strict sense but of coercion in the strict sense and of that which is instrumental in ensuring the effectiveness and enjoyment of constitutionally protected values.

Keywords

Security, Constitution, Italian Constitution.

Recibido: el 12 de diciembre

Aceptado: el 13 de diciembre





EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019¹

The right to sexual identity of minors. Commentary on the judgment of the Constitutional Court 99/2019

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ²

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La cuestión de inconstitucionalidad.
- III. Conclusiones: la urgencia de una ley que garantice el derecho a la identidad sexual.

I. INTRODUCCIÓN

La STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, nos plantea varios interrogantes de interés desde el punto de vista constitucional. No solo nos enfrenta a una serie de reflexiones ante el que podríamos llamar derecho a la identidad sexual, y ante la cuestión de si las menores de edad son, y en qué medida, titulares de este³, sino que también nos plantea el papel

1 Tanto en el título como a lo largo del texto uso el término “personas menores de edad” en cuanto que es un término más inclusivo que el masculino plural “los menores de edad”. De acuerdo con esta opción, en muchos casos, usaré el femenino “las menores de edad”, entendiendo que con ese término me refiero a las “personas” y no exclusivamente a las niñas.

2 Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación GENERANDO UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO (Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019-2021).

3 Sobre la controvertida cuestión de la minoría de edad y los derechos fundamentales, véanse las aportaciones de B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid,

del Tribunal Constitucional en la garantía y reconocimiento de lo que podríamos denominar “nuevos derechos”⁴. Porque cuando hablamos de identidad sexual⁵ nos estamos refiriendo a uno de esos derechos que no aparecen expresamente reconocidos en la Constitución española (CE) y que se han ido incorporado a nuestro ordenamiento gracias a los avances del Derecho Internacional y a su reconocimiento jurisprudencial.

La proclamación en el art. 10.1 CE de la “dignidad humana” y del “libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de paz social constituye la base no solo del catálogo de derechos contenido en el título I de nuestra Constitución sino también la llave de apertura a otros que progresivamente

2003; “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 21, primer semestre 2013, pp. 37-78.

4 De hecho, el voto particular de la magistrada Encarnación Roca cuestiona que el TC deba indicarle al legislador cuáles son las mejores opciones para delimitar el ejercicio de un derecho. Según esta magistrada, la sentencia reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis “no se lleva a cabo desde un estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido, sino que los argumentos parecen dirigidos a la optimización de la norma, pero no a declarar la inconstitucionalidad de la misma”. El fallo, en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, adolece según la magistrada de imprecisión, de forma que no está claro si estamos “ante una sentencia ‘aditiva’, en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia ‘monitoria’ en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la ‘suficiente madurez del menor’ y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo”.

5 Aunque en un trabajo anterior optaba por la expresión “identidad de género”, que es de hecho la que se recoge en normas como el Estatuto de Autonomía de Andalucía, estimo que es menos confuso hablar de identidad sexual, en cuanto que los géneros, entendidos como construcción social y cultural que parten de una asimetría jerárquica entre hombres y mujeres, deberían ser abolidos. De ahí que entienda que hablar de derecho a la identidad de género pueda ayudar perversamente a mantener un discurso que en vez de acabar con la jerarquía masculino/femenino, contribuya a mantenerla. O. SALAZAR, “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, julio-septiembre 2015, pp. 75-107. Sobre los dilemas que desde el punto de vista de la teoría feminista plantea el concepto “género” véase R. M. RODRÍGUEZ MAGDA, *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Ménades, Madrid, 2019.

te han ido perfilando dimensiones del ser humano históricamente humilladas, o en el mejor de los casos desconocidas, por los ordenamientos jurídicos. Una de esas dimensiones es la relativa a la orientación y la identidad sexual de las personas, en cuyo reconocimiento ha sido decisivo el activismo del colectivo LGTBI. No solo la legislación sino también la jurisprudencia, que ha ido concretando derechos no reconocidos expresamente por la ley, han jugado un papel esencial, de la mano de los avances conseguidos en al ámbito internacional y, de manera más específica en nuestro contexto, en el Derecho Comunitario. Esta labor ha sido esencial para la transformación no solo de una cultura jurídica sino, de manera más general, de toda una cultura tradicionalmente forjada en torno a la heteronormatividad y el binarismo de género como ejes que han definido a los individuos y sus relaciones afectivo/sexuales⁶. Entre estos cambios evidentes, hay que destacar el fenómeno creciente de la visibilización de las personas trans en general y muy en particular de las menores de edad⁷.

Aunque el derecho a la identidad sexual no ha sido expresamente reconocido como tal por nuestro ordenamiento, sí que es posible deducir su progresiva efectividad a partir del reconocimiento jurisprudencial de un ámbito de la persona estrechamente relacionado con su personalidad, que indudablemente tiene conexión con su vida privada pero que también se proyecta en lo público en la medida en que juega un papel esencial en el ámbito relacional del individuo⁸. No fue sin embargo hasta el año 2007 cuando a nivel estatal se aprobó la citada Ley 3/2007 que, lejos de ser una norma integral sobre el derecho en cuestión, se limitó a regular la modificación de la inscripción registral de las personas transexuales⁹. En ese mismo año, la reforma

6 En este sentido, por ejemplo, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se reconoció en nuestro país el matrimonio igualitario, y cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 198/2012 de 6 de noviembre de 2012, no solo supuso un evidente reconocimiento jurídico de derechos, sino que también contribuyó a generar una conciencia social de reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual. Baste con recordar como en nuestro país hayamos pasado en relativamente poco tiempo de la persecución incluso penal de la homosexualidad al castigo de quienes promueven el odio o la discriminación de las personas por motivo de su orientación o identidad sexuales (art. 510 Código Penal).

7 J. GAVILÁN, *Infancia y transexualidad*, Catarata, Madrid, 2016, p. 224.

8 Sobre la construcción jurídica de la identidad sexual como “nuevo” derecho y la evolución en su tratamiento jurisprudencial y legal, véase O. SALAZAR BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 75-107.

9 Dada la controversia que generan conceptos como “transexual” o “transgénero”, en la medida en que el primero parece referirse a quien está realizando o ha realizado la reasignación de sexo y el segundo a quienes no se identifican con ninguno de los dos géneros, opto en el presente texto por usar

del Estatuto de Autonomía de Andalucía consagró en su art. 35 el derecho de toda persona “a que se respete su orientación sexual y su identidad de género”¹⁰. En ausencia de una normativa estatal, ha sido la legislación autonómica la que en la última década ha llevado a cabo un desarrollo más completo y preciso de este derecho, si bien, claro está, limitado al ámbito competencial propio¹¹. Es por tanto en este com-

el término “trans” como omnicomprensivo de las diferentes realidades de individuos que no encajan en el binomio hombre/mujer. De hecho, el art. 4 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, señala que “el término ‘trans’ ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como ‘otro’ o describen su identidad en sus propias palabras”.

10 Estamos en este caso ante la incorporación por vía estatutaria de un derecho realmente novedoso, en la medida en que no se limita a reproducir o especificar el contenido de un derecho constitucional, ni incorpora un derecho reconocido por la jurisprudencia del TC, como tampoco eleva el rango de un derecho ya reconocido por una ley estatal o autonómica. A. BARRERO ORTEGA, *Nuevos derechos y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 25.

11 Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley Balear 8/2016, de 30 junio, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia; Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias; Ley catalana 11/2014, de 10 octubre, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; Ley 14/2012, de 28 junio, de derechos de las personas transexuales del

plejo marco normativo en el que encontramos referencias expresas a los derechos de las personas trans menores de edad, de manera especial en lo que tiene que ver con los ámbitos sanitario y educativo¹². Si bien en algunas de ellas se ha optado por una legislación específica sobre identidad sexual, en otras los derechos de las personas trans se han regulado en una única ley dedicada a los del colectivo LGTBI. Junto al reconocimiento específico de derechos, en casi todas ellas aparece como objetivo la lucha contra la discriminación de las personas integrantes del colectivo. Por otra parte, hay que señalar que ha sido en estos instrumentos normativos donde ha empezado a configurarse lo que podríamos llamar un derecho “a la autodeterminación de género”¹³, así como una evidente apuesta por la despatologización de las personas trans¹⁴.

La Ley 3/2007 generó casi de manera inmediata una reacción crítica por parte del colectivo al que resulta de aplicación. Además de no satisfacer la pretensión de tener un instrumento normativo completo en materia de derechos de las personas trans, los dos aspectos que merecieron mayores críticas fueron: a) La continuidad de un modelo patologizador¹⁵; b) La titularidad de los derechos reconocidos. Con relación a este último aspecto, el art. 1 solo reconoce legitimación para solicitar la rectificación registral a los nacionales mayores de edad. Por lo tanto, quedan excluidas las personas no nacionales y los menores de edad¹⁶.

País Vasco; Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

12 Sobre los derechos de las menores trans en la legislación autonómica, véase F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Menor y diversidad sexual. Análisis de las medidas de protección en el ordenamiento jurídico español para la identidad de género*, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2017.

13 Por ejemplo, art. 2 de la Ley andaluza 2/2014, reconoce literalmente el “derecho a la autodeterminación de género”, o el art. 4 de la Ley madrileña 2/2016 señala que “toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual”.

14 En esta línea, véanse el art. 23.4. Ley catalana 11/2014, el art. 8.2 de la Ley murciana 8/2016; el art. 22.4 de la Ley balear 8/2016; el art. 5 de la Ley valenciana 8/2017, de 7 de abril, o el art. 41.4 Ley foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+.

15 El art. 4 de la ley exige para que sea posible la rectificación registral de la mención del sexo la acreditación de que a la persona le haya sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España. Además, se exige que haya sido tratada médica durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

16 Debemos recordar que en el Informe de la Defensora del Pueblo del año 2015 se señalaba literalmente que “La identificación pública con el nombre registrado en discordancia con el nombre

Tendrían que pasar diez años para que el Grupo Parlamentario Socialista presentara una Proposición de reforma de la Ley 3/2007, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas que mejorasen la integración de las personas extranjeras residentes en España¹⁷. Esta proposición coincidió en el Congreso con la presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, mucho más ambiciosa, y que respondía al título de “Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género”¹⁸. Ambas decayeron al disolverse las Cortes Generales y convocarse elecciones en abril de 2019 y dejaron por tanto sin resolver, desde el punto de vista legislativo, una de las cuestiones más controvertidas, la relativa a las personas menores de edad en cuanto titulares del derecho a la identidad sexual.

A todo ello hay que sumar que, en octubre de 2018, la Dirección General de los Registros y del Notariado aprobó la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la cual se prevén dos situaciones: 1.^a) En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; 2.^a) Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solici-

que refleja su identidad provoca en los menores un malestar que puede ser perjudicial para el desarrollo personal del menor”. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015/> (consultado: 18/11/19).

17 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 3 de marzo de 2017.

18 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 2 de marzo de 2018.

tado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez¹⁹.

19 En la exposición de motivos de la Instrucción se abordaba de manera expresa la necesidad de ofrecer una respuesta a las menores trans: “La protección del interés preferente del menor, que prima sobre todos los intereses legítimos concurrentes, tiene tal importancia que se le debe reconocer el carácter, o al menos muchos de los efectos propios de un principio de orden público en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo en tal concepto informar la interpretación de las normas jurídicas y obligando a su respeto incluso a los órganos legislativos, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, y los Tribunales, de acuerdo con el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su redacción actual (tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas modificando el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Dicha norma, además, define como criterios para la interpretación y aplicación del interés superior del menor, en cada caso, entre otros la protección del derecho al desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades emocionales y afectivas, la preservación de la identidad, orientación e identidad sexual, y algo tan importante en los supuestos como los que se regulan en esta Instrucción como la consideración del irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, que obliga a no demorar medidas que puedan evitar graves daños en la formación de la personalidad del menor. A ello se añade la obligación de tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor, y su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Para ello debe ser informado, oído y escuchado sin discriminación alguna por edad o cualquier otra circunstancia, en cualquier procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, debiendo recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible según sus circunstancias (art. 9). A tal efecto, debe tenerse en cuenta que, si bien la Ley Orgánica citada establece como edad a partir de la cual el menor debe ser oído en todo caso la de doce años, también ordena que se le oiga en todos los casos en que ello se considere obligado en función de su grado de madurez. Esto, en la materia de la identidad de género, teniendo en cuenta que frecuentemente hay niños que en torno a los cuatro años experimentan ya con claridad la identidad sexual propia como diferente de la asignada, considerando el importante efecto perjudicial que puede tener el retraso en la adopción de las medidas, o lo que es lo mismo el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, obliga a establecer un procedimiento para poder modificar el nombre a los niños menores de doce años, representados por sus padres o tutor pero con la intervención del menor que en cada caso proceda”. Por otra parte, no debe olvidarse que todas las anteriores normas y principios constituyen desarrollo legislativo de principios constitucionales básicos, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de cualquier discriminación, o el derecho a la integridad moral (arts. 10, 14 y 15).

II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Los hechos: un menor de edad en un cuerpo de mujer

La reclamación que está en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad que se analiza en estas páginas ha sido una constante en los últimos años por parte de las familias con hijos e hijas que no se identifican con el nombre y el sexo asignados al nacer²⁰. En el caso que nos ocupa, unos padres habían solicitado la rectificación del

20 La práctica en la última década había dado lugar a una enorme inseguridad jurídica ya que mientras que en determinados Registros se accedía al cambio de nombre de los menores, en otros tal cambio no era posible. Como ejemplo de sentencias de instancia favorables a este reconocimiento, podemos citar la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3, de Tolosa, de 28 de octubre de 2015, en la que se admitió que “los padres son los promotores del expediente, los que conviven habitualmente con el menor y que pretenden como única finalidad favorecer y facilitar el bienestar psicológico del menor”. Todo en base al fundamento que posibilita el art. 51 de la LRC: eliminar la prohibición de poder designar nombres que induzca error al sexo, permitiendo la libre elección del nombre y de aquellos que sean contrarios a la dignidad de las personas. En aplicación de dicha norma, el tribunal entiende como lesivo a la dignidad del menor el mantenimiento de un nombre de sexo contrario al sentido/a por el mismo/a. En otra sentencia, aún más novedosa, la Magistrada encargada del Registro Civil núm. 2 de Valencia autorizó mediante Auto de 15 de febrero de 2016, la rectificación del sexo registral asignado al nacer en función de sus genitales, para adecuarlo a su identidad sexual, para ello aplica como norma al caso concreto el art. 3 del Código Civil: “las normas han de aplicarse en la realidad social en el tiempo que se apliquen”. La Sección Sexta de la Audiencia de Valencia interpreta que tras la promulgación de la Ley 3/2007 no procede la rectificación del sexo registral vía judicial, sino únicamente a través del expediente gubernativo, si bien hace una interpretación del artículo 1.1 de esa Ley que la mantiene conforme a la Constitución, declarando que no hay que entender que la referencia al requisito de la mayoría de edad y capacidad suficiente impida solicitar tal rectificación a las personas menores de edad o sin capacidad de obrar, sino que podrán hacerlo a través de sus correspondientes representantes legales. En concreto, afirma que “es verdad que esa Ley no contempla expresamente la posibilidad de que una persona menor de edad pueda instar la rectificación registral de la mención relativa al sexo. Sin embargo, la mención que el artículo 1.1 de la ley hace al “mayor de edad y con capacidad suficiente para ello” no debe ser interpretada como una implícita exclusión de los menores e incapaces de la posibilidad de solicitar tal rectificación, pues no se podría entender semejante trato discriminatorio que hiciera a estas personas de peor condición legal, cerrándoles la vía legal más ágil, sencilla y económica para la solución de su problema. Muy al contrario, ese silencio legal debe ser interpretado en el sentido de que, no pudiendo tales personas actuar por si a causa de su minoría de edad o de su incapacidad, lo podrán hacer si actúan representados por sus padres o tutores, que complementen su capacidad de obrar (...) La interpretación que la Jueza encargada del Registro Civil núm. 2 de Valencia autorizó mediante Auto de 15 de febrero de 2016 ha hecho de ese artículo ha sido clave para lograr esta resolución al incorporar la tesis que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de

nombre y del sexo de su hijo ante el registro civil de Benasque, el cual había nacido en 2002 y había sido inscrito en el Registro con nombre y sexo de mujer. Desde edad muy temprana el menor manifestó sentirse varón y preferir usar un nombre masculino y así fue aceptado en su entorno familiar y social. Con fecha 1 de julio de 2014, el equipo médico de la unidad de identidad de género de Barnaclinic emitió un informe en el que reconocía que el paciente presentaba un fenotipo totalmente masculino y estaba adaptado a su rol de hombre. No se detectaba además ninguna patología psiquiátrica relevante que pueda influir en su decisión de cambio de sexo, por lo que se le derivaba al médico endocrino para prescribir un tratamiento hormonal. Así mismo, el informe hacía constar a quien procediese ante el registro civil que el paciente cumplía los requisitos solicitados por la Ley 3/2007, para solicitar el cambio de nombre y sexo, argumentando que la exigencia legal de tratamiento hormonal para acomodar las características físicas de la persona a las del sexo reclamado no serían de aplicación en este caso, ya que como prevé la ley dicho tratamiento no es necesario cuando concurren circunstancias de edad que lo imposibiliten. En el caso en cuestión, se recuerda que “el paciente no pudo hormonarse con anterioridad, pues por edad no había empezado el cambio puberal, por lo que el tratamiento hormonal no tenía sentido de ser aplicado”.

La solicitud fue inadmitida a trámite mediante auto de 14 de agosto de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Boltaña, por no cumplirse por el interesado el requisito de la mayoría de edad, exigido por el art. 1 de la Ley 3/2007. Los interesados promovieron entonces la rectificación registral por vía judicial mediante demanda de juicio ordinario presentada el 29 de septiembre de 2014. Además de documentos que acreditaban las dificultades planteadas para practicar deportes como baloncesto, judo o snowboard a nivel federado en equipos masculinos, así como distintos escritos de centros educativos y culturales en el que se reconoce con naturalidad el nombre masculino utilizado por el menor, los demandantes aportaron la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias 929/2007, de 17 de septiembre,

Valencia expuso en su Auto: “cabe suplir esta falta de capacidad del menor compareciendo en el expediente a través de quienes ejercen la patria potestad, en este caso, sus padres”. O. BURGOS GARCÍA, “El derecho a la identidad de género como derecho fundamental en interés del menor”, en C. GARCÍA GIL, C. FLECHA GARCÍA, I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, (coords.), (2016). *Mujeres e investigación. Aportaciones interdisciplinares: VI Congreso Universitario Internacional Investigación y Género. Sevilla: SIEMUS (Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres de la Universidad de Sevilla)*, Sevilla, 2017, pp. 65-79. Sobre la lucha de los padres y de las madres de menores trans por el reconocimiento de este derecho véanse la información contenida en la web de Chrysallis, Asociación de Familias de menores transexuales (<https://chrysallis.org.es/>, consultada: 9/11/19).

secundada por otras posteriores: 158/2008, de 28 de febrero, 182/2008, de 6 de marzo, 732/2008, de 17 de julio, 731/2008, de 18 de julio, y 465/2009, de 22 de junio) en la que se afirma, al efecto de la determinación del sexo de una persona, la prevalencia del factor psicológico sobre el gonadal o cromosómico, pues lo contrario traería consigo un freno al libre desarrollo de la personalidad, con la consiguiente lesión de la dignidad humana. En el recurso se resaltaba que tales valores y derechos no son privativos de los mayores de edad, sino que también son predicables, y en la misma medida, de los menores de edad, cuyo interés superior debe prevalecer en la interpretación de las normas (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, 835/2013, de 6 de febrero, o 221/2011, de 1 de abril).

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Huesca dictó sentencia el 5 de enero de 2015 en la que se desestimó la pretensión ejercitada por carecer el menor de edad de legitimación activa *ad causam*. El recurso planteado posteriormente ante la Audiencia Provincial de Huesca fue igualmente desestimado por sentencia 36/2015, de 13 de marzo de 2015, que confirmó la de instancia. El recurrente promovió entonces, a través de sus representantes legales, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que es el que daría lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo.

2. Los argumentos del Tribunal Supremo

En el auto fechado el 10 de marzo de 2016, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo analiza el marco jurisprudencial y legal de tratamiento de los derechos de las personas transexuales, con especial referencia al ámbito internacional. Así, resalta el giro jurisprudencial producido en la doctrina del Tribunal Supremo, que cambió el criterio mantenido desde los años ochenta de dar prevalencia a los aspectos psíquicos y psicosociales en la determinación del sexo –frente a los cromosómicos o gonadales– solo en el caso de las personas transexuales que hubieran sido sometidas a una cirugía de reasignación de sexo. Es decir, el Auto parte del reconocimiento, apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la legislación y jurisprudencia comparadas, de que la necesidad de una operación quirúrgica para el cambio registral constituye un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En este sentido, recuerda la jurisprudencia del TEDH en la que se ha ido perfilando cómo incide en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) la necesidad de identificarse mediante documentos oficiales que no generen una discordancia entre el sexo legal y el sexo aparente, así como progresivamente se ha restado valor al requisito de la operación quirúrgica

para el reconocimiento de la transexualidad de una persona por los poderes públicos, siguiendo una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ambos de 2010²¹. Específicamente sobre menores de edad transexuales se cita un informe del comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, que alude a las dificultades de comprensión que con frecuencia padecen en el seno de sus propias familias y a la consiguiente restricción en el acceso a información, apoyo y tratamiento adecuados. Por su parte, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015 recomienda la instauración de procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para el cambio de nombre y sexo de las personas transexuales en los documentos oficiales con independencia de su edad.

El auto del Tribunal Supremo plantea hasta ocho proposiciones: 1.^{a)} El tratamiento socio-jurídico de la transexualidad “se encuentra en constante y acelerada evolución”; 2.^{a)} En la identidad de género debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o gonadal; 3.^{a)} El reconocimiento de la identidad de género de un transexual no se puede condicionar al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo; 4.^{a)} La transexualidad no debe ser considerada una patología psiquiátrica necesitada de curación; 5.^{a)} Debe facilitarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en su inscripción de nacimiento y en sus documentos de identidad; 6.^{a)} Debe protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual ante situaciones humillantes de identificación en el ámbito escolar, laboral o de relación con las autoridades públicas; 7.^{a)} Estas exigencias derivan del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en relación con el derecho a su integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), así como de la jurisprudencia del TEDH y de la interpretación del Consejo de Europa; 10.^{a)} “los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales”, padeciendo además problemas específicos “inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia”.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo apoya sus dudas sobre la constitucionalidad del requisito de la mayoría de edad exigido por la Ley 3/2007 en los siguientes argumentos: 1.^{o)} La titularidad de derechos fundamentales por parte de

21 STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L contra Lituania; STEDH de 25 de marzo de 1992, asunto B contra Francia; STEDH de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, asunto I y Cristina Goodwin contra Reino Unido; STEDH de 16 de julio de 2014, asunto Hämäläinen contra Finlandia; STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto YY contra República de Turquía.

los menores de edad (SSTC 197/1991, 61/1998, 134/1999, 141/2000, 288/2000, 154/2002, 183/2008, 158/2009 o 186/2013); 2.º) La aplicabilidad a los mismos de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de respeto a la dignidad de las personas, en los cuales se viene apoyando la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender el derecho a cambiar la mención registral del sexo en el caso de las personas transexuales; 3.º) Toda restricción a los mismos debe tener una justificación adecuada y proporcionada para no incurrir en discriminación (art. 14 CE y art. 14 CEDH); 4.º) La limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad, tal y como ha dejado claro el TC (STC 274/2005, de 7 de noviembre), solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE).

En cuanto al examen en sí de la proporcionalidad, en sus tres escalones, de la medida legal cuestionada, el Auto reconoce en primer lugar que la restricción que examina supera el juicio de adecuación, pues está dirigida a un fin que constitucionalmente justifica la restricción del derecho y es apta para conseguir dicho fin, que en este caso sería el principio de seguridad jurídica en su aspecto de indisponibilidad y estabilidad del estado civil. Sin embargo, el Auto entiende que no ocurre lo mismo con las otras dos fases del juicio de proporcionalidad. Por un lado, en cuanto al juicio de necesidad o indispensabilidad, se pone en duda que no haya alternativas de preservación de esos bienes constitucionales que sean menos gravosas o restrictivas de derechos fundamentales. Sobre todo “cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y el registral le provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad incompatibles con las exigencias del derecho a la integridad moral del art. 15 CE y a la salud, entendida en su sentido más integral de bienestar físico y moral, del art. 43 CE, y le expone al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc., con la vulneración que ello supone de su derecho a la intimidad del art. 18.1 CE”. Por otro, en cuanto al juicio estricto de proporcionalidad, la Sala duda también que haya un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que genera la limitación en sí del derecho que se valora (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5).

Por último, el Auto justifica la exclusión como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 4.1 de la Ley 3/2007, que establece los requisitos previos de diagnóstico de la disforia de sexo y de su tratamiento médico durante dos años para poder solicitar el cambio registral del sexo de la persona. El primer requisito carece

de relevancia en este caso por no condicionar el resultado del litigio, puesto que el recurrente ha justificado de hecho la existencia de diagnóstico mediante un informe médico. En cuanto al segundo, la Sala destaca que sería de aplicación la excepción legal recogida en el art. 4.2 de la ley, que exime de la necesidad de cubrir ese periodo “cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”. En la medida en que no tiene sentido iniciar un tratamiento hormonal antes de la pubertad, el auto considera que el recurrente se encontraría en el supuesto excepcional en que por razones de edad no sería necesario cumplir ese requisito, por lo que no tendría relevancia en este caso la constitucionalidad de esa exigencia legal²².

3. Los argumentos de la Abogacía del Estado y de la Fiscalía General del Estado

Mientras que la Abogacía del Estado defiende que la exigencia de la mayoría de edad para poder rectificar el sexo de una persona en el registro civil es una medida proporcionada conforme al interés superior del menor, por lo que termina solicitando que se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la cuestión planteada, la Fiscalía General del Estado considera que la restricción establecida en el art. 1.1 de la Ley 3/2007 por razón de edad no supera el test de proporcionalidad en orden a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

22 El auto de planteamiento de la cuestión viene acompañado de un voto particular discrepante. En él se argumenta en una doble dirección. Por un lado, se subraya que la restricción que el legislador establece para solicitar un cambio registral de sexo es coherente con la propia configuración de este supuesto legal, que en palabras de la propia exposición de motivos de la norma consiste en la constatación “como un hecho cierto el cambio ya producido en la identidad de género” de una persona, y no por tanto en la mera recepción de la manifestación de voluntad de la misma. Además, y atendido a la evidencia científica de que “solo una minoría de los trastornos de identidad de género o disforia de género en la infancia se mantienen en la vida adulta y desarrolla un transexualismo”, resultaría que la limitación de los derechos fundamentales del menor a la integridad física y moral, a la intimidad y a la salud estaría justificada por la necesidad de constatación del cambio de identidad sexual de la persona, que es presupuesto esencial del cambio en la mención registral del sexo y debe estar cualificada por su estabilidad y persistencia [art. 4.1 a).1 de la Ley], por lo que no podría considerarse desproporcionada. Por otro lado, el voto particular subraya que, puesto que la minoría de edad no es una situación uniforme y el desarrollo de la personalidad del menor es progresivo, debe ser el legislador el que regule en qué casos y con qué garantías y requisitos relativos a su madurez y a la estabilidad y persistencia del cambio de identidad de género, podría un menor de edad proceder a la rectificación de la mención registral de su sexo, lo cual excede el marco de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

La Abogacía del Estado destaca, por un lado, que se trata de un requisito conscientemente introducido por el legislador, y por otro, que es un criterio de prudencia, basado en lo que sostiene la doctrina científica en la actualidad, y que no vulnera por tanto los arts. 15, 18 y 43 CE. Además, relativiza la importancia que en la actualidad tiene el sexo en el estado civil por la aproximación de roles y comportamientos sociales, para sostener que la rectificación del sexo de la persona en el registro civil ni es el origen de los posibles sentimientos de humillación, ansiedad y vulnerabilidad que puede padecer el menor transexual, ni evita que estos se puedan producir. Cuestión distinta es que el interés superior del menor requiera la adopción de las medidas necesarias para protegerle en este campo, las cuales no están exclusivamente en función de su grado de madurez.

La Fiscalía General del Estado, por el contrario, entiende que la restricción establecida en el art. 1.1 de la Ley 3/2007 por razón de edad no supera el test de proporcionalidad en orden a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, suscribiéndose así la argumentación contenida en el auto de planteamiento de la cuestión. Apoya su posición en un largo listado de referencias internacionales y nacionales, tales como la jurisprudencia del TEDH ya mencionada o la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, en la que se hace un llamamiento a los Estados a instaurar procedimientos ágiles de cambio de nombre y sexo “a disposición de todas las personas que deseen utilizarlos, independientemente de la edad” y de otras circunstancias (salud, situación financiera, situación de privación de libertad...), añadiendo que se deberá “garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primaria en todas las decisiones que conciernan a los menores”. Destaca también en cuanto a la normativa nacional, dos menciones introducidas en 2015 en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero: la preservación de la identidad sexual del menor como criterio para interpretar y aplicar el llamado interés superior del menor [art. 2.2 d)] y el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores [art. 11.2.l)]. Se cita además una referencia de la exposición de motivos de la ley andaluza, ya mencionada, sobre el derecho de los menores “a que les sea reconocida su propia identidad de género dentro del proceso de formación de su personalidad”, así como del art. 3 de la ley canaria, también mencionada, sobre el derecho del menor de edad transexual a la protección y atención integral por los poderes públicos para el desarrollo de su personalidad. Por todo ello se concluye que “los menores de edad tienen derecho a que se respete su identidad de género”.

En cuanto al fundamento y anclaje constitucional de estos derechos, la Fiscal general del Estado expone que el derecho a la identidad sexual está vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE), y recuerda como en este sentido se han manifestado, en el orden internacional, los Tribunales Constitucionales federal alemán, de Colombia y de Italia, y en el orden nacional, el Tribunal Supremo, sobre todo en su sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, y las exposiciones de motivos de la Ley 3/2007 y de la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

La última parte de su escrito de alegaciones es dedicado por la Fiscalía a argumentar que la prohibición a los menores de edad transexuales de cambiar la mención registral de su sexo y nombre constituye una injerencia en el libre desarrollo de su personalidad y en su dignidad humana (art. 10.1 CE), que conculca también otros derechos fundamentales (arts. 18.1, 15 y 43.1 CE).

4. Las alegaciones del padre y de la madre del menor

Los progenitores del menor alegaron el derecho a la identidad de género de los menores de edad, y cómo la negación de legitimación para cambiar de sexo y nombre en el registro a quienes no tienen la mayoría de edad vulneraría, por un lado, los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación con el art. 10.1 CE, y por otro, el art. 14 CE por falta de una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato con quienes sí la tienen. En concreto, plantean tres argumentos principales:

1.º) Con respecto a derecho a la identidad de género, argumentan que, aunque el mismo no está reconocido en la CE, se puede considerar tácitamente incluido en el art. 10.1 CE, aparte de que sí está reconocido tanto en el art. 8 de la Convención sobre los derechos del niño de 2006 como en la Carta europea de los derechos del niño de 1992. La identidad de género, tal y como se reconoce en los llamados Principios de Yogyakarta, sería la vivencia interna e individual del género por cada persona, que sería fruto de su autodeterminación. Así se ha ido recibiendo por diversa legislación dictada en todo el mundo sobre la identidad de género en los últimos años (art. 2 de la Ley argentina 26.743, de 23 de mayo de 2012; art. 2 de la Ley maltesa de 23 de abril de 2015; art. 3 de la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio; art. 1 de la Ley madrileña 2/2016, de 29 de marzo; art. 4 de la Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo). Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 se pronunció a favor de reconocer a las personas transexuales la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus convicciones profundas. En apoyo de estas

orientaciones se citan –y se adjuntan a las alegaciones– los informes de un psicólogo/sexólogo especialista en transexualidad y de un catedrático de psicobiología, ambos españoles, sobre indicios neurológicos prenatales de conformación del sexo en el cerebro, al margen de la genitalidad de la persona. De manera que la transexualidad sería una condición innata de la persona, que no es elegida, y que por tanto no requeriría una capacidad, o madurez de discernimiento para su determinación. En coherencia con ello, también sería una condición estable de la persona, de carácter irreversible, citándose –y adjuntándose– referencias a un par de informes de especialistas en los que se niega conocer ningún caso de reversión espontánea o inducida de una persona transexual. En este sentido, se adjunta certificado de la asociación Chryssallis de familias de menores transexuales, presidida por uno de los progenitores del menor que es parte en el proceso a quo, en el que consta que ninguna de las 321 personas asociadas hasta la fecha se haya dado de baja por reversión.

2.º) Se suscriben por completo las dudas expresadas por la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, en el sentido de que la falta de legitimación de los menores de edad para rectificar su sexo en el registro civil supone negarles su derecho a la identidad sexual, que es imprescindible para el libre desarrollo de su personalidad y dignidad (art. 10.1 CE), para evitar el menoscabo de su derecho a la integridad moral (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18 CE) y a la vida privada (art. 8 CEDH), y para evitar repercusiones lesivas de su salud en sentido amplio, o bienestar [art. 43 CE, art. 25 de la Declaración universal de derechos humanos (DUDH) y art. 12 del Pacto internacional de derechos económicos y sociales]. Con ello se obstaculiza a los menores transexuales el vivir con la dignidad de quien puede desarrollar su identidad sexual, exponiéndoles a situaciones humillantes cada vez que se pone de relieve su condición, lo cual puede afectar a su rendimiento escolar y a la continuación de sus estudios postobligatorios, con claro riesgo de exclusión social. Se invocan sendos fallos del Tribunal Constitucional de Colombia de 13 de febrero de 2015 y de la Suprema Corte de Justicia de México de 1 de enero de 2011, que reconocen el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y a que el registro civil esté en consonancia con esa identidad, y aprecian que lo contrario vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. De allí se deriva que “todos los menores, sea cual sea su edad y grado de madurez, son titulares de todos los derechos fundamentales mencionados” y en concreto del derecho a la identidad sexual, que deriva del derecho a la dignidad humana, y por tanto a la legitimación para la rectificación registral de sexo, sobre todo teniendo en cuenta que la transexualidad es una condición innata de la persona.

En esta línea, se invocan la resolución de 2015 del Consejo de Europa, ya citada, que anima a los estados a reconocer esa legitimación con independencia de la edad, como ya lo hacen varias leyes extranjeras sin atender al grado de madurez del menor (se recoge el art. 5 de la Ley argentina 26.743, que sin embargo sí alude expresamente a los principios de capacidad progresiva y de interés superior del niño; el art. 7 de la Ley maltesa de 2015, que requiere que la solicitud se presente por los representantes legales y se haga ante el juez mediante un acto de jurisdicción voluntaria, y que en la letra 2 b) alude a la necesidad de tener en cuenta la edad y madurez del niño, y el art. 4 de una reciente Ley noruega de 2016)²³.

3.º) Sostienen que el precepto cuestionado constituye una discriminación por razón de edad de los menores respecto a los transexuales mayores de edad, y una discriminación por razón de edad y de la identidad sexual frente a los mayores de edad en general, que no tiene justificación objetiva y razonable. Como la identidad sexual de los menores transexuales es tan estable o invariable como la de los que no lo son, los requisitos legales para el cambio registral recogidos en el art. 4 de la Ley 3/2007 también se pueden acreditar perfectamente por un menor de edad. Se citan expresamente dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán de 16 de marzo de 1982 y de 26 de enero de 1993, que, a pesar de partir de una concepción anacrónica de la transexualidad como patología, consideraron contrario al principio de igualdad el límite de veinticinco años, tanto para proceder al cambio de sexo y nombre en el registro previa cirugía de reasignación sexual como para proceder al simple cambio de nombre con carácter previo a una posible operación. Por último, los alegantes aprovechan para insistir que precisamente la necesaria superación de la visión patológica de este fenómeno debe conducir a entender que las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) serían contrarias a la Constitución.

5. Los argumentos del Tribunal Constitucional

1.º) La sentencia reconoce que el derecho a la identidad sexual guarda una estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE): “En efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nom-

23 Se recuerda que, en el caso español, se plantearon algunas enmiendas en esta dirección durante la tramitación de la Ley 3/2007, que no se recogieron, y que a juicio de los alegantes convertirían al art. 1 de la finalmente aprobada Ley 3/2007 en inconstitucional.

bre (párrafo segundo del art. 1.1) y a ‘ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición’ (art. 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de establecer relaciones con otras personas”.

El TC recuerda cómo la conexión entre autonomía, libre desarrollo de la personalidad y la identidad sexual ha sido reconocida por el TEDH (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57). En este sentido, el TEDH ha llegado a reconocer un derecho a la autodeterminación, que es fundamental para las personas trans y que estaría garantizado por el art. 8 CEDH (STEDH asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017). En el mismo sentido, la sentencia recuerda varios pronunciamientos del Tribunal Federal alemán, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015 o diversas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que fundó en el libre desarrollo de la personalidad la línea jurisprudencial en la que, dando prevalencia en la determinación del sexo a los factores psicosociales, dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la rectificación de las menciones de sexo y nombre en el registro civil.

Si en consecuencia, sostiene el TC, y tal como se puede deducir de la jurisprudencia analizada, así como de la actividad legislativa que introdujo la rectificación registral de la mención del sexo, el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, supone una restricción especialmente intensa para quienes tienen menos de 18 años. Por lo tanto, concluye, “el precepto legal cuestionado, en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE”.

2.º) En segundo lugar, también estima la sentencia que la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE), en la

medida en que “excluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación de la mención de sexo en el registro, y del correlativo cambio de nombre, tiene un efecto reflejo en el sexo y nombre que aparecen en sus documentos oficiales, y en general condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse”. De acuerdo con la doctrina reiterada por el TC sobre la intimidad personal, “la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos –el percibido por el sujeto– y, en consecuencia, no transcienda al conocimiento público su condición de transexual”.

3.º) El TC entiende que no se ven afectados los arts. 15 y 43 CE, que según el Auto del TS se veían vulnerados ya que la persona menor de edad, al verse obligada a afrontar la falta de sintonía entre el sexo percibido y el sexo registrado, sería objeto de un trato humillante e inhumano. El fallo alude a la STEDH de 11 de septiembre 2007, asunto L. c. Lituania, § 46 y 47, resaltando que, en principio esta situación, aun reconociendo la angustia y frustración que puede generar, no reviste la intensidad suficiente para encontrar cobertura en el art. 3 CEDH, considerando más apropiado analizar su queja en el contexto del art. 8 CEDH, precepto que terminó considerando vulnerado.

4.º) Las personas menores de edad han de gozar del reconocimiento de un espacio de autodeterminación, lo cual implica, como consagró la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, que los Estados han de respetar el derecho “a preservar su identidad”. En este sentido, el TC recuerda su sentencia 154/2002, en la que reconoció que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales –el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida– no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor. En aquel caso, la atribución de un espacio de libre decisión, con las salvedades que exigiesen otros bienes jurídicos, se justificaba en el respeto a sus creencias religiosas y, por tanto, en el derecho fundamental que el art. 16.1 CE consagra. Nada obstante, sin embargo, entiende el TC, a que se generalice este criterio (reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran otras relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad) y se proyecte sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida por el Derecho.

5.º) En cuanto al alcance de la proporcionalidad de la medida adoptada en la Ley 3/2007, el TC recuerda que “el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas” (STC 55/1996, FJ 6). Ahora bien, cuando se produce una posible colisión entre bienes de relevancia constitucional y el legislador decide restringir el contenido protector de un derecho o principio constitucional en alguno de sus elementos centrales, el TC está legitimado para intervenir y controlar si efectivamente la ley atiende debidamente al principio de proporcionalidad. Este enjuiciamiento, además, estará condicionado por el “objeto sobre el que este se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore”, de tal modo que “cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera” (STC 60/2010, FJ 7).

En la cuestión planteada, entiende el TC que la previsión de la Ley 3/2007 que impide que los menores transexuales disfruten en el Registro de una mención de sus sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida supone “excluir del conocimiento ajeno su condición de transexual, y esa publicidad forzada le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia”. Esta medida afecta no solo a la intimidad del menor sino también a su autonomía y a su capacidad de establecer relaciones sociales de acuerdo con su identidad. Por lo tanto, “el control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso...deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera”.

6.º) El auto de planteamiento de la cuestión alude a dos posibles objetivos que podrían justificar en abstracto la medida legal enjuiciada. De un lado, contiene una alusión a las consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil. De otro lado, menciona expresamente la “necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4 CE)”, invocando al efecto la STC 274/2005. Con respecto a la primera, argumenta la sentencia que “procede descartar, por los mismos motivos que lo hace el auto de planteamiento, la primera de las opciones. En la forma de Estado que articula la CE, el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal del orden público. Otros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia

secundaria con relación al ejercicio de los derechos fundamentales". En cuanto a la cláusula de protección de las personas menores de edad, es cierto que el TC ha admitido expresamente que el art. 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, estableciendo regímenes especiales de tutela allí donde la ley, dentro del amplio margen que enmarca la Constitución, lo considere necesario. Ahora bien, entiende la sentencia, "no se opone a esta apreciación del Tribunal que en este caso la restricción del principio o derecho constitucional –la exclusión del menor transexual de la rectificación registral de la mención de sexo– se apoye en lograr un beneficio para los mismos sujetos que sufren la limitación. No lo es, en primer lugar, porque se asienta en el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad. De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del agere licere de la persona, que hunden igualmente sus raíces en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en la tutela dispensada por concretos derechos fundamentales (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitación en aras de procurar la protección de la misma persona que sufre la restricción (entre otras, las citadas SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 60/2010, de 7 de octubre)".

7.º) En cuanto a la segunda parte del canon de proporcionalidad, el TC debe verificar "si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales –la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo– se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica –la tutela privilegiada de los menores de edad como categoría de personas necesitadas de especial protección–, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es adecuada (a), necesaria (b) y proporcionada en sentido estricto (c)".

- a) Con respecto al juicio de adecuación, el TC sostiene que "el auto de planteamiento no presenta ninguna argumentación ordenada a evidenciar que aparece como manifiesto que la medida legal que cuestiona suponga, en todo caso, un entorpecimiento en el logro de la protección específica del menor o resulte indiferente respecto de ella. De hecho, aunque extender el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la Ley 3/2007 al menor transexual entrañaría sin duda un importante beneficio para él, al menos en términos de tutela de su intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión sobre su persona, no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción, si

bien supone para él una restricción en los derechos y principios constitucionales antes indicados, se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan las serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada. No resulta manifiesto, por tanto, que la medida legal cuestionada resulte en todo caso entorpecedora o indiferente con relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes públicos por mandato constitucional”.

- b) Con relación al criterio de necesidad, el auto de planteamiento de la cuestión sostenía que la norma legal cuestionada es una restricción innecesaria del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Argumentaba que “cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad [...] este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad”.
- Entiende el TC que “de este razonamiento se desprende que la medida alternativa menos gravosa considerada por el órgano remitente es aquella en que la exigencia de la mayoría de edad no se proyectase sobre los menores de edad ‘con madurez suficiente’ y que se encuentren ‘en situación estable de transexualidad. En este análisis de proporcionalidad la norma cuestionada incorpora una restricción que se proyecta sobre bienes constitucionales de la más alta significación: el derecho a la intimidad y el principio que garantiza el libre desarrollo de la persona. Y además esta limitación recae sobre un aspecto de ellos como es la identidad personal que reviste una especial centralidad por su particularmente estrecha relación con la dignidad de la persona humana. Únase a todo ello que la restricción sobre esos bienes actúa de una manera radicalmente intensa: mediante la privación completa de algunas de sus manifestaciones respecto de un conjunto entero de sujetos”.
- c) Con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, el TC recuerda que “el contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos del cambio de la mención registral del sexo restricciones muy notables en los bienes jurídicos constitucionales ya indicados. Estas limitaciones, que en sí mismas revisten enorme intensidad y se proyectan sobre bienes constitucionales de la mayor transcendencia, se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta una ‘madurez suficiente’, en tanto que resulta inevitable reconocerle una mayor necesidad de tutela de su

intimidad personal y del espacio de decisión que le habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad”.

No niega el TC que la restricción legal enjuiciada provoque beneficios para ciertos principios y derechos constitucionales. Ahora bien, “estos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdena, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código civil de la emancipación del menor de edad (arts. 314 y ss.). De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento, el riesgo de remisión de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta”.

El TC aprecia que en el caso de las personas menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad”, “se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición”. En consecuencia, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los casos de menores, incluidos los que tienen “suficiente madurez” y se hallan en “situación estable de transexualidad”, “constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad”.

III. CONCLUSIONES: LA URGENCIA DE UNA LEY QUE GARANTICE EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

1. Una cuestión sin resolver

El fallo de la sentencia que nos ocupa resuelve la cuestión de inconstitucionalidad, pero no la “cuestión” de la titularidad del derecho a la identidad sexual. Es decir, el hecho de que el fallo estime la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, “pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición

a los menores de edad con ‘suficiente madurez’ y que se encuentren en una ‘situación estable de transexualidad’, no hace sino dejar abierto un frente que solo podrá ser resuelto por la ley²⁴. En este sentido, comparto buena parte de la confusión que pone de relieve el voto particular de la magistrada Encarnación Roca en cuanto al carácter de la sentencia, si bien en otros puntos de su razonamiento mi discrepancia es evidente²⁵. Queda sin resolver cómo entendemos la “suficiente madurez” y la “situación estable de transexualidad”, lo que a su vez nos remite al interrogante que de manera permanente planea sobre el reconocimiento de la identidad sexual y que no es otro que el relativo a quién tiene la capacidad para decidir sobre ella. Es decir, esta cuestión abierta nos remite al de la necesaria despatologización de la identidad

24 “Téngase en cuenta, sin embargo, que tras la STC 99/2019, el menor (emancipado o no), si tuviera condiciones de madurez suficiente y se encontrara en situación permanente de transexualidad (cumpliendo, además, los requisitos exigidos por el artículo 4 de la Ley 3/2007), podría, por sí solo, pedir directamente el cambio registral de sexo. Resulta, pues, absurdo, que, si no está emancipado, deban ser sus padres quienes (aunque tenga condiciones de madurez), mediante una declaración de voluntad propia, pidan su cambio de nombre, al amparo de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, limitándose el menor a firmar la solicitud, si tuviera más de doce años. En cualquier caso, me pregunto si no hubiera sido más razonable profundizar en la vía del cambio de nombre de los menores de edad y dejar la posibilidad de cambiar el sexo, exclusivamente, a las mayores de edad (al menos, mientras siga vigente el art. 4 de la Ley)”. J. R. DE VERDA Y BAHAMONDE, “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre”, *Instituto de Derecho Iberoamericano: https://idibe.org/tribunal/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/* (consultada: 11/11/19).

25 No comparto la argumentación que la magistrada realiza en cuanto a lo que ella denomina “optimización de la norma”. La sentencia reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis, sostiene Roca, “no se lleva a cabo desde un estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido, sino que los argumentos parecen dirigidos a la optimización de la norma, pero no a declarar la inconstitucionalidad de la misma. En igual sentido y con parecidos argumentos podríamos entender que la edad límite de escolarización obligatoria no resulta la óptima en relación con el ejercicio del derecho a la educación, al igual que la de extracción de órganos respecto al derecho a la integridad, el consumo de alcohol o tabaco sobre el derecho a la salud, el secreto de las comunicaciones o el domicilio del menor en cuanto a la libertad personal y de circulación y de residencia, el ejercicio del derecho al voto y al derecho de participación política”. No me parecen comparaciones equiparables en la medida en que la norma a la que se refiere la cuestión incide de manera directa y principal en ese espacio de autodeterminación personal que el propio TC conecta con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Es decir, el derecho en cuestión, el que hemos convenido en llamar “a la identidad sexual”, no creo que sea comparable en cuanto a su incidencia sobre el sujeto con los derechos a los que la magistrada alude. Es más, todos esos derechos solo alcanzarán una efectividad completa en la medida en que el sujeto pueda disfrutar plenamente de su identidad sexual.

sexual y por lo tanto a la necesaria superación de los requisitos establecidos por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal).

Lo que la sentencia comentada ha vuelto a poner de manifiesto es la urgente necesidad de una ley estatal que garantice de manera efectiva el derecho a la identidad sexual, así como, en paralelo, las limitaciones que en todo caso tiene, o debería tener, el Tribunal Constitucional en cuanto a la definición de nuevos derechos. La actuación del poder legislativo debería centrarse en dos aspectos esenciales: a) un tratamiento integral de todos y cada uno de los ámbitos en el que las personas trans siguen sufriendo discriminación y en los que incluso pueden requerir de acciones positivas; b) como punto de partida inexcusable para el reconocimiento del derecho a la identidad sexual, la superación de la concepción “patologizadora” de la transexualidad y su ubicación en la tríada compuesta por la *dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de reconocimiento*²⁶. El objetivo es pues trasladar la transexualidad del ámbito médico y psiquiátrico al jurídico-constitucional de los derechos humanos y entenderla pues como una manifestación del “libre desarrollo de la personalidad”, de la “autodeterminación consciente y responsable” a la que cada individuo tiene derecho. En este sentido, el derecho a la identidad sexual guarda una estrecha relación con el concepto de “autonomía relacional”, la cual “nos permite rebelarnos contra la adscripción estática y coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, y contra el protagonismo que éstas puedan asumir en la definición de nuestra personalidad a costa de nuestra capacidad de auto-normarnos”²⁷. En definitiva, se trataría de dejar de contemplar a la persona trans como una paciente y considerarla como una ciudadana.

En cuando derecho estrechamente relacionado con la dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad, su titularidad debería superar las limitaciones que establece la Ley 3/2007. De una parte, debería ser un derecho reconocido a todos los individuos con independencia de su nacionalidad. De otra, y tal como apunta la sentencia comentada, y como ya han avanzado algunas leyes autonómicas, la iden-

26 En este sentido, estoy de acuerdo con Abraham Barrero cuando señala que debería ser el poder legislativo y no la jurisdicción constitucional el que, a través de un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria, abordase las cuestiones que la Constitución no resuelve o deja abiertas. A. BARRERO, *op. cit.*, p. 72. Incluso podríamos plantearnos la conveniencia de que este “nuevo” derecho fuera incorporado de manera expresa en una hipotética reforma constitucional, en la que también sería necesario reflejar el estatuto jurídico de las personas menores de edad.

27 B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 90.

tidad sexual debería reconocerse como un derecho de las personas menores de edad. Todo ello partiendo del presupuesto básico de que “el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal”²⁸. Un derecho sin el que obviamente el resto de los derechos carecen de sentido. El adjetivo sexual es a su vez determinante ya que “la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales”²⁹. Todo ello incide, obviamente, no solo en el proceso de construcción personal sino también en cómo el individuo se inserta en un marco relacional que trasciende lo íntimo o privado.

El reconocimiento de las menores de edad como titulares del derecho a la identidad sexual es, por otra parte, una lógica consecuencia del significativo avance que en los últimos años se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a su reconocimiento como sujetos de derechos, y la cual sorprendentemente es ignorada en la argumentación jurídica del TC. Recordemos cómo la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia parte en su art. 2 de un principio consolidado, el interés superior del menor, si bien introduce criterios interpretativos decisivos muy ligados al tema que nos ocupa. Así, el art. 2.2.b introduce como criterio “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. De manera más específica, el apartado d) de dicho artículo deja claro que hay en todo caso que atender a “la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”. Por otra parte, el apartado 3 del art. 2 dispone una serie de factores que habrán de tenerse en cuenta en la aplicación de los criterios señalados previamente. Todos ellos

28 P. SIVERINO BAVIO, “Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 19, 2014, p. 4.

29 P. SIVERINO BAVIO, *op. cit.*, p. 14.

tienen una clara incidencia en el ejercicio del derecho a la identidad sexual: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. De acuerdo con estas prescripciones, la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo en 2015, introduce entre los criterios de actuación de los poderes públicos el libre desarrollo de la personalidad de las menores de edad conforme a su orientación e identidad sexual.

La ley, además, reconoce el derecho de la persona menor de edad a ser oído y escuchado “en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez” (art. 9). Es justo en este artículo donde encontramos una posible respuesta al interrogante que deja abierto el TC sobre el criterio de la “suficiente madurez” de la menor de edad: “La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos (art. 9.2)”³⁰.

30 Recordemos que, con anterioridad a la aprobación de la Ley de 2015, el art. 9 de la Ley 41/2002, 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, preveía que “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. En los casos de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Ahora bien, la capacidad de las menores de edad con 16 años se veía limitada en el caso de actuación de grave riesgo, ante la que “los padres serán informados y su opinión será

En todo caso, no podemos obviar las dificultades que de manera singular presenta la valoración de la suficiente madurez del menor en lo relativo a su identidad sexual, sobre todo por las consecuencias que puede tener por ejemplo la aplicación de determinados tratamientos médicos sobre su integridad física³¹. A todo ello habría que sumar las dudas que plantea entre los especialistas la reversibilidad o no del

tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". Además, se prevén tres supuestos en los que se exigirá la mayoría de edad a los dieciocho años: interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos, técnicas de reproducción humana asistida y emisión del documento de instrucciones previas. Sobre la crítica de medir la capacidad de la menor de edad en función del criterio rígido de la edad, véase F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, "Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 24, 2017, pp. 15-20.

31 "En la edad pediátrica hemos de ser muy cautos en el manejo de la transexualidad puesto que existen muchas dudas sin resolver. La transexualidad es una situación poco frecuente en la infancia que en ocasiones puede remitir; la experiencia en el uso de análogos y terapias hormonales iniciadas en menores es limitada; no conocemos cuál va a ser la evolución a largo plazo de menores que inicien terapia con análogos en Tanner 2 ni su posible impacto en la talla final de los hombres transexuales; es previsible que puedan plantearse cambios en el manejo médico de esta situación a corto plazo pero no sabemos cuáles; y, finalmente, desconocemos cómo será el futuro de los menores transexuales que han hecho la transición al sexo sentido en edades prepuberales. Nos quedan muchos problemas para los que hoy no tenemos respuesta, pero esto no excluye a los endocrinólogos pediatras de implicarnos, e intentar garantizar el mejor tratamiento posible para los menores transexuales que lo soliciten en nuestro entorno". T. RICA, G. GRAU, A. RODRÍGUEZ, A. VELA, "La atención a los menores transexuales", *Revista Española de Endocrinología Pediátrica*, 2015, vol. 6, suplemento 2, pp. 38-44. "Si la evidencia científica mostrara que los menores que expresan en edades tempranas su deseo de vivir su propio proyecto de vida bajo un género distinto del inicialmente asignado de visu, mantienen tal deseo en la adolescencia o en la edad adulta, acoger una excepción al régimen general de capacidad de obrar en el ámbito del tratamiento médico sería más plausible en atención a que podría mantenerse que claramente ello responde al interés superior del menor. Ello derivaría de la propia expresión de los deseos del menor como derecho al libre desarrollo de la personalidad que implica un verdadero derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad, en los términos proclamados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de septiembre de 2007, y más aún, cuando la temprana voluntad del cambio responde a que el inicio de la máxima expresión del sexo no vivido se produce muy tempranamente en la pubertad. Sin embargo, si existe un riesgo de reversión al género vinculado al sexo de origen, podría entonces mantenerse con claridad que los deseos del menor y sus padres no responden al mejor interés de aquél cuando además las consecuencias tanto del tratamiento farmacológico (de segunda fase) como quirúrgico son irreparables", F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *op. cit*, p. 29.

proceso mediante el cual una persona menor de edad plantea su necesidad de vivir conforme a la identidad sexual que siente y que no se corresponde con la biológica³². Todo ello, al margen de que entiendo que es muy difícil de prescribir en una norma, que a lo sumo podrá establecer unos criterios generales o pautas de actuación, tendrá que concretarse de manera individualizada, lo cual, a su vez, plantea otro problema de hondo calado político cual es el poder que en este sentido pueden tener médicos o psicólogos sobre la propia identidad personal. Un poder mucho más acentuado, claro está, en el caso de las menores de edad que requieren una singular tutela. De esta manera, pareciera que la tutela del interés superior de la persona menor de edad y el reconocimiento de su derecho a definirse a sí misma se situarían siempre en una especie de círculo vicioso cuya única salida vendría de la mano de un tercero con una reconocida autoridad para decidir sobre ella³³. En este sentido, el juicio de proporcionalidad, que como hemos visto es clave en el enjuiciamiento de las medidas restrictivas de derechos, mucho más cuando se trata de personas menores de edad, puede acabar siendo un arma de doble filo, en cuanto que la misma se conecta, en el caso que nos ocupa, a la suficiente madurez y a la situación estable de transexualidad³⁴. Se corre el riesgo de que, como apunta el voto particular, se sobrepase el límite del control negativo que responde al Tribunal Constitucional y que se incida en la autonomía propia del poder legislativo. En todo caso, no creo que quepan argumentos contra el reconocimiento a todas las personas, con independencia de su edad, de un derecho a ser uno mismo y ser percibido por los demás como quien se es. En este

32 Pesa que sobre esta cuestión las opiniones de las expertas son contradictorias, aunque parece haber una cierta constatación de que la identidad sexual suele ser persistente. El objetivo en cualquier caso debería ser “conocer lo más pronto posible la identidad de los niños y las niñas transexuales para aprender a responder a sus necesidades de la forma más adecuada posible”. J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 58.

33 Esta encrucijada es especialmente perversa en el caso de las personas intersexuales, hasta el punto de que como señala D. J. GARCÍA, “los tratamientos médicos de normalización suponen un tipo de tortura, esterilización forzosa o, incluso, de persecución por motivos de género cometidos de forma sistemática en los hospitales públicos y privados contra un sector concreto de la población civil”, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2015, p. 174.

34 De la amplia bibliografía en torno al principio de proporcionalidad y su incidencia en la interpretación de los derechos fundamentales, véanse, entre otros, M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997; J. BAR-NÉS, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15 y ss.; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005; R. ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 2011, pp. 11-29.

sentido, construcción personal y reconocimiento serían las dos caras de un mismo derecho fundamental³⁵. Por lo tanto, no creo que la solución más benigna con el derecho en cuestión, la más idónea para contribuir a la efectividad del derecho a su “ser personal” y la que genere menos sacrificios en términos de dignidad humana, sea negar que un menor de edad pueda solicitar el cambio de su nombre y de su identidad sexual³⁶. El dilema jurídico tiene que ver más bien con los paradigmas que el Derecho maneja en torno a la titularidad de derechos por parte de las menores. De una parte, la ficción legal de la mayoría de edad –¿por qué un chico o una chica de 17 años y 11 meses no tiene reconocidos plenamente los mismos derechos que un chico o una chica con apenas un mes más?– y, de otra, el equilibrio siempre inestable entre la garantía del interés superior de la menor de edad y el criterio siempre movedizo relacionado con su madurez³⁷. En esta tensión es donde, a su vez, las

35 Una reciente ley autonómica nos ofrece una serie de pautas que, entiendo, deberían ser las que configuran el estatuto de las menores de edad en cuanto titulares de derechos. Me refiero a la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. Esta ley, además de insistir en la protección del interés superior del menor (art. 3.1), deja claro el estatuto de ciudadanía de las personas menores de edad: “La consideración de niñas, niños y adolescentes como ciudadanas y ciudadanos y como sujetos activos de derecho, favoreciendo el ejercicio autónomo, hasta donde permita su nivel de madurez, de los derechos de los que son titulares” (art. 3.3). De manera expresa, con relación al tema que nos ocupa, el art. 3.5 se refiere expresamente al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género. En este sentido, el art. 4 introduce como línea de actuación en su apartado 12 “el libre desarrollo de su personalidad, concorde con su identidad personal y con la identidad y expresión de género”. De acuerdo con estos principios, la Ley, al definir en su capítulo III los que llama expresamente Derechos de Ciudadanía, se refiere expresamente a “el libre desarrollo de su personalidad, concorde con su identidad personal y con la identidad y expresión de género” (art. 4.12).

36 “... la identidad de los menores transexuales emerge con una fuerza inaudita e irresistible contra la familia, contra la presión de los iguales y contra el proceso de socialización del sexo y el género. Es una identidad que se impone a pesar de todos los diques y todas las trabas que se le habían puesto. La identidad termina por afirmarse por mucha resistencia que le oponga”. J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 216.

37 Esa inestabilidad se hace más precaria si cabe cuando nos referimos a cuestiones que tienen que ver con la identidad del individuo y que le afectan e incluso condicionan desde que es niño o niña, por lo que debería ser evidente la necesidad de garantizar que una menor pudiera desarrollar libremente su personalidad. Lo contrario, sería someterla a un proceso de negación de sí misma y de falta de reconocimiento, lo que supondría un grave atentado contra su dignidad. Es decir, no tendrá sentido esperar a una determinada edad para que, entonces sí, dicha persona pueda desenvolverse de acuerdo con la identidad que considera propia y que, lógicamente, no tiene por qué ser estable ni tampoco responder al esquema masculino/femenino.

tensiones interpretativas que genera el principio de proporcionalidad alcanzan su máxima expresión³⁸.

2. Hacia un nuevo paradigma del sujeto de derechos

El reconocimiento del derecho a la identidad sexual nos ha de llevar necesariamente a una reflexión mucho más profunda sobre la misma construcción de las subjetividades políticas, desde el momento en que tal derecho implica, o, mejor dicho, debería implicar, la ruptura de los estrechos límites marcados por el sistema binario de sexo-género y a la consiguiente apertura a una concepción plural de las personas. De esta forma el individuo con un determinado sexo biológico no estaría condicionado, tal y como en la actualidad lo sigue estando desde el punto de vista médico, social y jurídico, por la dualidad hombre/mujer. Al contrario, daríamos entrada a lo que desde la psicología se ha denominado erosdiversidad³⁹, lo cual supone reconocer la riqueza de cuerpos y sentires que caracterizan a los humanos. Es decir, así sería posible jurídicamente articular el paso de la transexualidad al transgenerismo y reconocer y amparar las diferentes maneras en que las personas viven su sexualidad, incluidos los diversos y plurales procesos de transición o de “fusión” entre un sexo y otro. Asumiendo que la identidad no es algo estático, que difícilmente podemos someterla a patrones rígidos, sino que más bien es un proceso dinámico, del que el individuo debe convertirse en principal artífice. Lo cual implica, insisto, superar la categoría sexo/género y los binomios jerárquicos construidos en el modelo patriarcal y heteronormativo. Un objetivo que requiere lógicamente de una transformación cultural y política a la que el Derecho, me temo, solo puede contribuir de forma muy limitada⁴⁰.

38 Unas tensiones que inciden en la concepción, absoluta o relativa, que finalmente tenemos de la “dignidad humana”, tal y como explica R. ALEXY en “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, *Parlamento y Constitución*. Anuario, núm. 16, 2014, pp. 9-28. Las mismas condiciones que Alexy establece en dicho trabajo para definir el concepto de “persona” – inteligencia, sentimiento, conciencia – nos llevarían a un callejón de difícil salida en el caso de las menores de edad.

39 M. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, G. RODRÍGUEZ MORALES, J. GARCÍA-VALDECASA CAMPELO, “Género y sexualidad: consideraciones contemporáneas a partir de una reflexión en torno a la transexualidad y los estados intersexuales”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXX, enero-marzo, núm. 105, p. 89.

40 En este sentido, es evidente el papel central que ha de jugar un sistema educativo en el que se rompa con el binarismo de género y en el que se pongan las bases para que los individuos no se

Es decir, el objetivo último debería ser la superación de los binomios jerárquicos del patriarcado, empezando lógicamente por el que divide las subjetividades de los individuos en masculina y femenina. Una división jerárquica que implica una serie de roles y estereotipos de género que incide, de entrada, en el desigual estatus de hombres y mujeres en las sociedades contemporáneas, por más que sean democráticamente avanzadas. Ello supone el mantenimiento de muros y fronteras que hacen complicada, por no decir imposible, la efectividad de la igualdad como garantía de las diferencias que nos singularizan⁴¹. En este sentido, no podríamos perder de vista cómo una buena parte del activismo trans, lejos de superar ese dualismo de género, incide en su reafirmación a través del mantenimiento de dos referentes –masculino, femenino– que se persiguen como ideales. De ahí que, por ejemplo, la idea del tránsito de una identidad a otra, la cual limita la posibilidad de plantear subjetividades que no encajen en ninguno de los dos extremos creados social y culturalmente⁴². Ese tránsito de un extremo a otro supone reafirmar el presupuesto de que solo mediante la transformación del cuerpo, gracias a tratamientos médicos y/o la cirugía, será posible alcanzar una identidad con la que el individuo pueda desarrollarse libremente y alcanzar un mínimo nivel de bienestar físico, emocional y hasta moral⁴³. O, lo que es lo mismo, una concepción que mantiene el paradigma de normalidad amparado durante siglos por la Medicina y el Derecho y que supone, de hecho, la expulsión de la ciudadanía de quienes viven y sienten cuerpos que se salen de la norma. En este sentido, la Ley de 2007, lejos de constituir un avance, no supuso sino la confirmación jurídica de “la normalidad del binomio hombre-mujer frente a la anormalidad que constituyen los

desarrollen atrapados por el género. Véase al respecto M. SÁNCHEZ SÁINZ, *Pedagogías queer. ¿Nos arriesgamos a hacer otra educación?*, La Catarata, Madrid, 2019.

41 Sobre la teoría de la ciudadanía como “igualdad diferenciada”, véase O. SALAZAR BENÍTEZ, *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

42 “Desde los estándares internacionales de la práctica clínica se percibe con claridad que el punto de vista asumido por la medicina es el modelo binario que predomina en las sociedades occidentales. El problema consiste en que el sistema binario de ordenación de la sexualidad niega la existencia de las personas variantes de género, de las personas transexuales e intersexuales (...) Es más, la única forma de permanecer dentro de la sociedad consiste en encajar en una esas dos categorías opuestas”. J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 82.

43 Sobre la crítica a esta concepción de los cuerpos como “equivocados” y, por tanto, a las vindicaciones ligadas a los tratamientos médicos y quirúrgicos de las personas trans, véase M. MISSÉ, *A la conquista del cuerpo equivocado*, Egales, Madrid, 2018.

sujetos que se apartan del binomio, de ese vivir conforme a una genitalidad determinada por el nacimiento”⁴⁴. Por lo tanto, el presupuesto en el que deberíamos situarnos sería el siguiente: una persona trans “no es un niño con cuerpo de niña; no es una niña con cuerpo de niño. Es un niño transexual con su propio cuerpo; es una niña transexual con el suyo”⁴⁵.

El gran reto, político y cultural, pero también jurídico, es la definición de los sujetos de derechos al margen de los patrones que el género nos asigna jerárquicamente⁴⁶. Ello ha de ir de la mano de la superación del paradigma que hoy por hoy mantiene que solo mediante la modificación de los cuerpos, para ajustarlos a los dos referentes de género, será posible que los individuos alcancen el bienestar que les permita desarrollar libremente su personalidad⁴⁷. Es decir, no creo que la salida sea la confirmación de los dos géneros, mediante el libre tránsito de hombres y mujeres entre uno y otro, sino más bien su abolición en cuanto que suponen el fundamento de una estructura social, política y cultural que genera desigualdad y violencias. Estamos pues ante una cuestión de poder y ciudadanía, o sea, de democracia, que nos interpela de manera muy especial a través de las experiencias y vindicaciones de niños y niñas que son las principales víctimas de una sociedad “generizada”⁴⁸. Es

44 D. J. GARCÍA, “Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, p. 413.

45 J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 41.

46 Incluso en este sentido cabría plantearse la opción de que nuestro sistema legal y administrativo prescindiera de la identificación como “hombre” o “mujer”, o bien, como ya sucede en alguna experiencia comparada, se introdujera lo que podríamos calificar como un “tercer sexo”. En todo caso, entiendo que mientras que la definición de las mujeres como sujetos políticos de las democracias siga siendo una cuestión por completar no deberíamos prescindir de la categoría que, hoy por hoy, nos indica con claridad un determinado estatus político y jurídico.

47 “... este nuevo paradigma ético, en el que prima el consentimiento y la postergación de la cirugía, es imposible de realizar en tanto la ley no deje de inmunizar las categorías sexuales, en tanto la ley siga imponiendo dos únicos sexos”. D. J. GARCÍA, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, cit., p. 188. De ahí la propuesta que este mismo autor realiza de los *cuerpos vivientes* como nuevo paradigma: “Frente a la concepción biopolítica de la persona, proponemos la noción cuerpo viviente, para traspasar, resignificando, los conceptos de sujeto o persona. El cuerpo o la corporalidad viviente implica una subjetividad antiesencialista, histórica, múltiple, inestable, abierta, sin una identidad fija sino en proceso, estratégica, performativa. El cuerpo ha quedado relegado a la frontera”. D. J. GARCÍA, “El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbra de la democracia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, 223-247, especialmente p. 237.

48 “La transexualidad no supone una distorsión ni una disonancia ni una incongruencia. No hay ni trastorno de la identidad ni problema de la identidad en la infancia. No hay más conflicto ni disforia que el que la sociedad ha logrado crear”. J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 229.



una cuestión de poder porque nos remite a quienes son sujetos con más potencias reconocidas en nuestras sociedades, frente a aquellos que se mantienen en una posición subordinada, y es una cuestión de ciudadanía porque incide de manera directa y principal en el goce y disfrute de los derechos fundamentales por parte de quienes escapan de la “normalidad”.

Resumen

El Tribunal Constitucional ha reconocido que las menores de edad, siempre que se demuestre su suficiente madurez y que se encuentren en situación estable de transexualidad, puedan solicitar el cambio de su nombre y sexo en el Registro Civil. En todo caso, la sentencia deja sin resolver cómo y quién ha de acreditar ambos requisitos. La resolución de esta cuestión demuestra que es necesaria una ley que regule a nivel estatal y de manera completa el derecho a la identidad sexual. Una regulación que ha de partir de la superación de la patologización y del reconocimiento de dicho derecho como proyección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Palabras clave

Menores de edad, identidad sexual, dignidad, personalidad, autonomía, binarismo, género.

Abstract

The Constitutional Court has recognized that minors, if their enough maturity is demonstrated and that they are in a stable situation of transsexuality, may request the change of their name and sex in the Civil Registry. In any case, the sentence leaves unsolved how and who has to prove both requirements. The resolution of this issue demonstrates that a law that regulates at the state level and in a complete manner the right to sexual identity is necessary. A regulation that has to start from the overcoming of pathologization and the recognition of this right as a projection of the dignity and free development of the personality of the individual.

Keywords

Minors, sexual identity, dignity, personality, autonomy, binarism, gender.

Recibido: 5 de noviembre de 2019

Aceptado: 15 de noviembre de 2019

Legislación



CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.

SEGUNDO SEMESTRE DE 2019

Chronicle of European Legislation.

Second Semester 2019

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.
- II. Reglamento interno del comité económico y social europeo de marzo de 2019.
- III. Reglamento (UE) 2019/881 del parlamento y del consejo de 17 de abril de 2019 relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el reglamento (UE) n. 526/2013 (Reglamento sobre la ciberseguridad).
- IV. Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la directiva 2010/18/UE del Consejo.
- V. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones transparentes y previsibles en la Unión Europea.
- VI. Decisión (UE) 2019/1566 de la Comisión de 4 de septiembre de 2019 sobre la propuesta de iniciativa ciudadana titulada “Salvemos a las abejas y los agricultores-hacia una agricultura respetuosa con las abejas para un medio ambiente sano”.
- VII. Decisión (UE) 2019/1565 de la Comisión de 4 de septiembre sobre la propuesta de iniciativa ciudadana titulada “Medidas ante la situación de emergencia climática”.
- VIII. Decisión (UE) 2019/1564 de la Comisión de 4 de septiembre de 2019 sobre la propuesta de iniciativa ciudadana titulada “Eliminar de raíz la corrupción en Europa, suprimiendo los fondos a los países con un sistema judicial ineficiente una vez finalizado el plazo establecido”.
- IX. Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de octubre de 2019 por la que se establecen normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en materia de tratamiento de datos personales en el ejercicio de funciones no jurisdiccionales del tribunal de justicia de la Unión Europea.
- X. Reglamento (UE, EURATOM), 2019/1197 del consejo de 9 de junio de 2019 sobre medidas relativas a la ejecución y financiación del presupuesto general de la Unión en 2019 en relación con la retirada del Reino Unido de la Unión.
- XI. Decisión (UE) 2019/1810 del consejo europeo tomada de acuerdo con el Reino Unido de 29 de octubre de 2019 por la que se prorroga el plazo previsto en el artículo 50, apartado 3, del TUE.

I. REGLAMENTO (UE) 2019/1111 DEL CONSEJO DE 25 DE JUNIO DE 2019 RELATIVO A LA COMPETENCIA EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, Y SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El Consejo de Europa, aprueba un texto refundido que parte del Reglamento 2201/2003, ante la necesidad de dar respuesta a problemas nuevos que se plantean en el espacio europeo respecto de las situaciones en que quedan muchas veces los menores después de rupturas matrimoniales, divorcios y nulidades matrimoniales.

La seguridad y la justicia deben quedar garantizadas en los países fronterizos mediante las acciones coordinadas de las autoridades policiales y judiciales que deben atender fundamentalmente al interés superior del menor, respecto de otros valores patrimoniales o de las partes. Se trata de un conjunto normativo que atiende a las exigencias de la responsabilidad parental, de manera que mediante el oportuno proceso los efectos de las resoluciones administrativas y judiciales puedan surtir efecto fuera de las fronteras de cada estado y surtir efectos en la Unión con carácter uniforme.

En el capítulo I se delimita en ámbito de aplicación, que en su art. 1 se reduce al orden jurisdiccional civil, y en las causas relativas a la separación, divorcio y nulidad matrimonial. Y en ese sentido abarca la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Las materias que incluye son: los derechos relativos a la custodia de hijos, derechos de visita, tutela, curatela, designación de personas u organismos encargados de ocuparse del menor y sus bienes, acogimiento y otras medidas de protección.

Los siguientes capítulos se refieren a aquellos casos de traslados o retención ilegal, en los que los estados miembros hayan de decidir sobre la restitución de ese menor al estado de origen.

No entran en la competencia de este reglamento ni la determinación o impugnación de la afiliación ni las atinentes a la adopción o su revocación, emancipación, filiación u obligación de alimentos, sucesiones o infracciones penales cometidas por el menor.

Se regulan los criterios de competencia funcional y territorial en cuanto al divorcio, separación o nulidad, que recaerá en el estado miembro en el que tengan los cónyuges su residencia habitual, o haya sido la última de al menos de uno de ellos, la del demandado, o la de la residencia del último año anterior a la presentación de la demanda o en última instancia la de la nacionalidad de ambos cónyuges.

En materia de responsabilidad parental, la competencia parental la ostentarán los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor. En casos de traslado

o retención ilegal del menor estos órganos conservaran la competencia salvo situaciones especiales que se regulan en el mismo art. 9. Por su parte el art. 10 regula otras especificidades que justifiquen el cambio de órgano jurisdiccional de otro estado.

Y en los casos en que no sea posible determinar la residencia habitual del menor serán competentes aquellos en cuyo estado se encuentre el menor en ese momento.

El art. 15 regula las medidas provisionales y cautelares en casos de urgencia. Se podrá por estas razones de urgencia y en interés del menor, alterar la competencia para dictar resoluciones que lo protejan, informando al órgano competente de esas medidas que deberán dejar de aplicarse en cuanto este pueda hacerse cargo del asunto.

En cuanto al procedimiento propiamente dicho, se iniciará con un escrito de demanda que se trasladará al demandado. Determinada la competencia se comprobarán los requisitos de admisibilidad y si procede, se dará audiencia al menor a través de sus representantes, para que pueda expresar sus opiniones de acuerdo a su edad y grado de madurez.

El art. 22 regula los supuestos de sustracción de menores de 16 años, mediante un procedimiento especial acelerado dictando resolución en un plazo máximo de seis semanas desde el inicio del procedimiento. Si bien en cualquier fase del procedimiento las partes, por sí mismas o con mediación podrán acordar la solución del conflicto, a menos que ello sea contrario al superior interés del menor.

La denegación de la restitución del menor tiene causas tasadas en el art. 13.1. b) o el 13.2. del Convenio de la Haya de 1980, y fuera de estos supuestos, será de necesario cumplimiento esa restitución.

Por su parte, las resoluciones dictadas en este tipo de procesos han de ser reconocidas por los demás estados miembros sin ningún otro procedimiento adicional. Bastara una copia de esa resolución debidamente autentificada, y en su caso, la transcripción a la lengua correspondiente.

Estas resoluciones dictadas en un estado miembro tendrán toda la fuerza ejecutiva en los demás estados miembros. Los motivos de denegación de ese reconocimiento se refieren solo a las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial y tienen igualmente causas tasadas. Se podrá denegar el reconocimiento de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial si el reconocimiento es contrario al orden público del estado miembro en el que se invoca el reconocimiento, si habiéndose dictado en rebeldía del demandado no se hubiese notificado o trasladado al mismo el escrito de demanda o se hubiera producido indefensión, al menos que conste la posterior conformidad, si existiera contradicción con otra resolución dictada entre las mismas partes en el

estado miembro al que se invoca el reconocimiento o en otro estado miembro con anterioridad a esta a la que se pide el reconocimiento.

En materia de responsabilidad parental el art. 39 regula los motivos de denegación por causas muy parecidas, aunque aquí se refuerzan las garantías para el menor como la exigencia de que este haya podido en su momento formarse un juicio propio de sus situaciones y expresar su conformidad con la resolución de que se trate.

En realidad, la finalidad que se persigue con esta normativa es la de proseguir el camino de la homologación de los procesos y procedimientos que tengan lugar entre estados de la Unión, de manera que se eviten contradicciones y duplicidades obstaculizando derechos como los de los menores que puedan ser interferidos por problemas burocráticos que retrasen su efectividad. Esta regulación es en este sentido pertinente. El problema es si esta regulación tendrá en la práctica la efectividad que se pretende, sobre todo en la referencia a los tiempos. El plazo de seis semanas no parece que pueda ser muy efectivo, si en estados como el nuestro, y no hay muchas razones para entender que los estándares de los demás estados sean mejores, es posible que se puedan tramitar los asuntos con esa celeridad si en el ámbito interno la media del tiempo supera la de un año en la tramitación general de los procedimientos. No obstante, tampoco es otro el camino que pueda conducir a la unificación del derecho de la Unión Europea que no sea el de la progresiva homologación y reconocimiento mutuo de la juridificación de la Unión.

II. REGLAMENTO INTERNO DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO DE MARZO DE 2019

El Tratado de la Unión Europea prevé en su art. 300 que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerá las funciones consultivas.

Por lo que se refiere al primero, que ahora nos ocupa, se creó el 25 de marzo de 1957 por el Tratado de Roma y se reguló por un reglamento interno que tuvo diversas modificaciones hasta esta última versión codificada que recoge las diferentes aportaciones.

Como se dice en el preámbulo, el Comité Económico y Social Europeo garantiza la representación de los agentes sociales y económicos de la sociedad y tiene una función consultiva para la Unión. Se renueva cada cinco años y consta de una Asamblea, una Mesa, una Presidencia y varias secciones.

El art. 1 prevé una composición equilibrada de hombres y mujeres, que esté presente en todos los órganos del Comité y encarga a la Mesa la vigilancia de su cumplimiento y un informe al final de la mitad del mandato.

Su funcionamiento no difiera de cualquier órgano colectivo. En Comisión, en Secciones, con órdenes del día previos y con sujeción al reglamento en sus procedimientos. Y al tratarse de un órgano consultivo por su propia naturaleza, se otorga la mayor importancia a las tareas de asesoramiento y a los dictámenes, permitiendo que se pueda acudir a expertos en algunas materias para la elaboración de informes.

Las cuestiones atinentes a citaciones, actas, y demás formalidades siguen igualmente la regulación de cualquier órgano colectivo y no es necesario reiterarlos.

III. REGLAMENTO (UE) 2019/881 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 17 DE ABRIL DE 2019 RELATIVO A ENISA (AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA CIBERSEGURIDAD) Y A LA CERTIFICACIÓN DE LA CIBERSEGURIDAD DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN Y POR EL QUE SE DEROGA EL REGLAMENTO (UE) N. 526/2013 (REGLAMENTO SOBRE LA CIBERSEGURIDAD)

El Reglamento sobre la ciberseguridad en el ámbito de la UE tiene como finalidad la creación de un marco de seguridad a través de una Agencia, ENISA, que garantice que todos los productos, procesos y servicios puedan estar avalados por un certificado de garantía de seguridad pública. En ese sentido ENISA actuara como un punto de referencia de asesoramiento y conocimientos especializados en aquellas cuestiones relacionadas con la ciberseguridad de instituciones, órganos y organismos de la Unión. Es una Agencia independiente en su funcionamiento dotada de recursos propios y personal especializado, que asistirá a cuantas instituciones de la Unión la requieran y también a los estados miembros que así lo consideren.

Esta Agencia tiene como finalidad la cooperación entre los estados de la Unión en materia de ciberseguridad, el aprovechamiento de los recursos para aumentar los niveles de seguridad frente a las ciberamenazas, y promoverá un certificado de seguridad europeo que evite la fragmentación del mercado interior.

Sus funciones son por tanto las de prestar ayuda a los estados en esta materia, asesorando a través de dictámenes, informes, recomendaciones, elaborando políticas de seguridad y respaldando la revisión periódica de las actividades de la Unión detectando posibles fugas o violaciones de la seguridad en el tráfico de datos y documentos de la Unión.

La asistencia a los estados requerirá a previa solicitud de estos, y por tanto será voluntaria para ellos, pero la Agencia hará una puesta en común de los datos e información de que disponga y los pondrá al servicio de los estados de la Unión.

En lo que se refiere al conocimiento e información que la Agencia debe promover, se harán informes estratégicos a largo plazo para detectar ciberamenazas y poder acometer su prevención, poniendo a disposición pública un portal en el que pueda intercambiarse la información precisa a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y de manera voluntaria también a los estados.

En el ámbito de la investigación, la Agencia elaborará un sistema de prioridades sobre las que trabajar de manera inmediata sobre todo respecto de las tecnologías emergentes, al efecto de contrarrestar actuaciones de ataques ciberneticos. Y en relación con terceros países y con organizaciones internacionales, promoverá la cooperación internacional en materia de seguridad, sobre todo en lo que se refiere a la participación como observadora en la organización de actividades y dar cuenta después al Consejo de Administración de la Agencia, facilitar el asesoramiento requerido, y el apoyo a la Comisión en materia de acuerdos de reconocimiento mutuo.

Su estructura administrativa es la que corresponde a este tipo de organismos: un Consejo de Administración, un comité Ejecutivo, un director ejecutivo, y grupo consultivo y una red de funcionarios de enlace nacionales.

Igualmente, las funciones se corresponden con las propias de cada uno de estos órganos y la duración del mandato está limitada a cuatro años con posibilidad de renovación. Y por razones de seguridad, el art. 27 exige una obligación de confidencialidad a todas las personas que forman parte de la Agencia.

Al tratarse de un órgano de naturaleza un tanto especial, el reglamento dota de personalidad jurídica a la Agencia, de manera que podrá concluir negocios jurídicos con terceros, enajenar, comprar bienes muebles e inmuebles y podrá ser parte en procedimientos judiciales.

En el art. 50 se prevé el mantenimiento de un sitio web con el propósito de ofrecer información sobre el sistema europeo de seguridad para darle publicidad y dar a conocer los niveles de seguridad que sean susceptibles de certificación. En relación con esos niveles, se pueden distinguir en el art. 52 niveles básicos, sustanciales y elevados y esto estará en relación con el nivel de riesgos sobre la seguridad.

El art. 62 crea el Grupo Europeo de Certificación de la Ciberseguridad (GECC) que estará integrado por representantes de autoridades nacionales y que tiene a su cargo las tareas de asesoramiento y asistencia a la Comisión en su labor de garantía en las políticas de ciberseguridad, el asesoramiento a la Agencia mediante dictáme-

nes e informes al respecto, el intercambio de información entre los estados, recomendaciones y apoyo a los sistemas de evaluación.

Finalmente, el Reglamento contiene un Anexo en el que figuran los requisitos que deben cumplir los organismos de evaluación de conformidad para garantía de la fiabilidad de sus resultados.

IV. DIRECTIVA (UE) 2019/1158 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 20 DE JUNIO DE 2019 RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2010/18/UE DEL CONSEJO

Esta Directiva constituye un intento de avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral, facilitando las condiciones en el ejercicio de la maternidad en un doble sentido, en cuanto a las mujeres al facilitar los cambios en horario y condiciones de trabajo, pero también en la extensión a los hombres de esos derechos para de manera indirecta no obstaculicen su desarrollo profesional al tener que ser ellas siempre las que sacrificuen su trabajo en la maternidad y el cuidado. Para ello el art. 1 enumera los derechos individuales a que se dirige: a) permiso de paternidad, parental y de permiso para cuidadores y b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.

En el art. 4 se prevé que los estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar un mínimo de 10 días laborables como permiso de paternidad, quedando a criterio de estos estados la posibilidad de distribución esos días en relación con las fechas del parto, y no se relacionará ni con la antigüedad ni con situaciones laborales anteriores. Tampoco con el estado civil ni familiar derivado del derecho nacional.

En cuanto al llamado permiso parental, constituye un derecho individual de cuatro meses en un periodo en el que el hijo no haya cumplido ya los ocho años, y cuyas condiciones se detallarán en los convenios colectivos. Ese es un derecho de los dos progenitores, que debe ejercitarse “de manera efectiva y en condiciones equitativas”, lo que supone una importante definición de igualdad que contradice ciertas consideraciones acerca de la desigualdad de los permisos entre mujeres y hombres o entre madres y padres, como la legislación actual del estado español, basada en la consideración biologista de que la madre tiene una mayor duración del permiso porque necesita recuperarse biológicamente. La igualdad de los períodos es un criterio

de justicia igualitaria que se busca también la igualdad de derecho para la hija o el hijo, que tendrán así el derecho a disfrutar de la atención de ambos progenitores.

Los periodos de disfruten han de conciliarse con las necesidades empresariales y deben ser objeto de un pacto, en el que se tendrán en cuenta los valores en juego. Igualmente, en lo que se refiere a los permisos por cuidados que se regulan en el art. 6.

El art. 9 regula la obligación de los estados de adoptar fórmulas de trabajo flexibles para garantizar que trabajadores con hijos hasta una edad determinada de 8 años como mínimo, puedan compatibilizar su trabajo con el cuidado, dentro de límites razonables. Para ello habrán de compatibilizarse las necesidades de los trabajadores y de las empresas, de manera que las posibles negativas o aplazamientos, deberán estar justificadas.

Transcurrido el periodo de duración de esa fórmula de trabajo flexible, el trabajador tendrá derecho a su modelo original de trabajo sin que puedan establecerse por parte de la empresa variaciones sobre el mismo. De manera que su incorporación se producirá en condiciones de equivalencia con su anterior prestación de servicios, y en condiciones que no le resulten menos favorables.

Esta situación de acogimiento a una forma de trabajo flexible se refuerza en la directiva de varias formas. En primer lugar, con la interdicción de la discriminación prevista en el art. 11 en donde se dice que los estados miembros deberán adoptar las medidas para que los trabajadores no reciban un trato menos favorable por haber disfrutado esos permisos, y en segundo lugar por una protección contra el despido regulada en el art. 12 que exige una carga de la prueba al empleador de que ese despido no tenga relación con el permiso. Y los artículos siguientes articulan sanciones para la infracción de esta Directiva en cuanto a la negativa, obstaculización y otras conductas derivadas de situaciones de los empleadores.

En particular, el art. 15 aconseja que sin perjuicio de las competencias que puedan detentar las inspecciones de trabajo, los estados gestionen a través de los organismos de igualdad de sus respectivas administraciones, la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo a la igualdad de trato para luchar contra la discriminación por razón de sexo.

El plazo de traspaso de la Directiva será hasta el año 2022 y en 2027 se habrá de comunicar a la Comisión un Informe con la situación en la que se encuentra esa normativa con expresión de sus propuestas legislativas, datos desagregados por sexo y el seguimiento y evaluación de la situación en ese estado.

V. DIRECTIVA (UE) 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE JUNIO DE 2019 RELATIVA A UNAS CONDICIONES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA

La finalidad de este Directiva es la de mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción en el empleo, y la adaptación al mercado laboral. Para ello se establecen una serie de exigencias a las empresas relacionadas con el derecho de información, de transparencia en la relación laboral y de sus condiciones en la prestación de su servicio. El trabajador tendrá derecho a conocer claramente la identidad de la empresa, las condiciones en la que ha de prestar sus servicios, el lugar de trabajo sin perjuicio de posibles desplazamientos, cargo, grado y categoría profesional, fechas de comienzo y cese de la relación laboral, periodo de vacaciones remuneradas, empresas colaboradoras en su caso, remuneración, y algunas otras de menor consideración.

Si se produce una modificación en el contrato, deberá notificarse mediante documento en el conste de manera exhaustiva esa modificación, aun cuando conste la conformidad del trabajador.

La Directiva contempla la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar una mejora de las condiciones o subida de categoría si hubiera posibilidad en la empresa, y esta habrá de contestar a su petición por escrito y de forma razonada.

En relación con los derechos de información, los trabajadores tienen el derecho de que les sea facilitada por la empresa la documentación necesaria para acreditar ante la administración los requisitos tendentes a solicitudes de prestaciones o derechos, y en los casos de despido, si trae causa en derechos derivados de la aplicación de esta Directiva, será la empresa la obligada a demostrar que no hubo represalia por esta razón.

El plazo de trasposición de la Directiva será anterior a 1 de agosto de 2022 debiendo los estados informar a la Comisión de la situación en que lo hayan hecho.

VI. DECISIÓN (UE) 2019/1566 DE LA COMISIÓN DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019 SOBRE LA PROPUESTA DE INICIATIVA CIUDADANA TITULADA “SALVEMOS A LAS ABEJAS Y LOS AGRICULTORES-HACIA UNA AGRICULTURA RESPETUOSA CON LAS ABEJAS PARA UN MEDIO AMBIENTE SANO”

Durante este semestre que analizamos se han producido algunas intervenciones por parte de la ciudadanía europea en relación con el medio ambiente, en las que se solicitan declaraciones y apoyo a situaciones graves del sostenimiento de la ecología

y la implicación de la Unión en esa toma de conciencia. A ellas pertenece esta de defensa de las abejas, como elementos importantes de la sostenibilidad del medio ambiente.

En este sentido, la consideración que se contiene en esta Decisión parte de que el funcionamiento democrático de la UE exige que todo ciudadano pueda tener el derecho de participación en la vida democrática de la Unión mediante una iniciativa ciudadana, de manera clara, sencilla y proporcionada, para fomentar la participación política y hacer más accesibles las instituciones.

Por tal razón, se admite la propuesta de iniciativa ciudadana y se registra a los efectos de su seguimiento, tomando nota de las personas que representan a este grupo ciudadano.

VII. DECISIÓN (UE) 2019/1565 DE LA COMISIÓN DE 4 DE SEPTIEMBRE SOBRE LA PROPUESTA DE INICIATIVA CIUDADANA TITULADA “MEDIDAS ANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA CLIMÁTICA”

El documento tiene la misma redacción que el anterior, si bien en este caso, la Comisión entra en el detalle de analizar la necesidad de adoptar medidas de conservación y mejora de la calidad del medio ambiente, en particular de lucha contra el cambio climático.

VIII. DECISIÓN (UE) 2019/1564 DE LA COMISIÓN DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2019 SOBRE LA PROPUESTA DE INICIATIVA CIUDADANA TITULADA “ELIMINAR DE RAÍZ LA CORRUPCIÓN EN EUROPA, SUPRIMIENDO LOS FONDOS A LOS PAÍSES CON UN SISTEMA JUDICIAL INEFICIENTE UNA VEZ FINALIZADO EL PLAZO ESTABLECIDO”

Las tres iniciativas que se tramitan tienen la virtualidad de representar con claridad los problemas más importantes que se plantea hoy la ciudadanía europea, tal como también ocurre de manera particular en el estado español. Y en este caso concreto, la iniciativa de no penalizar con el bloqueo de fondos de la Unión a los estados que mantengan sistemas corruptos es una buena iniciativa, que, de prosperar, seguramente produciría resultados muy efectivos.

Se admite igualmente la propuesta y se registra.

IX. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 1 DE OCTUBRE DE 2019 POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS INTERNAS RELATIVAS A LA LIMITACIÓN DE DETERMINADOS DERECHOS DE LOS INTERESADOS EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES NO JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Esta Decisión trata de excepcionar en determinados casos la aplicación de algunos artículos del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos.

La Decisión consiste en excepcionar en determinadas circunstancias por parte del Tribunal, de los arts., 14 al 21, 35v y 36 de ese Reglamento, y en relación con el art. 4, al darse las siguientes situaciones:

Investigaciones administrativas referentes a procedimientos disciplinarios irregulares e investigaciones en materia de seguridad, investigaciones sobre acoso, determinadas investigaciones de las reguladas en el art. 90 del Reglamento, auditorías internas, cooperación con determinadas instituciones o estados, y datos que hayan podido ser aportados en procedimientos judiciales que consten en el Tribunal.

Los requisitos que la Decisión exige para poder llevar a cabo estas limitaciones consisten en que la medida sea proporcionada, necesaria y dentro del estándar de una sociedad democrática. Esta limitación se hará caso por caso y evaluando los riesgos de la posible vulneración de derechos fundamentales y se reduca estrictamente al objetivo fijado en la investigación. Además, se notificará a las personas interesadas la limitación de estos derechos.

X. REGLAMENTO (UE, EURATOM), 2019/1197 DEL CONSEJO DE 9 DE JUNIO DE 2019 SOBRE MEDIDAS RELATIVAS A LA EJECUCIÓN Y FINANCIACIÓN DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA UNIÓN EN 2019 EN RELACIÓN CON LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UNIÓN

Desde que en 2017 se decidió la retirada del reino Unido de la Unión Europea, han sido numerosos los aplazamientos negociados para la terminación del proceso, justificados sin duda por la complejidad de una situación como esta y por las propias circunstancias políticas que se han generado en el Reino Unido como consecuencia

del referéndum de la retirada. En ese caso, se trata de regular a través de un Reglamento, la medida de ejecución del presupuesto de la Unión en la reformulación de esta nueva situación que ha traído a la Unión esta retirada. En tal sentido, el Reglamento establece normas sobre la ejecución del presupuesto general del a Unión en 2019 que tengan en cuenta esta retirada.

El art. 2 regula el hecho de que en el caso de que el Reino Unido se lleve a cabo alguna gestión con fondos que se hubieran obtenido con anterioridad a la retirada, esta financiación se sujetaría a condiciones nuevas establecidas en ese reglamento.

A tal fin, el reino Unido debería estar al corriente de sus pagos a fecha de 13 de mayo de las cantidades que en el reglamento se expresan y en esas condiciones. Igualmente, el Reino Unido deberá manifestar su voluntad de compromiso aceptando las auditorias y controles de todo el período de vigencia de ejecución del programa o las acciones concertadas.

Una opción a financiación futura del Reino Unido para 2019 debería tener en cuenta el abono de las cantidades pendientes, en los meses de agosto y septiembre de 2019. Y en el caso en que no se cumplieran esas condiciones la Comisión se reserva el derecho de adoptar la decisión que considere más correcta. Igualmente, en los casos en que se prevea riesgo o perturbación de la aplicación del presupuesto de la Unión, se procedería por el procedimiento de urgencia previsto en el art. 8 del reglamento, con adopción de las medidas oportunas.

XI. DECISIÓN (UE) 2019/1810 DEL CONSEJO EUROPEO TOMADA DE ACUERDO CON EL REINO UNIDO DE 29 DE OCTUBRE DE 2019 POR LA QUE SE PRORROGA EL PLAZO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 50, APARTADO 3, DEL TUE

Ya es habitual encontrar en la normativa europea un sistemático apartado a las prórrogas que suscita la transición del Reino Unido a su salida de la Unión, y en este caso se trata de una prórroga de hasta el 31 de enero de 2020 para facilitar que se concluya el Acuerdo de Retirada.

Resumen

La crónica de este semestre atiende principalmente a la legislación referida a aspectos familiares y de organización de distintos órganos. A su vez da cuenta de las propuestas de iniciativa ciudadana más relevantes.

Palabras clave

Familia, menores, Comité económico y social europeo, ENISA.

Abstract

The chronicle of this semester mainly deals with legislation referring to family and the organizational aspects of different organs. At the same time, it gives account of the most relevant proposed citizen initiative.

Keywords

Family, children, Familia, menores, European Economic and Social Committee, ENISA.

Recibido: 8 de diciembre de 2019

Aceptado: 10 de diciembre de 2019





Foro





EUROPA COMO VOLUNTAD Y COMO REPRESENTACIÓN. ASCENSO Y DECLIVE DEL CONSTITUCIONALISMO SUPRANACIONAL^{1*}

**Europe as a will and representation. Rise and
decline of supranational constitutionalism**

MASSIMO LA TORRE

Universidad Magna Grecia de Catanzaro

SUMARIO:

- I.
- II.
- III.
- IV.
- V.

I

Son tiempos difíciles para Europa. Por lo tanto, tiene todo el sentido hablar de Europa en un encuentro en el que se quiere afrontar el destino de nuestro tiempo y que trata preliminarmente de interpretarlo. Europa como voluntad y como representación. Tanto es así que el viejo continente se declina hoy como una vasta y compleja institución supranacional, la Unión Europea, en la que, como se ha puesto en evidencia, los orgullosos y soberanos Estados nacionales se han transformado en unos más modestos, e inseguros, “Estados miembros”, Estados miembros de la amplia Unión². La cual, si en su día fue objeto de un amplio consenso social, hoy sin embargo parece bastante lejana

* Traducido del italiano por Germán M. Teruel Lozano.

1 Este trabajo se publica en colaboración con el Proyecto Jean Monnet Eucons, financiado por el Programa Erasmus + de la Comisión Europea. El apoyo de la Comisión Europea a esta publicación no supone que comparta el contenido y la visión de sus autores, y la Comisión no puede ser responsable de la información que se contenga [Nota del editor].

2 Cfr. Ch. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

a las necesidades de la gente, distante, fría, demasiado austera, avara, a veces hasta mala.

Pero ¿cuál es la relevancia de Europa? ¿Cómo se puede declinar su sentido, la voluntad y la representación del viejo continente, en un contexto en el que se asume, o por lo menos se presupone, una perspectiva de teoría del Derecho?

En primer lugar, se debería identificar la identidad y la finalidad de esta Europa. ¿Cuáles son sus valores fundamentales? ¿Qué nos enseña su historia milenaria y la reflexión sobre la misma también antiquísima? Es oportuno recordar que Europa ha sido objeto de una reflexión teórica desde sus inicios, algo que Denis de Rougemont ha llamado “la aventura occidental del hombre”³. Los propios límites geográficos de esta parte del mundo han sido durante mucho tiempo inciertos y una cuestión controvertida: No hay en ella un núcleo duro de tierras altas, “Es gibt hier nicht so einen festen Kern von Hochland”⁴ dice Hegel. Esto ocurre sobre todo en su parte oriental. Y es así porque Europa, ya desde los Antiguos Griegos, se sitúa en un Occidente que se contrapone al Oriente, y cuya frontera es controvertida. Europa se define mirando a lo que cree ser su opuesto, Asia.

El mito de Europa es una joven de Asia raptada y llevada hacia la tierra del ocaso, *Abendland* en alemán. Mientras que el *Morgenland*, el Oriente, es la tierra de la mañana. Allí donde todo encuentra su origen –dirá Hegel. Pero es en Occidente donde tiene lugar el fin de la Historia. Y esta contraposición, que se convierte de inmediato en algo casi proverbial, se muestra rica en sugerencias y sugerencias. Asia se concibe como una inmensa y plana extensión en la cual no hay ciudades, *poleis*, solo reinos e imperios. Es el ámbito del despotismo producido por la falta de pluralismo, de diversidad, de conflictos. La homogeneidad es condición y producto del autoritarismo.

En Europa la “socialidad”, para decirlo con palabras de Kant, no deja de ser “asocial”⁵, “ungesellige Geselligkeit”. Corolario de esta tesis es que cualquier identidad que intente reproducirse siempre idéntica a sí misma está condenada a degradarse como una forma inferior de subjetividad, a la cual le faltaría la reflexión que la hace conflictual y en algunos aspectos constantemente indefinida, “asocial”. Como dice Caballero Bonald, “toda identidad que aspira a perpetuarse conduce comúnmente a otra inferior identidad”⁶.

3 D. DE ROUGEMONT, *L'aventure occidentale de l'homme*, Albin Michel, París, 1957.

4 G. W. F. HEGEL, *Die Vernunft der Geschichte*, Felix Meiner, Hamburgo, 1955, p. 239.

5 Cfr. A. PAGDEN, *Europe: Conceptualizing a Continent*, en A. PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe. From Antiquity to the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 38.

6 J. M. CABALLERO BONALD, *Contra lo unitario*, en *Idem, Desaprendisajes (Los tres mundos)*, Seix Barral, Barcelona, 2015, p. 13.

No obstante, que haya una identidad como europeos es una convicción antigua: *Nos Europaei*, es expresión de Francis Bacon. Nosotros, Europa, somos algo distinto con respecto al mundo del despota y del súbdito. Lo repiten Maquiavelo y Montesquieu. No tenemos rey, o si lo tenemos lo miramos con sospecha. *Rex* en Roma después de haber echado a Tarquinio el Soberbio es una palabra impronunciable, y Julio Cesar cae porque alguno le apodó así.

Entre nosotros se habla libremente, rige como se dirá después en francés el *franc parler*, la parresia. Lo cual va más allá de nuestra libertad de expresión. Es mucho más; se trata de la capacidad y de la prerrogativa de desafiar con la palabra a aquellos revestidos de autoridad, es la pretensión de que quien está dirigiéndose a nosotros con una regla o un mandato deba justificarlo. Antígona es paradigmáticamente un agente de parresia, contra Creonte que la quiere hacer callar, también por el hecho de que sea una mujer. El parresiasta, la parresiasta, es lo opuesto al mensajero, al heraldo, que repite las palabras de otro, que es un siervo de un discurso que no es suyo, y que por tanto es visto con desprecio en la tragedia clásica griega. Y el dios que desarrolla esta función es precisamente el de menor rango en el Olimpo, Hermes, Mercurio, protector –como es sabido– de los ladrones. Casandra paga caro el precio de su franqueza. Es sugestivo que en la tragedia griega la titular ejemplar de la libertad radical de expresión sea normalmente una mujer, como Creúsa víctima de Apolo, en el *Ione* de Eurípides. Porque Europa, a diferencia de Asia, también es esto: aquí a veces la mujer, aunque con dificultades, sale del ámbito privado, en el que se la quiere mantener encerrada, y se revuelve y adquiere derechos, siendo el primero de todos el de la expresión franca y cortante.

En definitiva, la Europa de la cual la Grecia Clásica se propone como puesto fronterizo se caracteriza como un ámbito de libertad, de contraposición, de diversidad reconocida, de acción como aventura pública. De géneros y sexos que luchan y se reconcilan con dificultades. De hospitalidad y de mestizaje. Aristóteles en Atenas era un meteco. Saúl de Tarso será un ciudadano romano.

Roma es el destino de Eneas que viene desde Troya, un exiliado, un refugiado, que viene primero desde África, desde Túnez, y que prefiere cruzar el mar con todos los riesgos antes que permanecer en el lecho de Dido. Allí habría estado protegido, pero parado, en reposo, sin la autonomía que solo la vicisitud, el andar, le puede conferir. Se casará con la noble Lavinia, una latina, él que había llegado en una barcha desde Asia, y su estirpe dará origen a la gloria de Roma.

En cuanto Hegel, en su grandiosa filosofía de la historia se dedica a establecer la diferencia esencial entre Asia y Europa, es en el mar donde sitúa el carácter definito-

rio de Europa. Esta, Europa, se extiende hacia el mar, en él ve su natural proyección. Asia es una inmensa masa de tierra; en ella el marinero como sujeto heroico está ausente o menos presente. “Dieses Hinaus des Meeres aus der Beschränktheit des Erdbodens fehlt den asiatischen Prachtgebäuden von Staaten”⁷. La predilección de Carl Schmitt por la tierra contra el mar se revelaría así como un signo de mentalidad asiática⁸.

Ulises es la figura europea por excelencia, tanto que Adorno primero y Horkheimer después, de forma polémica, harán de él un pionero de la Ilustración. También él, como Eneas, abandona la mujer que le promete glorias y placeres, en este caso Calipso, que incluso está dispuesta a hacerlo inmortal, pero al precio de la inamovilidad, y retoma su viaje. Y una vez que vuelve de Ítaca, viejo y lento, pero no cansado, tarda poco en volverse al mar. *Plus ultra*, y sobrepasado el estrecho de Gibraltar ve al final erigirse una alta montaña parda donde se cumple su destino.

Europa es una expresión geográfica pero también un orden cultural y político. Lo ha sido durante siglos y se ha caracterizado por su permanente resistencia a quedar plasmada como una entidad “única e indivisible”. El equilibrio entre los poderes ha sido su *Grundnorm*, su norma fundamental, mucho antes del Congreso de Viena. El Estado nacional es para ciertas cuestiones la respuesta circunstancial a la hostilidad europea a convertirse en un imperio compacto, como Asia. Su ser interior, caracterizado por el pluralismo de identidades, de historias, de lenguas, de religiones se lo impide.

Quien menciona Europa, por tanto, debe llevar cuidado con no identificarla con un Estado, por mucho que éste sea una de sus criaturas. Su constitución es por necesidad y por vocación abierta, supranacional, como certifica el artículo cuatro de la Constitución de la República de Weimar. Pero quien evoca el supranacionalismo confía también en el pluralismo, y este, el pluralismo, es un régimen de límites, de separación y de conexión enredada e intrigante de poderes que se reconocen mutuamente y que dialogan perennemente. El pluralismo remite al diálogo, al discurso, a la tolerancia.

II

Pero hay un Occidente más al poniente de Europa. Platón nos lo había dicho. El mito de la Atlántida no muere nunca en la conciencia europea. Y finalmente

7 G.W.F. HEGEL, *Die Vernunft in der Geschichte*, cit., p. 198.

8 Véase C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Reclam, Leipzig, 1942.

se perfila un nuevo continente, allí donde se pone el sol. Es América. Este parece presentarse como la gran utopía de Europa, la tierra donde todos sus deseos podrán realizarse. Allí no hay jerarquías ni desigualdades, allí la libertad es un hecho mismo de la naturaleza. Las tierras no están cercadas, no hay castillos ni palacios, sino praderas para recorrer libremente. No hay rey ni nobles, sino salvajes. Y comienza una gran migración, un éxodo verdadero y propio, primero provocado por la curiosidad hacia lo nuevo, y por la codicia por el oro, y por la posesión, después por la voluntad de utopía, y al final por la fama que en el viejo continente pesa como una condena sobre los rechazados y los últimos. Para todos, la esperanza se encuentra *plus ultra*, todavía más al Occidente, en una suerte de Europa más europea que la propia Europa, porque es más franca, y joven, y libre. Bakunin confiesa al Zar Nicolás I que le habría gustado vivir en los bosques del *Far West*, el lejano Oeste americano. Gilbert Imlay, el compañero de Mary Wollstonecraft, celebra una comunidad libertaria posible en los bosques del Kentucky⁹. “O Captain my Captain! our fearful trip is done”— así, la tripulación llora a su comandante después de la larga y tempestuosa, pero victoriosa travesía de la guerra civil americana. La esclavitud finalmente ha sido vencida.

Pero aquella libertad, que se sostiene con el paso de las caravanas, es sutil, egocéntrica; no hay detrás una comunidad ni historia, y fácilmente se invierte para pasar a ser una igualdad como homogeneidad, refugio de una individualidad que no llega a fundarse solo en sí misma. Son todos iguales —dice Tocqueville de los americanos del Norte, y preconiza y teme —anticipando a Ortega y Gasset— el triunfo de la democracia como régimen de las masas, y de la homogeneidad social. Son todos iguales —lo repite Dickens. Son masas que como tales se comportan, *novarum rerum cupidae*, llevando su casa encima, cambiando de trabajo, nación, ciudad, condiciones, hasta de religión. No echan raíces. Sin embargo y paradójicamente ello lleva a que el pluralismo se atenúa, se diluya. Allí se habla en una sola lengua, y hay un solo Derecho. La tradición se sustituye por las reglas de mercado. O incluso por algún producto exitoso o por una invención tecnológica o por una ocasión teológica. La cruz deja su puesto al ángel Moroni. No es Asia, pero se le parece un poco. No hay un Gran Rey, el Dеспota, pero el dinero hace de despiadado jefe. La parresia se sustituye por la propiedad, el “derecho terrible” de Beccaria, hasta el punto que los “libertarios” sostienen que la libertad de expresión tiene las mismas fronteras de la propiedad de la que se dispone.

9 G. IMLAY, *The Emigrants*, en A. GILROY y W. M. VERHOEVEN (ed.), Penguin, Harmondsworth, 1998.

Europa se encuentra ahora en una posición intermedia. Entre la llanura y la aparente inamovilidad de Asia y la homogeneidad y la extrema movilidad de América. Se retuerce en el yugo entre ambas perspectivas. Desencadena guerras mundiales, creyendo todavía que puede afirmar su tardía y anacrónica hegemonía. Ataca la frontera de Asia. Se destroza en una guerra fratricida. Lleva a cabo el exterminio de lo más antiguo y sagrado que la habitaba. Se convierte en la tierra del Horror. Ni la selvática América ni la mongola Asia albergan ni alimentan los barracones bien ordenados de Auschwitz o Treblinka.

Así Europa como centro del mundo se suicida. Lo hace dos veces. Lo hace el primero de agosto de 1914 cuando Alemania lanza un golpe formidable y a traición contra Francia, abalanzándose contra la misma con la fuerza de sus potentes divisiones armadas. Es el día que Marianne Weber celebra con vibrantes palabras como si se tratara de la tan esperada epifanía el *ut unum sint* finalmente realizado en la experiencia catárctica de una comunidad de pueblo en armas. Y se suicida Europa en las riberas del río Havel en Wannsee en el helado enero de 1942, en una terrible y escalofriante reunión burocrática en la que el maestro de ceremonias y sujeto verbalizante es el *Oberstummbannführer* Adolf Eichmann.

Terminada la Segunda Guerra Mundial gracias a la intervención de América y de Asia, de Rusia, que se instalan firmemente en Europa, se abre la cuestión de qué hacer con el viejo continente. Las heridas son profundas. Las orgullosas naciones se encuentran extenuadas, desangradas, diezmadas y exangües. Europa central se llena de exiliados y refugiados. Millones de seres humanos en fuga de algún ejército y de alguna venganza o limpieza étnica¹⁰. Königsberg se llama ahora Kaliningrad, Stettino Szczecin, Breslau Wroclaw.

Es evidente que no se puede volver al *status quo ante*. Había que evitar otra guerra fratricida, la continuación de la masacre iniciada en agosto de 1914, y habrá que dar alguna salida concreta al hambre de justicia y a las reivindicaciones de dignidad que han agitado el continente durante más de un siglo empujándolo a la radicalización y a la aventura autoritaria y soberanista.

La libertad debe hacerse también material, positiva, lo que equivale a la ciudadanía. Ésta exige una cierta redistribución de la riqueza para la protección de los derechos sociales. Por lo demás sea en América o sea en Asia, de forma distinta, o mejor dicho contrapuesta, *New Deal*, o república socialista soviética, parecen proponer modelos que van en la dirección del Estado social que limite o anule los efectos

10 Cfr. K. LOWE, *Savage Continent. Europe in the Aftermath of World War Two*, reimpresión, Penguin, Londres, 2013.

negativos de las libertades de mercado y su competencia. A ésta debe contraponerse un régimen de solidaridad, absoluta o relativa. El Estado nación debe por tanto reconstruirse, pero dentro de un marco sea nacional como supranacional que limite tanto el decisionismo político, el soberanismo, como el liberalismo económico extremo. El Derecho como ocasión y momento de violencia debe convertirse en actor de civilización y moderación. Debe hacerse "templado"¹¹. El Derecho penal como coacción tiene que hacerse mínimo.

III

Es ésta ahora nuestra Europa. Los Estados nacionales, cada uno con su propia historia y vivencias políticas, se reconstruyen en un contexto que no puede seguir ignorando la dimensión europea. Esta se proyecta como un marco institucional denso, dentro del cual la soberanía nacional asume una sustancia específica propia.

¿Pero cómo puede reconstruirse un orden público legítimo a partir de la confusión y de la infamia producida por la tragedia de la guerra? ¿Cómo puede pensarse al propio pueblo que ha aclamado la dictadura y la guerra como justificación, e incluso como titular del derecho al ejercicio de una plena ciudadanía? La desconfianza ante estas masas que se han abandonado a excesos e ilusiones de todo tipo se advierte fácilmente más allá de la alegría por la libertad reencontrada.

El dilema es fortísimo en la Europa central, en particular en Alemania, pero circula en toda Europa. Llegados a este punto se presentan dos vías. Una es aquella que pasa por la constitución de un fuerte régimen de partidos políticos de masa y de sindicatos, en el cual las masas encuentren un vehículo de expresión de sus exigencias y un instrumento eficaz de ciudadanía, pero que también sean sede y escuela de republicanismo, donde aprender el significado de vivir en democracia, y el valor que debe darse al trabajo y a la participación. Esto comporta una decisión existencial para un Estado social y democrático de Derecho, fórmula afortunada que encontramos en el *incipit* de la Constitución española de 1978 en la reconstituida democracia ibérica.

La integración europea desde esta perspectiva debía servir para renovar la fuerza, y los medios, y una economía sostenible y capaz de sostener a los diversos Estados nacionales. Es aquello que un histórico de la integración europea ha definido como la salvación del Estado nacional, "the European Rescue of Nation State", título de

11 Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1991.

un texto merecidamente famoso de Alan Milward¹². Pero al mismo tiempo también hay otra perspectiva de signo muy distinto. Ésta se forja especialmente sobre la base de la situación en Alemania y también es el resultado del clima de crisis y de la trágica caída de la República de Weimar.

En la fase final de aquella República, a la que eran poquísimos los que le eran leales y le reconocían futuro, se desarrolla en el pensamiento económico liberal una reflexión sobre la crisis del capitalismo que entonces parecía inevitable y en todo caso comprobada. En la cultura alemana del tiempo ninguno parecía tomarse en serio el liberalismo y su régimen de mercado. Liberalismo se convierte en una palabra negativa, prácticamente impronunciable, que cada uno de los grupos políticos en juego lanza contra el adversario. Hubo entonces un grupo de estudiosos y de políticos que reelaboraron, también en términos técnicos, una nueva teoría del mercado con fuerte acento liberal. Pero tomando distancia con el liberalismo manchesteriano, aquel clásico del régimen de *laissez faire*, identificando sus defectos sin ninguna rémora o velo ideológico.

La tesis fundamental aquí es que el mercado dejado a sí mismo no alcanza a poder funcionar eficientemente y conduce a situaciones de monopolio, además de actuar como factor de desintegración del tejido social. De ello, sin embargo, no se extrae la conclusión de que el mercado por sí mismo no sea eficiente, y represente un régimen irreformable. Precisamente lo contrario. El mercado pasa a ser concebido, sobre todo, como una estructura de competencia entre sujetos económicos y se considera que ésta es el único mecanismo en el que puede confiarse para la formación de los precios. La economía socializada y estatalizada es irracional e inefficiente, y además fuente de autoritarismo, incompatible con un régimen político de libertad. De esta forma se reivindica el mercado como la justa forma para las relaciones económicas. Esta forma necesita en cualquier caso ser acompañada de una acción proactiva del poder público¹³.

El error del liberalismo decimonónico fue creer que el mercado se bastaba a sí mismo, sin estar conectado activamente con el resto del tejido social, o lo que es lo mismo sin contar con eficaces y penetrantes mecanismos de integración social.

12 A. MILWARD, *The European Rescue of Nation State*, II ed., Routledge, Londres, 1999.

13 Véase F. BÖHM, "Recht und Macht", *Die Tatwelt*, 1934. Téngase en cuenta lo dicho por RÜSTOW en el Colloque Lipmann celebrado en París en 1939: "Ce n'est pas la concurrence qui tue la concurrence. C'est plutôt la faiblisse intellectuelle et morale de l'État, qui, d'abord ignorant et négligeant ses devoirs de policier du marché, laisse dégénérer la concurrence, puis laisse abuser de ses droits par des chevaliers pillards pour donner le coup de grâce à cette concurrence dégénérée" (en S. AUDIER, *Le colloque Lippmann. Aux origines du "néo-libéralisme"*, Le bords de l'eau, París, 2012, p. 438).

Lo subraya Alexander Rüstow: “El liberalismo no comprendió que era necesario buscar fuera del mercado las posibilidades de integración, que faltaban en él [Der Liberalismus begriff nicht, daß es notwendig war, außerhalb des Marktes nach Integrationsmöglichkeiten zu suchen, die in ihm fehlten]”¹⁴. Se creía que el mercado necesitaba de un Estado no intervencionista. Cuando es precisamente lo contrario. Esta –se admite– ha sido la correcta intuición de la política socialdemócrata. Pero es la sustancia de la intervención del Estado en el mercado la que resulta precisada y revisada.

La teoría socialdemócrata o de otro modo la corporativista convierten al Estado en un actor económico en sentido propio. O se afirma que el mercado debe ser absorbido totalmente mediante la programación estatal o se hace descender al Estado al campo como empresario y actor económico. En ambos casos, la competencia que es la componente esencial del mercado se ve alterada y la economía se convierte en un mecanismo disfuncional.

Este resultado no sólo tiene una raíz puramente económica. La tesis no es que el Estado deba sustituir al mercado o actuar dentro de éste; de hecho, hay un origen político que se encuentra en la base de este resultado. Se trata de la democratización del Estado, el cual es tomado como rehén por los partidos y sindicatos de masa que transformaron la ley pasando de ser un programa condicional, un mero esquema de conducta, a un programa de objetivos, a una serie de medidas dirigidas a la satisfacción más o menos inmediata de necesidades sociales. Esto es el fruto inevitable de la legislación democrática dirigida a representar los intereses de los distintos grupos sociales. Deriva de un pluralismo que es letal tanto para la autoridad de los poderes públicos como para su capacidad de dirigir eficazmente e racionalmente la economía de un país.

¿Entonces qué hace falta hacer? Se trata, por un lado, de convertir al Estado en un ente activo con respecto al mercado en el sentido de una agencia reguladora. El Estado debe corregir los defectos anticompetitivos del mercado y aliviar sus efectos disonantes y desintegradores del tejido social mediante una fuerte intervención. Debe hacerse, como dice Wilhelm Röpke, “policier du marché”¹⁵; titular, como afirma Alexander Rüstow, de una “straffe Marktpolizei”¹⁶. Se trata fundamentalmente de desarrollar una legislación eficaz y una administración para regular la competencia evitando el oligopolio y los

14 A. RÜSTOW, *Die Religion der Marktwirtschaft*, Lit Verlag, Múnich, 2001, p. 28.

15 S. AUDIER, *Le Colloque Lippmann*, cit, p. 438.

16 A. RÜSTOW, *Die Religion der Marktwirtschaft*, cit, p. 95.

monopolios. Pero para lograrlo no se puede confiar en un Estado presa de partidos y sindicatos. La fórmula la da Carl Schmitt en una conferencia en 1932 impartida ante industriales alemanes: “Starker Staat und gesunde Wirtschaft”¹⁷, Estado fuerte y economía sana. El Estado debe recuperar su autoridad erosionada por la democracia partidista, hacerse independiente del pluralismo y del conflicto social. Rüstow también evoca la fórmula schmittiana: “starke und unabhängige Statsgewalt”¹⁸. Se trata de aquello que en un lucidísimo artículo Hermann Heller, adversario de Schmitt en el proceso de Lipsia sobre el *Preussenschlag* de Von Papen, había definido como “liberalismo autoritario”¹⁹.

Es el año 1932. Algunos meses después todo o casi todo cambia. Y será *Nacht und Nebel* en Alemania y Europa hasta 1945.

IV

Una vez que había terminado la guerra había que pensar en la reconstrucción de Europa y de su régimen institucional, y es en este preciso momento histórico cuando el ordoliberalismo²⁰ –que es de esto de lo que aquí se habla– encuentra una potente razón de ser. Esta trama fue resuelta por primera vez por Michel Foucault en sus lecciones parisinas de 1979. En la postguerra el ordoliberalismo se presenta no solo como una teoría económica especialmente atractiva, sino, sobre todo, y subrepticiamente, como una teoría justificativa del orden político.

El problema es el siguiente: cómo fundamentar un orden político en ausencia de sujetos constitucionales legítimos. En el contractualismo hobbesiano y en la idea de que el orden público se desarrolla a partir de la superación del estado de naturaleza se presupone que los sujetos que se encuentran en este estado más o menos salvaje no son verdaderos demonios, sino titulares de derechos morales, y por tanto capaces de adoptar decisiones éticamente relevantes y vinculantes. Por otro lado, Hobbes da por descontado que los sujetos que participarán en el contrato y formarán el Levi-

17 Véase C. SCHMITT, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, Strucke, Düsseldorf, 1932.

18 A. RÜSTOW, *Die Religion der Marktwirtschaft*, cit., p. 102.

19 Vid. H. HELLER, “Autoritärer Liberalismus?”, *Die Neue Rundschau*, núm. 44, 1933, pp. 289-298.

20 Una buena introducción al ordoliberalismo se encuentra en el estudio M. WEGMANN, *Früher Neoliberalismus und Europäische Integration*, Nomos, Baden-baden, 2002. Véase también el inteligente trabajo Ch. JOERGES, “Europa nach dem Ordoliberalismus: Eine Philippika”, *Kritische Justiz*, vol. 43, 2010, pp. 394-406, y el capítulo quinto de K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 127 y ss.

tán tienen una identidad colectiva no controvertida y fácilmente identificable. Son pueblo antes incluso de ser Estado. ¿Pero qué hacer si nos encontráramos ante una masa de sujetos moralmente culpables, quizás de demonios, manchados por una gran culpa, y además mezclados, echados el uno al lado del otro por la suerte y la desgracia, sin un fuerte contexto comunitario a sus espaldas? ¿Todavía se puede confiar en ellos la fundación y la producción del orden político?

La respuesta es negativa. El ordoliberalismo propone entonces una estrategia diferente. Será necesario en primer lugar domesticar a los demonios, civilizarlos y recivilizarlos, darles un contexto estable de acción, convertirlos en pueblo, ya que todavía no lo son, porque además se encuentran divididos por un velo más rígido, y más resistente, que el hierro, el del destierro y la sospecha. Con esta finalidad –se sostiene– el único remedio es convertirlos en actores en el mercado, empresarios y consumidores. Siendo el mercado el terreno donde la culpa se lavará, las virtudes se recuperarán, y el demonio se verá redimido. La ciudadanía y la soberanía vendrán luego. Después de que hayan sido capaces de conducirse racionalmente en un ámbito de competencia para la producción y el intercambio de mercancías.

El Estado debe por tanto ser capaz y debe activarse para formar el mercado. La constitución deberá ser sobre todo y fundamentalmente económica. La política será luego el resultado funcional de esta nueva estructura económica, *spill over* dirá algún estudiado. El Estado se constituye como un poder que produce y regula el mercado altamente competitivo, incluso antes de representarse como una estructura deliberativa democrática, representativa de intereses plurales del territorio social. En este sentido podemos recordar que la *Grundgesetz* fue aprobada en abril de 1949. Sin embargo, las primeras elecciones democráticas en Alemania occidental tuvieron lugar en el agosto de ese mismo año.

Así, pasados los años, cuando se plantea la cuestión sobre cómo diseñar institucionalmente el proceso de integración europea, la lección ordoliberal resulta extremadamente interesante. Genera una gran fascinación en ciertos sectores económicos y directivos.

En cierto modo, se vuelve a plantear el mismo problema sobre cómo hacer surgir un orden político a partir de una masa desordenada y confusa de sujetos egocéntricos y en los que difícilmente se puede confiar. Esta vez no se trata de seres humanos, de aquellos que habían sido antes ciudadanos, sino de naciones que se habían dividido sangrientamente, por la destrucción y por el odio de la guerra. ¿Cómo lograr que los soberanos egocéntricos y autorreferenciales converjan y se coordinen? El esquema ordoliberal se presenta aquí atractivo. En lugar de acometer inmediatamente una unión política, cosa impracticable e ilegítima para estos

demonios que son las naciones europeas, se prefiere crear un área de libre comercio entre las mismas. Es más inteligente y apropiado hacer de los europeos unos sujetos activos en un mercado común. Será con posterioridad cuando se conviertan en ciudadanos europeos, por la fuerza de las cosas, “en créant une dynamique d’engrenage” como dirá muchos años después Jacques Delors, poderoso Presidente de la Comisión Europea²¹.

La constitución supranacional europea deberá ser por tanto esencialmente *económica*. La política se subordinará a la misma. Pero deberá evitar recargar esta estructura supranacional de cualquier exigente pluralismo democrático. La política funcional en la constitución económica del mercado común no puede de forma razonable ser la misma que la de una democracia deliberativa. “La máxima eficiencia económica sería lograda –señala Jean-Paul Fitoussi– distinguiendo dentro de cada ser humano el *homo oeconomicus*, cuya libertad de elección no tiene que conocer algún otro límite que no sea el derecho de propiedad, y el ciudadano, cuya facultad de elección tiene que ser reducida [...]. Las instituciones económicas están persiguiendo un sueño muy parecido a este”²².

La constitución económica estará gobernada por autoridades independientes, desvinculadas de la representación parlamentaria de los distintos Estados. En una de las reuniones que precedieron el Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la CECA, el delegado alemán y futuro Presidente de la Comisión Europea, Walter Hallstein, se refirió de este modo en relación a la Alta Autoridad que se había puesto a la cabeza de aquella primera comunidad económica europea: “La force et l’indépendance de la Haute Autorité sont la clé de voûte de l’Europe”²³. El modelo propuesto en buena medida es una versión más civilizada del liberalismo autoritario, aquel en el que Hermann Heller vislumbraba el paso al colapso de Weimar²⁴. Delors a este respecto, de forma significativa, habla de “una especie de dulce despotismo ilustrado”, “une sorte de doux despotisme éclairé”, y de una política “semi-clandestina”²⁵.

Este fue el *blueprint* inicial, el proyecto original, del proceso de integración europea, aquel que Delors define como el “méthode Monnet”²⁶. Tanto que los

21 J. DELORS, *Mémoires*, Plon, París, 2004, p. 406.

22 J. P. FITOUSSI, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell’Europa*, Il Mulino, Bolonia, 2002, pp. 13-14.

23 J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, París, 1976, p. 480.

24 Véase H. HELLER, “Autoritärer Liberalismus?”, *cit.*

25 J. DELORS, *Mémoires*, *cit.*, p. 406.

26 *Ibid.*

ordoliberales asumieron el liderazgo de las direcciones generales económicas de la Comisión Europea a partir de los inicios de los años Sesenta y se encuentran muy presentes también en la jurisprudencia revolucionaria del Tribunal Europeo de Justicia. Es corriente que se afirme que las dos sentencias que fundan el ordenamiento jurídico comunitario, *Van Gend en Loos* en el 1963 (causa 26/62) y Costa en el 1964 (causa 6/64), son expresión de un espíritu federalista. Con mayor razón, sin embargo, podría afirmarse que su motor conceptual era la teoría ordoliberal, para la cual el Derecho y la suma de los derechos individuales patrimoniales, son una cuestión que compete a los jueces, y no a la ciudadanía ni a sus representantes.

Y todavía estamos parados en este proyecto, cercados por instituciones aún más pesadas e invasivas que las diseñadas en el Tratado de Roma, y por un mercado que –gracias también a la creativa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Luxemburgo– ha pasado de “común” a hacerse “único”, mediante el principio de mutuo reconocimiento (afirmado en la sentencia *Cassis de Dijon* en 1979, causa 120/78), el cual se desenvuelve e interpreta ideológicamente la convergencia comunitaria de las distintas economías en términos de radical desregulación y privatización. “El mercado se hizo compatible con un imaginario emergente pueblo europeo. El mercado solucionaría el problema del déficit democrático y ofrecería a las instituciones europeas el pueblo de Europa que faltaba” así Bo Strath, un conocido historiador de la integración europea sintetiza la “filosofía” subyacente al Acta Única Europea de 1986²⁷, que reconoce con fuerza de ley supranacional el principio de mutuo reconocimiento²⁸. Pero sus palabras todavía hoy son un excelente resumen del proyecto ordoliberal.

Por fin tenemos con el Tratado de Maastricht de 1992 una moneda común cuya *governance* (término que tanto gusta a la Comisión Europea, y que ha sido asumido como título oficial del *Fiscal Compact*) ha sido atribuida a un órgano, el Banco Central Europeo, el cual programáticamente se reconoce independiente de la política. Sus dirigentes no son responsables de sus decisiones ante ninguna instancia política sea supranacional o nacional²⁹. Con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y después con el *Fiscal compact* se introduce una rígida doctrina de austeridad presupuestaria. De tal manera que la política monetaria europea sin control democrático,

27 B. STRATH, *Still the Europe of Milward? On the Need of a New Long-Term Historical Understanding of Europe*, The European Institute, UCL, Working Paper 1/2011, Septiembre 2011, p. 9.

28 Véase a este respecto, J. DELORS, *Mémoires*, cit., pp. 202 y ss.

29 Cfr. J. P. FITOUSSI, *Il dittatore benevolo*, cit.

acompañada por un severo régimen de austeridad presupuestaria, que incluso en muchos Estados se ha transformado en norma constitucional, termina así sustraída de la deliberación parlamentaria. Es casi un apogeo del liberalismo autoritario³⁰: el poder del ciudadano se reduce de manera muy relevante, y finalmente se produce su transustanciación en el libre consumidor, cuyos celebrados derechos (cruz y delicia de la más reciente dogmática de derecho privado) prevalecen sobre cualquier otro residuo derecho social.

Europa vuelve a ser pensada y se realiza como un espacio de competencia de actividades económicas; libre circulación de bienes, servicios y capitales (estos además incluso más allá de las fronteras de la Unión), y de personas, solo si se pueden reconocer como usuarios o beneficiarios de bienes, servicios y capitales³¹. Cualquier política redistributiva de recursos se desaprueba por resultar una intervención que distorsiona la lógica de mercado o bien como una violación de la regla áurea del equilibrio presupuestario. El *Fiscal Compact*, tal vez acompañado por una carta confidencial de los directores del Banco Central Europeo, basta para conseguir la modificación de la constitución escrita de varios Estados miembros introduciendo el principio de equilibrio en el texto constitucional (es el caso de Italia) y en algún país (como en España) se incluye hasta la prevalencia normativa de la satisfacción de las deudas contraídas por el Estado en los mercados financieros anteponiéndolas a los deberes que el Estado tradicionalmente asume en relación con necesidades esenciales de la propia población, como por ejemplo puede ser el pago de las pensiones. “Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de su presupuesto y su pago gozará de prioridad absoluta” (artículo 135, apartado II)³². Los misteriosos *Six Pack* y *Two Pack* prevén que el presupuesto del Estado miembro sea monitorizado y aprobado preventivamente por la Comisión Europea, privando en buena medida al Parlamento de la que es una prerrogativa fundamental, la deliberación y la decisión sobre la ley de presupuesto³³. Una

30 Cfr. W. STREECK, “Heller, Schmitt, and the Euro”, *European Law Journal*, vol. 21, 2015, pp. 361-370.

31 Cfr. A. J. MENÉNDEZ, E.D.H. OLSEN, *Challenging European Citizenship: Ideals and Realities in Contrast*, Palgrave, Londres, 2019.

32 Cursivas mías.

33 La legislación europea de emergencia, en la que el *two pack* y el *six pack* son ejemplos preclaros, es muy compleja, ambigua y oscura por lo que difícilmente puede satisfacer las exigencias de un Estado de Derecho y del principio de legalidad. Cfr. K. TUORI, K. TUORI, *The*

seria política keynesiana hoy día sería ilegal en el contexto normativo de la Unión Europea.

V

Parafraseando a Robert Musil, podría decirse que los Europeos desde hace diez años hacen historia con gran estilo, pero no la comprenden³⁴. Después del Tratado de Maastricht, el de Lisboa, y la crisis financiera de Grecia, Portugal, España e Irlanda, después del régimen de emergencia fiscal impuesto en un circuito extracomunitario, la igualdad y la solidaridad, principios que están siempre sometidos al riesgo de quedar en una pura enunciación retórica, se han quebrado en la concreta línea divisoria de acreedores y deudores. *Timeo Danaos et dona ferentes*, y de hecho a los griegos no se les hacen rebajas. Queremos que se nos devuelta nuestro dinero hasta el último céntimo, y además un buen interés usurario. Pero, para la *conditionnalité*, las rígidas condiciones que vinculan la concesión de los créditos, habrá que modificar también constituciones y leyes nacionales y someterse al vigilante control de la Troika, lo que equivale a abolir derechos, reducir drásticamente el gasto público, y en consecuencia a castigar a los sujetos económicamente más débiles. Sobre el dinero y los préstamos se decide en el Eurogrupo, órgano bastante misterioso que trabaja a puerta cerrada, sin reglamentos ni actas, “a pale imitation of a democratic body” palabras de Pierre Moscovici, el entonces Comisario Europeo de Asuntos Económicos y Monetarios, socialista. Por cierto, si la cuestión se plantea sobre créditos y deudas, los buenos sentimientos empalidecen. Y los grandes principios, *liberté, égalité, fraternité*, se pueden despedazar.

La solidaridad que parece inexcusable en el ámbito de la política fiscal se reinterpreta ahora como un “riesgo moral”, y por lo tanto difícilmente se podrá reclamar a los Estados miembros en aquello que concierne a las políticas migratorias. Es la propia solidaridad, también denominada *fraternité*, la que se niega, y a veces hasta se hace ilícita, en el ámbito mismo de las relaciones entre ciudadanos y sujetos en el mismo Derecho nacional, sobre todo allí donde se trate de la relación con el “otro”,

Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 246: “Due to the extreme complexity of the rule-work emerging from the Eurozone crisis, it can hardly be deemed to meet the rule-of-law requirement of clarity. Often enough, the rules are characterized by a peculiar combination of apparent exactness and great ambiguity. This applies, for instance, to provisions on budget deficits and sovereign debt: exact reference values are accompanied by vaguely formulated exceptions”.

34 Véase R. MUSIL, *Das hilflose Europa*, Piper, Múnich, 1962, p. 5.

el extranjero, el inmigrante, el desgraciado. A las puertas de Europa sin embargo tienen lugar guerras implacables –con las que los gobiernos europeos especulan y hacen negocios de diferentes formas–, y estas guerras interminables cotidianamente dan lugar a miles de refugiados para los cuales nuestras tierras resultan un oasis de seguridad y paz, y tienen los contornos de la utopía. En los inicios del siglo veintiuno la revolución social se da en la forma de la migración. Para un número cada vez mayor de seres humanos el cambio significa no tanto un cambio de gobierno, sino un cambio de país³⁵.

A nuestras puertas llama una multitud de pobres y de desesperados para los cuales el estilo de vida occidental con su consumo de mercancías en exceso parece, y quizás sea auténticamente, el país de la abundancia, *Schlaraffenland* diría Heinrich Mann, una casa en la que “das Geld unter den Möbeln umherrollt”³⁶, una casa en la que el dinero rueda bajo los muebles. Cuyas lentejuelas y cuyos *paillettes* llenan las pantallas de la omnipresente y globalizada televisión, del *show* permanente y portátil de la sociedad del espectáculo, la cual actúa como un potentísimo reclamo, un verdadero y auténtico imán, para los rechazados del tercer y del cuarto mundo. Lo que se da es un movimiento migratorio de ámbito histórico. Y es esta mísera muchedumbre una reserva de fuerza del trabajo que hace más fácil la devaluación de la dignidad del trabajo que ya venía producida por su condición como mercancía. No es casualidad que la promesa de parar la libre circulación de personas sea el objetivo que de forma más eficaz haya motivado el *Brexit*, la inesperada secesión de un Estado miembro de la importancia del Reino Unido.

Todo ello con tal de que nuestra cuenta bancaria permanezca segura, aunque la Unión Europea nos lo garantice cada vez menos; con tal de que se pueda continuar gastando el fin de semana en un centro comercial; con tal de que nadie nos moleste con sus andrajos, y con su piel sucia por la sal, normalmente oscura, cuando no negra, aunque Ulises se ahogue en el Mediterráneo. Y aunque Ítaca se transforme en un centro de internamiento.

Resumen

En este trabajo el autor indaga en la idea de Europa como expresión geográfica pero también como orden cultural y político entre Oriente y el Occidente americano. A partir de este análisis, estudia cómo primero los Estados nacionales y luego la Unión Europea se reconstituyeron tras la II Guerra Mundial asumiendo los postulados del ordoliberalismo. Por último, se cues-

35 Véase I. KRASTEV, *Europadämmerung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2017, p. 22.

36 H. MANN, *Im Schlaraffenland. Ein Roman unter feinen Leuten*, Fischer, Frankfurt am Main, 1988, Aufbau-Verlag, Berlín, 1977, p. 44.

tiona la deriva más reciente de la Unión Europea que ha privilegiado el pago de las deudas económicas frente a otros grandes principios como la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Palabras clave

Integración europea, ordoliberalismo.

Abstract

In this work the author studies the idea of Europe as a geographical expression but also as a cultural and political order between the East and the American West. Starting from this analysis, it is studied how first the national states and then the European Union were reconstituted after World War II assuming the postulates of ordoliberalism. Finally, the paper questions the most recent drift of the European Union that has privileged the payment of economic debts over other important principles such as freedom, equality and fraternity.

Keywords

European integration, ordoliberalism.

Recibido: 6 de noviembre de 2019

Aceptado: 8 de diciembre de 2019







Noticias de libros





**DISCURSOS PARLAMENTARIOS (Y OTRAS
DISERTACIONES), ÓSCAR ALZAGA
VILLAAMIL, MARCIAL PONS, MADRID,
ISBN 9788491236276, 2019, 395 PÁGINAS**

Book Review

ANTONIO PÉREZ MIRAS

*Profesor del Departamento de Derecho
Constitucional. Universidad de Granada*

La memoria es un bien preciado que, en época de turbulencias como las actuales, cobra un mayor protagonismo para todos los que desde la moderación buscan el equilibrio de la sociedad que permita respetar su pluralismo intrínseco. Sólo respetando el pluralismo se puede hacer verdaderamente efectivo el libre desarrollo de la personalidad que propugna nuestra Constitución. El libro del que damos noticia es un ejercicio de memoria, un ejercicio necesario que nos coloca ante el espejo de la historia para recordar las dificultades y las virtudes del momento constituyente, al tiempo que es prueba palpable del alto nivel intelectual que sustentó ese hito histórico.

El Prof. Alzaga nos regala esta recuperación de la memoria, de su memoria, y con ello nos agranda la memoria colectiva de los primeros años de experiencia democrática. Como reza el título de la obra, a través de sus discursos parlamentarios, y de otras disertaciones, tenemos un testimonio vivo que presenta un interés actual formidable. Aunque aquí nos encontramos más la faceta política de D. Óscar Alzaga, llama la atención la profundidad y el fondo de todas sus intervenciones, limitadas por los tiempos parlamentarios, que no se apartan en ningún momento del rigor académico. Esta me parece una lección transversal de esta reunión de par-

lamentos para la política actual, que parece sólo una efectiva mercadotecnia ausente de valores basilares, con lo que el arte de la política no viene encarnada por la solidez argumental. En este libro sí se hace justicia a ese término y el lector va a disfrutar verdaderamente de ese arte de la política en un doble sentido: en primer lugar, va a gozar de un rico y exhaustivo lenguaje, una oratoria cuidada con alto valor literario; en segundo lugar, nos va a generar una sana envidia por la altura política de elegantes formas. Hoy estamos huérfanos de ambos extremos. Por ello es de agradecer que el Prof. Alzaga siga inquieto en su actividad intelectual y recupere la tradición de este género literario, habiendo recopilado los discursos de una época fascinante.

El contenido de los mismos tiene un gran valor para el académico, pues es un soporte histórico que contextualiza algunos de los problemas actuales. No sólo por el goce de leer un castellano culto, este libro es muy útil para que el investigador conozca el pensamiento de uno de los protagonistas de la Transición, sabiendo que en todo momento puede extraer enseñanzas doctrinales del mismo. La faceta universitaria está siempre presente porque todas sus intervenciones, desde las conferencias a las interpellaciones parlamentarias, aúnan la teoría y la realidad, son un ejercicio práctico de las posiciones que se defienden. Sirven hoy de ejemplo, en la Universidad revolucionada por Bolonia, de que la práctica constitucional no es posible desde los eslóganes vacíos sin mucho estudio previo que cimente los valores constitucionales y, en especial, la tolerancia y el respeto tan necesarios para la sociedad plural. La dialéctica política puede estar exenta de descalificaciones, al tiempo que se defienden razonamientos que buscan honestamente el interés general, tanto en posiciones gubernamentales como en la oposición.

Los textos que se incluyen en esta obra se encuentran divididos formalmente en once partes que responden a una ordenada sistemática temporal, material y local. La parte central reúne los discursos parlamentarios en Comisión y Pleno, de la legislatura constituyente, y de los posteriores en la que se debatieron las principales leyes de desarrollo, tanto dentro del partido del gobierno como desde la oposición al PSOE de Felipe González con sus entonces cómodas mayorías. Reúne una década de intenso trabajo, una década decisiva para el devenir de nuestro país, en el que el lector va a encontrar todos los temas polémicos y controvertidos, que incluso algunos hoy colean irresolutos. En este sentido, cobra aún mayor interés académico las posiciones del Prof. Alzaga pues transcinden el mero interés político y son esa muestra práctica de un pensamiento que evidencia la ausencia de improvisación de quien habla desde el conocimiento y el convencimiento.

Centrándonos ahora en los debates y discursos parlamentarios, estos se encuentran recogidos desde la parte II hasta la IX. En ellos sólo se cuenta con la excepción

de la parte VI, que recoge el discurso redactado para Adolfo Suárez, que leyó en la sesión de aprobación del texto constitucional. La nota previa al mismo en el que recrea las circunstancias y detalles sutiles de aquel atraco nocturno esbozarán al lector una sonrisa ante la petición presidencial. En el resto de casos, son de especial interés los debates constituyentes, en Comisión y Pleno (partes II y III), por su especial transcendencia para comprender mejor el resultado final, que muestra además que la paternidad de la Constitución puede (y debe) predicarse más allá de los Ponentes. Ahí se abordan temas capitales como la soberanía, la monarquía, derechos fundamentales (en concreto la libertad ideológica y religiosa, el derecho de educación y la libertad de enseñanza) y su suspensión, la concesión de la extradición, la cuestión de inconstitucionalidad, la iniciativa legislativa y el sistema electoral del Congreso. De esa época también nos da cuenta de dos temas, debatidos entonces como proyectos de ley, que siguen vigentes y necesitados siempre de una posición doctrinal crítica: la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y de la modificación del Código penal en materia de terrorismo. En esta línea, también hay una muestra de su participación en las primeras leyes necesarias para hacer palpable el nuevo orden constitucional: los proyectos de ley orgánica del Tribunal Constitucional, del Defensor del Pueblo, de los estados de alarma, excepción y sitio y del estatuto de los centros escolares. Aquí es de resaltar la voluntad de llegar al acuerdo, especialmente palpable en las primeras, lo que evidencia que nuestro autor era sabedor del momento histórico y de su alto y noble sentido de la política.

Un segundo bloque de sus intervenciones estaría marcado por su paso a la oposición al Gobierno socialista de Felipe González, con elegantes debates en los que, desde la discrepancia política, se vivifica la importancia del derecho de la minoría a intervenir en un debate parlamentario, en un escenario a priori perdido, y la latente búsqueda del acuerdo en los temas abordados. Temas que para nada fueron menores, pues giraron en torno al derecho de educación, las escuchas telefónicas, el poder judicial y el régimen electoral, todos ellos hoy necesitados aún de debates serenos y consensos profundos que faciliten su reforma y puesta a punto. Esta fase en la oposición se cierra con la parte IX en la que se recogen tres discursos bien armados, y a cuál más impecable, en la sesión de investidura de Felipe González en la III Legislatura (1986) y en 1987 el debate de la Ley de Presupuestos Generales y el Debate del Estado de la Nación.

Estos discursos parlamentarios van enmarcados por esas disertaciones que merecen, a mi juicio, una especial atención, porque cada uno responde a unas mismas convicciones moldeadas por el momento histórico en que se expresaron. Nos referimos, en primer lugar, al texto que abre la obra: una conferencia pronunciada

el 20 de enero de 1977 como una contribución a la oposición del franquismo que asentaba las bases democráticas para unas elecciones generales, que tenía que dar como resultado un genuino proceso constituyente. Cierra con el discurso como Presidente del Partido Demócrata Popular ante su II congreso nacional, el 26 de enero de 1985. En ambos es evidente que el frío del invierno no quebraba un ápice sus convicciones políticas de demócrata cristiano ni menguaba el impulso y coraje de defenderlas con pasión. Desde mi punto de vista, aquí es donde mejor se ve el profesor político, pues su oratoria está envuelta del aplomo de quien habla desde la honestidad del conocimiento, sin maquillajes, piruetas o fuegos de artificio que busquen el aplauso fácil para el momento de conexión en directo para el informativo o programa de entretenimiento político de turno, para el corte de radio o de televisión de contadísimos segundos. Expone ideas claras pero complejas, que sobrepasan la requerida sencillez actual del tuit, por lo que el lector en esos textos no sólo no va a encontrar una sucesión de simplezas concatenadas sino que sentirá cierta nostalgia al comprobar que sendos momentos complejos, como el llamamiento a la unidad del centro y la delimitación del espacio político del PDP, podían trasladarse mediante un uso preciso de la palabra (y elevado).

El broche del libro se encuentra en una interesante entrevista publicada en *Historia Constitucional*, en el n.º 19 de 2018, en el que hace un repaso a esa década prodigiosa en la que el Profesor Alzaga fue un solvente protagonista político de indubitable talla intelectual, y que el lector puede comprobar de primera mano. Sería quizás demasiado fácil en este punto, o casi naturalmente esperado ensalzar ese tiempo pasado frente a la mediocridad del presente pero ello no haría justicia a la realidad de la noticia del libro que ahora presentamos: la brillantez de su protagonista y que es una constante en el tiempo que rompe con esa disquisición. Porque D. Óscar Alzaga, político-profesor o profesor-político, ha coadyuvado con ambas facetas para que nuestra sociedad disfrute de la realidad constitucional que se le hurtó al país durante largos períodos. Y con esta nueva publicación, el constitucionalista, joven y no tan joven, estudiosos en general, tiene un testimonio fiel de los valores que impregnaron los primeros pasos de la democracia. Además, este género literario es de gran utilidad para conservar el pensamiento de un intelectual que puso, y sigue poniendo, su genio al servicio de una gran empresa como es un Estado constitucional para una sociedad plural.

Los grandes temas que siguen de actualidad, y que ya hemos ido desgranando, merecen ser vistos desde los ojos de la memoria de un protagonista de un tiempo apasionante, pues en ese pasado cercano puede que se encuentren las bases para el consenso futuro. Una gran ventaja de la recopilación sistemática de estos discursos

(y disertaciones) es que permite hojear el libro y centrarse en temas y momentos concretos, disfrutando siempre de una oratoria emanada desde el respeto al adversario político. Con todo y por todo ello, las generaciones de constitucionalistas que venimos detrás de esos maestros que en un momento determinado supieron dar el salto a la Política, por compromiso real y responsabilidad (pienso aquí también por ejemplo en D. Pablo Lucas Verdú), tenemos en ellos una guía para ser también responsables ante el tiempo turbulento en que vivimos. Estos discursos bien son un manual para el que sienta que fuera del aula puede contribuir a un constitucionalismo efectivo. Al fin y al cabo, si la Constitución no impregna cada rincón de la sociedad el titánico esfuerzo de aquellos constituyentes corre el riesgo de petrificarse como una imperfecta democracia que no ha sido capaz de expandir todos los valores que parecían encarnarse en potencia en aquella generación, a la que tanto debemos.

En definitiva, una lectura altamente recomendada por su contenido material y la calidad de las intervenciones, que permite al curioso disfrutar de unos discursos que hoy escasamente podrá encontrar de modo similar entre la clase dirigente y satisfacer el conocimiento de la conformación de la Constitución y de las principales leyes orgánicas de nuestro país. Y del inacabado y constante debate sobre la educación, metáfora esta última de los problemas que recorren la historia reciente. En su conjunto, un ejercicio de memoria necesario que es de agradecer.

Resumen

Noticia del último libro de Óscar Alzaga Villaamil publicado por Marcial Pons en 2019: Discursos parlamentarios (y otras disertaciones).

Palabras clave

Óscar Alzaga; Discursos parlamentarios; Transición; Debates constituyentes; Procedimiento legislativo.

Abstract

Book review of the last book of Óscar Alzaga Villaamil published by Marcial Pons in 2019: Discursos parlamentarios (y otras disertaciones).

Keywords

Óscar Alzaga; Parliamentary Speeches; Transition; Constituent Debates; Legislative procedure.

Recibido: 8 de diciembre de 2019

Aceptado: 10 de diciembre de 2019



***PER LA COSTITUZIONE. SCRITTI SCELTI,
VOL. I Y II, ALESSANDRO PACE Y PRÓLOGO
DE MICHELA MANETTI, EDITORIALE
SCIENTIFICA. NÁPOLES 2019***
Book review

FRANCISCO J. BASTIDA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

A finales de 2019 se publica en dos volúmenes una escogida recopilación de la obra más reciente de Alessandro Pace bajo el título *Per la Costituzione. Scritti scelti*, con excelente prólogo de su discípula Michela Manetti. Este doble libro se enmarca en la dilatada trayectoria académica, profesional como abogado y, en definitiva, vital de su autor.

Aunque Alessandro Pace es conocido en nuestro país, quizá no lo sea tanto para las generaciones más jóvenes de profesores y, antes de entrar de lleno en la recensión de estos *Scritti*, quisiera aprovechar la ocasión para ponerlos en el contexto del autor y de su obra general. Pace nació en la ciudad medieval de Lanciano, famosa por el milagro que lleva su nombre. Estudió Derecho en Roma y desde 1968 fue docente de diversas universidades hasta llegar en 1980 a *La Sapienza*, la I Universidad de Roma, donde ejerció como profesor ordinario (catedrático) primero en la Facultad de Ciencias Políticas y más tarde, hasta su jubilación, en la Facultad de Derecho. En la actualidad es profesor emérito de dicha Universidad.

Alessandro Pace es discípulo de Carlo Esposito y de Vezio Crisafulli. De ellos aprendió el rigor en el estudio de la Constitución, que queda reflejado en su dilatada obra académica y muy en particular en la obra de madurez que se ofrece en estos dos volúmenes. No es casualidad que algunos de los trabajos incluidos en ellos tengan

por objeto el legado de tan eminentes juristas. Tampoco lo es que los diversos estudios que se aún an en este doble libro sigan teniendo estrecha relación con los tres grandes temas que sirven de hilo conductor de su prolífica obra de más de trescientas publicaciones: la Constitución y su reforma, las libertades públicas y los límites al poder, lo que concuerda perfectamente con su espíritu de demócrata liberal.

Pace ha mostrado siempre una enorme capacidad de trabajo y liderazgo, puesta de manifiesto dentro de la vida académica en su magisterio en la formación de nuevos profesores, en su prolongada dirección de la Revista científica *Giurisprudenza Costituzionale* o en la fundación de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, de la que además fue Presidente entre 2006 y 2009. No hay mejor reconocimiento académico que el que otorgan los compañeros de profesión y los tres volúmenes de los *Scritti in onore di Alessandro Pace* y el entrañable acto de su presentación en la Universidad de Roma en 2012 dan fe de ello. Un reconocimiento que es también de universidades españolas y singularmente de la Universidad de Oviedo, en la que fue nombrado en 2017 doctor honoris causa. Pace es también un prestigioso abogado, que no sólo ha sabido compatibilizar la vida académica con su despacho profesional, sino que ha combinado como pocos sus conocimientos y estudios científicos con su actividad en el foro y, de manera singular, ante la Corte Constitucional. Como él mismo afirma en un artículo sobre su experiencia ante este alto tribunal, “discutir una causa ante la Corte Constitucional representa para un abogado que sea a la vez estudioso del derecho constitucional, lo máximo de las propias aspiraciones profesionales”.

Su desbordante capacidad de trabajo y su espíritu cívico le han llevado, además, a participar en diversos frentes en defensa de la Constitución. Pace es un liberal, pero un liberal a fuer de ser demócrata, y eso significa que su lema no es el clásico *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). No refugió su vida en la cátedra; tampoco en su exitoso despacho de abogado. Su alto concepto de lo público, del respeto a la Constitución y a las libertades en ella reconocidas le llevaron, a veces cual Quijote, a librar batallas contra el poder y, en algunos casos, ganarlas. En ese ámbito de confrontación destaca sobre manera un personaje, Silvio Berlusconi, polémico magnate de la televisión y varias veces Primer Ministro y, más recientemente, Matteo Renzi, Primer Ministro entre 2014 y 2016.

Como queda dicho, una de sus líneas de trabajo es el estudio de las libertades públicas. Su concepción global sobre la materia quedó plasmada en sus dos volúmenes *Problematica delle libertà costituzionali*. En esa línea se enmarcan numerosas publicaciones suyas sobre muy diversos temas relacionados con los derechos individuales y sociales y sus garantías jurídicas. Pero, sin duda, su máximo esfuerzo se ha

centrado en el estudio de las libertades informativas. Muchos de esos trabajos están recopilados en su libro *Stampa, giornalismo e radiotelevisione*, publicado en 1983 y, más tarde, en 2006, coronó el tratamiento exhaustivo de esta materia con la voluminosa obra sobre la libertad de manifestación del pensamiento, en colaboración con Michela Manetti.

Dentro de esta vasta materia, ocupa un lugar destacado en el interés del profesor Pace el régimen jurídico de la radiotelevisión en Italia, al que ha dedicado muchos años y ha marcado su trayectoria profesional.

Cuando conocí al profesor Alessandro Pace en el ya lejano 1986 me llamó la atención que, siendo un liberal, justificase el monopolio público de la televisión y no concibiese la creación de emisoras de televisión como parte del derecho a las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión. Su tesis era que cuando –bien por razones económicas, bien por razones tecnológicas– un derecho sólo puede ser ejercido por unos pocos, no es en realidad un derecho, sino un poder. No compartía yo ese criterio en términos jurídicos, pero in situ comprendí mejor su tesis. En aquel entonces un empresario de la construcción, Silvio Berlusconi, se dedicaba a comprar emisoras locales de televisión, lo cual en principio era lícito, pero las unía en su programación, de manera que a la misma hora todas emitían lo mismo. Las convertía de facto en una cadena de televisión privada de ámbito nacional, lo cual estaba prohibido. El profesor Pace captó desde el principio el peligro de que un solo particular dominase un medio de comunicación tan poderoso como era y sigue siendo la televisión y, sobre todo, tan relevante para la democracia, que necesita de una formación libre y plural de la opinión pública. De ahí que en sus estudios justificase la legitimidad constitucional de la radiotelevisión como servicio público y de ahí su crítica al fraude legal que suponía soslayar la normativa vigente para crear una furtiva televisión privada de ámbito nacional con un único emitente. Por aquel entonces al magnate Berlusconi se le conocía como *Sua Emittenza*.

Con ser grave, el problema no se circunscribía sólo al asunto televisivo; tenía unas ramificaciones legales y políticas que ponían en cuestión aún más la salud democrática de la República. Eso llevó al profesor Pace a la publicación de varios estudios sobre la potestad normativa del Gobierno y los decretos-leyes. Resulta que Silvio Berlusconi, amigo del Primer Ministro, Bettino Craxi, y financiador en la sombra de su partido, consiguió que éste aprobase un decreto-ley avalando sus irregulares operaciones televisivas, el conocido como Decreto Berlusconi. El parlamento no convirtió el decreto-ley en ley, por considerarlo inconstitucional, pero el gobierno de Craxi reiteró por dos veces más el mismo decreto-ley, empeñando incluso la confianza del Gobierno. Como es fácil suponer, estudiar la naturaleza del decreto-ley y

los efectos de su no conversión en ley fue para el profesor Pace algo más que analizar una fuente del derecho; se estaba poniendo en cuestión la forma de gobierno y la supremacía de la Constitución.

Desde muy temprano también fue objeto de su atención el régimen parlamentario, estudiando, ya en 1973, algo que hoy es de gran actualidad como es el poder de investigación de las asambleas legislativas. Años más tarde, en 1996, abordó temas como la inelegibilidad, incompatibilidad y conflictos de intereses de los parlamentarios y de los órganos de gobierno, o las formas extrapenales de responsabilidad del Jefe del Estado. No fue casualidad la dedicación a estos asuntos. Dos años antes, 1994, Berlusconi había decidido dar el salto a la política apoyándose en su imperio mediático de Mediaset, llegando a ser primer ministro en diversas ocasiones.

Las investigaciones judiciales sobre los negocios de Berlusconi abrieron ese otro frente de estudio, ya que, para eludir dicho control por los jueces, Berlusconi promovió varias leyes que garantizaban su inmunidad y la de sus ministros, entre otras, la ley Alfano. Así, Pace publica entre 2000 y 2008 trabajos, algunos de los cuales aparecen recopilados en estos dos volúmenes, sobre inmunidad política, jurisdicción y principios constitucionales, y un libro sobre los Límites del poder. A la vez, tuvo la oportunidad de representar como abogado a la fiscalía de Milán en un intento (frustrado) de defender ante la Corte Constitucional la ilegitimidad de la Ley Alfano.

En 2011 publica en España un libro sobre La inmunidad del poder en Italia, en el que subraya que “es reductivo y equivocado reconducir a un pretendido ‘antiberlusconismo’ el permanente debate jurídico sobre las inmunidades procesales del primer ministro, porque con otros nombres y otros protagonistas continuará la batalla cultural y política a favor de la igualdad de los ciudadanos”. Y, en efecto, más tarde intervino también en un caso sobre un conflicto de atribuciones ante la Corte Constitucional entre la fiscalía de Palermo, a la que él representó, y la Presidencia de la República, a cuenta de unas grabaciones telefónicas a miembros de la mafia en las que de manera ocasional aparecía la voz del Presidente de la República, Giorgio Napolitano. La abogacía del Estado reclamó su inmediata destrucción, amparándose en una interpretación extensiva de la inmunidad presidencial, frente al criterio más restrictivo de Alessandro Pace, fundado en el principio de igualdad de todos ante la ley.

Por último, existe una dilatada línea de investigación del profesor Pace sobre la Constitución. En unos casos, se trata de estudios de teoría general, como los dedicados en 1995 a la rigidez constitucional y que son un tributo a la metodología de su maestro, Carlo Esposito. En otros casos, sus publicaciones sobre esta materia

están más apegadas al hilo de las sucesivas reformas de la Constitución italiana, especialmente en lo referente a la organización territorial del Estado. También ocupó su atención la relación entre el Derecho Europeo y el ordenamiento jurídico italiano.

En los últimos años Alessandro Pace decidió, a sus más de ochenta años, echar a sus espaldas la defensa jurídica del No al referéndum constitucional promovido por el Primer Ministro Matteo Renzi.

Junto con el ex presidente de la Corte Constitucional, Gustavo Zagrebelsky, Pace fue el representante del Comité de constitucionalistas por el No y su entusiasmo contagió a otros colegas de su generación. De nuevo no se apuntó al dejar hacer, dejar pasar. Decía Günther Grass que “el deber de un ciudadano es mantener la boca abierta” y, ciertamente, con un coraje cívico admirable, emprendió junto con ellos una lucha en centros públicos y medios de comunicación, incluido internet, para explicar que la reforma subvertía el procedimiento de revisión constitucional y aminoraba la representación política y los controles democráticos sobre el Gobierno. Esta vez el Quijote ganó. Exagerando un poco podría decirse que el triunfo del NO fue el segundo milagro de Lanciano.

Sirva, pues, esta exposición de la dilatada trayectoria académica, profesional y cívica del Pace para contextualizar estos dos volúmenes que ahora se recensionan, en los que se agrupan trabajos en su mayoría publicados en el presente siglo y escritos muchos de ellos como reflexión o respuesta a la repercusión jurídico-constitucional de acontecimientos relevantes de la política italiana.

Los capítulos I y II tienen por objeto la teoría de la Constitución. Llama la atención que el primero se dedique directamente a la interpretación constitucional, pero en él se encierra toda una proclamación de principio sobre la concepción de la Constitución al postular lo que denomina método *iuspositivista* “atemperado”. El punto de partida es una concepción normativa de la Constitución, pero, siguiendo la distinción de Bobbio entre tres tipos de positivismo –ideológico, teórico y metodológico– se adhiere a este último, para así hacer relevante en la interpretación de la norma la realidad social, como hizo su maestro C. Esposito (positivismo realista) y el sistema de valores que se considera implícito en la Constitución. Este rechazo de una concepción estrictamente positivista de la Constitución, esta versión atemperada por la realidad y los valores del constitucionalismo mantiene un difícil equilibrio, porque fácilmente puede aplicarse para amparar una jurisprudencia de intereses o de valores que sirva de pretexto al intérprete para desligarse del texto constitucional. Cuando ello sucede, los teóricos de este positivismo atemperado, como A. Pace, o entre nosotros Rubio Llorente, reclaman la tierra firme del texto constitucional y de su deber ser.

El capítulo II, sobre la revisión constitucional, contiene una especial referencia al caso italiano y su último intento de reforma (promovida por Renzi-Boschi), pero incorpora sobre todo un trabajo en el que Pace sintetiza su particular teoría sobre la reforma constitucional. Su punto de partida es que la rigidez constitucional no deriva de la existencia de un especial procedimiento de reforma de la Constitución, sino de la cualidad de la Constitución como norma jurídica suprema. Esto le lleva a afirmar que en los procedimientos de reforma constitucional mediante “leyes de revisión constitucional” como las previstas en el art. 138 de la Constitución italiana, estas leyes no pueden ser de “ruptura” constitucional, sino sólo de “desarrollo y articulación” y, de aceptar su posible existencia, sólo podrían tener una carácter provisional, temporal o puntual. Esta concepción hunde sus raíces en la conocida distinción de C. Schmitt entre Constitución y leyes constitucionales, y que en la actualidad que tiene gran predicamento en la doctrina jurisprudencial sobre la “estructura básica” de la Constitución, iniciada por la Corte Suprema de India y ampliamente argumentada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana o checa y en recientes análisis teóricos de autores como Y. Roznay, R. Albert o C. Bernal. Dicha doctrina se basa en la distinción entre “reforma” y “sustitución” constitucionales para negar validez a reformas formalmente constitucionales que sean materialmente inconstitucionales por vulnerar alguno de los elementos identitarios de la Constitución.

En coherencia con su concepción de la supremacía sustancial de la Constitución y en relación con la revisión constitucional sostiene otras tesis no exenta de polémica y que consiste en afirmar la inderogabilidad de las normas que regulan la reforma constitucional, algo muy de actualidad en España por el debate sobre cómo suprimir el extremadamente rígido procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 168 de nuestra Constitución. Concluye este trabajo apuntando la idea, ya elaborada por Pace en estudios precedentes, de la necesaria homogeneidad de las leyes de revisión constitucional, que se erigió en uno de los argumentos centrales en la crítica a la reforma constitucional (Renzo-Boschi). El fundamento no reside sólo en la obligada sistematicidad jurídica de la reforma, sino también en el imperativo democrático derivado de la Constitución. No se puede someter a una decisión global y única en referéndum la aprobación de reformas parciales de la Constitución que carezcan de un contenido homogéneo. La importancia del tema dio pie a nuestro autor a renovar su análisis en un específico artículo *“Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali”* publicado en este mismo capítulo y en el que aborda también el asunto de si, en el supuesto de plantearse una reforma constitucional de contenido no homogéneo, debería convocarse un referéndum de

estructura múltiple, para que los ciudadanos se pronuncien por separado sobre cada de las partes objeto de reforma. La respuesta es afirmativa.

En el capítulo III, dedicado a la ineficacia de las leyes inconstitucionales, destaca su consideración de que la ley inconstitucional es “existente”, en cuanto ha gozado previamente de la presunción de legitimidad, pero “nula” en cuanto contraria a la Constitución. Pace insiste en la necesidad de mantener este concepto que anuda nulidad con existencia, no para argumentar la anulabilidad de las leyes inconstitucionales, sino para lo contrario; para afirmar que la nulidad nunca puede erradicar el hecho de la existencia de la norma, su eficacia hasta su declaración nulidad. Lejos de ser una disquisición inoperante o una (aparente) identificación entre nulidad y anulabilidad, el profesor de Roma extrae una sorprendente conclusión. Pese a ser nula de pleno derecho la ley inconstitucional ha sido eficaz mientras mantuvo su presunción de legitimidad y de ahí cabe deducir la posible existencia de responsabilidad por una culposa aplicación de leyes que ya tenían la apariencia de inconstitucionales antes de la declaración de su nulidad por la Corte Constitucional. No extiende la culpa al ciudadano de a pie, pero sí a entes públicos e incluso a personas jurídicas privadas que, a sabiendas del posible daño que pudiera ocasionar la aplicación de la ley constitucionalmente controvertida, la ejecutan, y, a posteriori, la ley, como razonablemente se preveía, es declarada inconstitucional y es constatado el daño que previsiblemente se iba a producir. Se comprende la finalidad perseguida, pero quizás esta vía argumental no sea la más correcta, porque es difícil sostener, como hace siguiendo a Esposito, que, si bien el ordenamiento jamás llega a imponer la desobediencia ante leyes inconstitucionales, “es verdad que tampoco impone en (estos casos) la obediencia”.

El capítulo IV recoge seis trabajos sobre justicia constitucional. Especial interés ofrece el que se centra en los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y su alcance retroactivo, asunto que ya aparece tratado también en el anterior capítulo. Pace critica lo que a su juicio es una delimitación arbitraria de tales efectos, que es perjudicial para situaciones y relaciones que están *sub iudice* y que también daña la autoridad de la Corte ante los tribunales ordinarios.

Uno de los temas recurrentes en la obra de nuestro autor es el de los conflictos entre poderes del Estado y aquí analiza los instrumentos que tiene a su disposición la Corte para resolverlos. Al tratarse de conflictos con evidente trasfondo político, la Corte debe ceñirse en su análisis y resolución al terreno jurídico constitucional, sin apartarse de lo que Pace denomina el “tono” constitucional. Reconoce que el asunto es complejo, porque en la decisión juegan un papel determinante no sólo la Constitución, leyes y reglamentos, sino también la praxis y la costumbre. Para mantener

ese tono Pace propone ir en una dirección contraria a la de la Corte, esto es, señala la necesidad de ampliar la legitimación procesal para que puedan intervenir junto a la representación de los poderes en conflicto no sólo los órganos del vértice de esos poderes, sino también los órganos menores o inferiores cuya actuación haya sido relevante en la provocación del conflicto. Correspondría a la Corte la selección de qué órganos en cada caso concreto podrían intervenir en el proceso conflictual.

El capítulo V, bajo el llamativo título de “El legislador caprichoso” comenta la función y competencias del legislador al abrigo de una de las cualidades del ordenamiento jurídico constitucional, que es su positividad, es decir, la capacidad para legislar hacia el futuro o hacia el pasado y, por tanto, el problema que representa tanto la retroactividad de las normas como la desvinculación del legislador de sus decisiones anteriores. Para nuestro autor esa positividad no es tan radical, porque el legislador debe sentirse ligado por las expectativas creadas. Según él, el fundamento de la legítima confianza en las normas no está en la razonabilidad intrínseca de la norma posterior, sino en las autovinculaciones creadas por la norma anterior. Esto pone sobre la mesa un asunto de extraordinaria importancia constitucional y es hasta dónde llega la libertad del legislador, pero también hasta dónde llega la facultad de la Corte y en general de los jueces para recortar esa discrecionalidad. ¿Cuándo el ejercicio de la libertad del legislador se convierte en un capricho intolerable constitucionalmente? La responsabilidad del legislador se amplía cada vez más y es necesario que así sea, sobre todo cuando crea expectativas que se frustran por un inesperado cambio legal. Esto es lo que se estudia en el artículo sobre “*Leggi di incentivazione e vincoli su futuro legislatore*”. Pero, igualmente, es preciso plantear si al legislador, representante directo de la ciudadanía, puede exigirle la Corte razonabilidad en sus decisiones y, sobre todo, ponderación y proporcionalidad en sus leyes, porque se corre el riesgo de que huyendo de un supuesto capricho del legislador se caiga en el capricho de la Corte, peligro que también observa nuestro autor.

Como se ha dicho antes, una de las grandes ocupaciones de Pace ha sido el estudio de las libertades constitucionales y en especial de las libertades de expresión e información, que tienen su reflejo respectivamente en los capítulos VI y VII de esta obra, pero también en el IX, sobre seguridad y orden público y en el X, sobre el secreto de Estado. El capítulo VI da continuidad a sus estudios de teoría general de las libertades constitucionales, tanto en lo que respecta a la titularidad de derechos constitucionales como a la variedad estructural y a los modelos de los mismos. No deja de sorprender la polémica sobre si en la Constitución italiana hay derechos fundamentales. Pace esgrime su lado más iuspositivista para afirmar que no hay en Italia más derechos fundamentales que los derechos constitucionalmente previstos. Intro-

ducir los derechos fundamentales como una categoría nueva a partir de la mención constitucional a los derechos inviolables de la persona abre la vía para una incorporación extra constitucional de nuevos derechos, la jerarquización entre derechos, un cambio en el parámetro de constitucionalidad de las leyes y la transformación de los derechos en valores, con olvido o postergación del contenido normativo de los enunciados constitucionales. Coincido en este planteamiento, porque siempre he pensado que más derechos no siempre significa una mejor tutela de las personas. Por el contrario, suele suceder que en materia derechos más es menos. Más libertad de expresión es menos derecho al honor; más libertad de información es menos derecho a la intimidad; más libertad de reunión y manifestación es menos libertad de circulación y viceversa. No obstante, habría que matizar que existe la posibilidad de ampliar los derechos constitucionales a través de la integración del Estado en organismos supranacionales o con la firma de convenios internacionales en materia de derechos. No es que se integren directamente esos derechos en el plano de los derechos constitucionales, pero por vía de interpretación vinculante de tribunales supranacionales, los derechos constitucionales renuevan y actualizan su contenido.

Aunque los estudios del capítulo VI se centra en los derechos de libertad, no desatienden el estudio de los derechos sociales o de otros más novedosos como los derechos de los consumidores. A este respecto, nuestro autor es crítico con los que propugnan una autonomía del derecho de los consumidores. Para él estos derechos no presentan características distintas de las ya existentes en la Constitución para el común de los derechos y carece de utilidad sistemática o clasificatoria considerar que constituyen una nueva generación de derechos. La desigual posición en la que se encuentra el consumidor con el productor de bienes de consumo se solventa con la aplicación de categorías ya existentes, como las obligaciones de prestación y responsabilidad, sean ya de información ya de garantía.

También examina un derecho concreto de especial relevancia como es el derecho a la educación y, sobre todo, su objeto y contenido en tiempos de crisis. Así, estudia qué alcance puede tener la gratuitud de la enseñanza obligatoria y si comprende no sólo la prestación nuclear del servicio público de la enseñanza, sino también la de instrumentos accesorios como libros de texto, material escolar y medios de transporte. Desde el punto de vista del derecho subjetivo a la prestación, no deja de sorprender la amplitud que Pace da a su objeto. Considera que sería judicialmente exigible no sólo la prestación sustancial del servicio público, sino también la instrumental, tanto directa (libros, material escolar), como indirecta (transporte y funcionalidad de los locales, incluida la calefacción). En lo que respecta a la enseñanza privada, entiende que la posición del Estado es diferente a la de la escuela pública. Ante ésta,

los poderes públicos tienen la *obligación* de mantener su existencia; sobre la escuela privada tienen la *facultad* de ayudar a su sostenimiento y siempre condicionada a la disponibilidad económica.

El capítulo VII está íntegramente dedicado a la libertad de información en sus múltiples facetas, como derecho subjetivo y como valor para una sociedad democrática, como libertad sustancial y como libertad instrumental, como derecho activo a informar y como pasivo a ser informado. Consiste en un compendio de lo ya intensamente publicado por el autor, cuya lectura es imprescindible tanto para conocer el tratamiento jurídico de la libertad de información en Italia, como la autorizada visión del mismo una de las máximas autoridades en la materia.

Sin duda, de los artículos agrupados en este capítulo llama la atención su trabajo sobre el derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*, porque, siendo un tema de gran actualidad, está escrito en 1995. Sostiene que el derecho a la propia imagen, sin estar explícitamente recogido en la Constitución italiana, goza de protección constitucional. Es discutible su afirmación de que no hay un derecho a oponerse a ser fotografiado salvo que así lo disponga una ley. A mi juicio este derecho existe y quizás habría que matizar si la captación se hace en un espacio público o privado. Lo que sí sostiene es que no hay un derecho *a su difusión* sin consentimiento del fotografiado, lo cual hoy en día necesariamente hay que enlazarlo con el derecho a la protección de datos. Por último, propone que el evidente desequilibrio que existe entre la posición de los medios de comunicación y los particulares que ven utilizada su imagen debe solventarse mediante dos vías. Una es la legislativa, estableciendo límites y condiciones a los medios de comunicación para la captación y difusión de imágenes personales, ya que, de lo contrario, queda en manos de los tribunales hacer para bien o para mal una ponderación de los bienes en juego. La otra es la vía judicial del resarcimiento de la ilegítima invasión de la imagen o la privacidad de las personas mediante sanciones civiles ejemplares (daños punitivos).

El capítulo VIII alberga tres estudios sobre la inmunidad política y la ausencia de control parlamentario, que se escriben al calor de diferentes acontecimientos políticos de la época, y que ponen de manifiesto cómo el poder, sea la Presidencia de la República, del Consejo de Ministros o el Parlamento, busca la aprobación de instrumentos legales o por vía interpretativa para evadirse del control judicial derivado del Estado democrático de derecho. Pace, crítico con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, vincula supremacía constitucional, democracia, responsabilidad política y principio de igualdad para fundamentar el carácter restrictivo que debe tener la inmunidad. De lo contrario lo que aparece como institución garantista, como una prerrogativa del órgano para mejor servicio de su función, se convierte en ilegítimo

privilegio con la finalidad de proteger los intereses propios de la persona y ajenos al alto cargo que ocupa.

El capítulo IX pone de manifiesto el interés de Pace por visitar su obra ya escrita y reflexionar sobre ella con el paso del tiempo y a la luz de los nuevos tiempos y las nuevas doctrinas. En este caso rescata un artículo de 1963 sobre *El concepto de orden público en la Constitución italiana* e incluye otro de 2013 con el significativo título de *Libertad y seguridad. Cincuenta años después*.

Pace diferencia entre orden público y orden público constitucional, entendido éste como conjunto de principios deducidos de la Constitución. Para él este orden público constitucional no opera como límite de los derechos y no puede sobreponerse a los concretos límites ya establecidos para cada derecho. Para nuestro autor, el orden público a secas es, el que puede actuar como límite del ejercicio de los derechos, es un concepto referible a una realidad material, física o sociológica, la simple ausencia de desorden en las calles, la paz social. Frente a este concepto *material* existe lo que denomina un concepto *ideal* de orden público (equivalente al orden público constitucional). La pretensión de imponer este orden público ideal como límite a los derechos, lejos de ser un límite externo y concreto, identificado con el orden en la calle, adquiere una omnipresencia como límite genérico a las situaciones jurídicas, o sea, se erige en punto de partida para funcionalizar los derechos, condicionando su contenido y el modo de su ejercicio. Para Pace un ordenamiento democrático liberal como el italiano carece de dogmas o de principios ineliminables o eternos y, por tanto, no existe un orden público constitucional que ejerza esa función general limitadora o, quizá mejor, delimitadora de los derechos. Las consecuencias son importantes, no sólo en la interpretación de en qué consiste el orden público, sino también en el ámbito competencial, como pone de relieve el profesor de Roma. Sólo observa en la Constitución italiana una aplicación de ese orden público ideal en la regulación de la actividad económica, en cuanto dirigida a alcanzar metas de utilidad social y superar las desigualdades.

Sin embargo, esta neta diferenciación entre orden público material, propio de una democracia procedural, y un orden público ideal, propio de una democracia militante se difumina en la actualidad. En parte, así lo reconoce Pace en la revisión de sus tesis cincuenta años después, viendo los nuevos paradigmas surgidos tras los trágicos sucesos de 11 de septiembre de 2000. Aunque su artículo de 2013 se centra en el llamado derecho a la seguridad pública, cuya existencia niega como derecho subjetivo prestacional, sus reflexiones derivan hacia el problema de cómo los ordenamientos liberal democráticos tienden a proveerse de manera subrepticia de mecanismo de democracia militante, o sea, a cómo el orden público material se tiñe

cada vez más de orden público ideal. Esto es lo que sucede hoy con un nuevo concepto de orden público constitucional como orden público “inmaterial”, concepto acuñado en Francia para referirse a unas exigencias mínimas de la vida en sociedad y con la finalidad de justificar el uso en público del burka. Para Pace todo lo que no sea identificar el orden público con el orden en la calle muestra una tendencia a imponer un orden público ideal (o sea, inmaterial). Concluye que un ordenamiento liberal democrático se identifica con un concepto material de orden público y, por tanto, no puede recibir tal calificación el ordenamiento que, aunque de forma encamada, no tolere el disenso.

El capítulo X reúne dos trabajos sobre el secreto de Estado, tema que enlaza con el del anterior capítulo, ya que en nombre de la seguridad nacional se intenta cada vez más ampliar el concepto de secreto de Estado, amparando situaciones difícilmente compatibles con el Estado de derecho. Consecuente con su concepción liberal de la democracia constitucional, nuestro autor considera como principio básico de la actuación del Estado la publicidad y por tanto el secreto debe ser la excepción y ha de estar justificado, máxime si están en juego derechos constitucionales. Además, debe delimitarse qué se entiende por “hechos subversivos del orden constitucional” y, en todo caso, su conocimiento no debe ser sustraído u obstaculizado en la adquisición de pruebas en el proceso penal.

El Capítulo XI acoge tres artículos sobre la Unión Europea. En el más antiguo, publicado en 2002, reflexiona sobre el proceso constituyente de la Unión Europea y sobre la posibilidad de que un ordenamiento parcial como el europeo puede tener una auténtica constitución. Además de carecer de una constitución formal, desde el punto de vista material sólo tiene, a su juicio, una constitución en sentido descriptivo.

En el comentario a la sentencia *Commissione-Repubblica italiana* de 2011, destaca el cambio que supone la primacía del Derecho de la Unión y la novedad de la responsabilidad no sólo del Estado legislador por la actividad legislativa contraria al ordenamiento europeo, sino también del Estado-Juez. Frente a los escépticos en esta materia, concluye que los errores cometidos en la interpretación judicial de normas del Derecho europeo pueden dar lugar a responsabilidad civil del Estado.

En la revisión veinte años después de las consecuencias de la sentencia *Granital* (1991) de la Corte Constitucional, Pace critica la autoexclusión de la Corte del diálogo que se entabla entre los jueces nacionales, que deben aplicar directamente y con primacía el Derecho europeo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pace considera que salvo que se trate de normas europeas completas e inmediatamente aplicables, siempre ha de estar abierta la posibilidad de que el juez ordinario acuda a



la Corte Constitucional para denunciar leyes dirigidas a impedir o a dificultar la observancia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión. Igualmente apunta que sería de interés la intervención de la Corte en la resolución conflictos de atribuciones entre poderes por causa de la aplicación del Derecho Europeo.

El último capítulo tiene un contenido diverso, dedicado a ensalzar la figura de dos maestros de constitucionalistas, Uno Carlo Esposito, al igual que sucede en el primer capítulo, y el otro Leopoldo Elia. Pero, sin duda, llama la atención su último trabajo del volumen II y que es, además, su último ensayo, cuyo objeto es una amplia síntesis historiográfica de la idea de la felicidad entre dos concepciones opuestas, la de Jefferson y la de Robespierre, la felicidad individual y la felicidad colectiva. Más allá del contenido de este precioso viaje por las distintas maneras de comprender la búsqueda de la felicidad y su plasmación jurídica, sobrecoge saber que el estudio sobre la felicidad lo haya escrito en un momento de profunda tristeza por el reciente fallecimiento de su esposa, Loretta, magnífica persona a la que le dedica el trabajo.

En suma, estamos ante dos volúmenes imprescindibles para un estudioso del Derecho constitucional y que son demostración de la grandeza intelectual y jurídica de su autor.

Resumen

Noticia del libro de Alessandro Pace, Per la Costituzione. Scritti scelti, Vol. I y II, con prólogo de Michela Manetti, Editoriale Scientifica. Nápoles 2019.

Palabras clave

Alessandro Pace, libertad constitucional, reforma constitucional, medios de comunicación, inmunidades.

Abstract

Book review of Alessandro Pace, Per la Costituzione. Scritti scelti, Vol. I y II, with a foreword of Michela Manetti, Editoriale Scientifica. Nápoles 2019.

Keywords

Alessandro Pace, constitutional freedom, constitutional reform, mass media, immunity.

Recibido: el 28 de diciembre de 2019

Aceptado: el 31 de diciembre de 2019











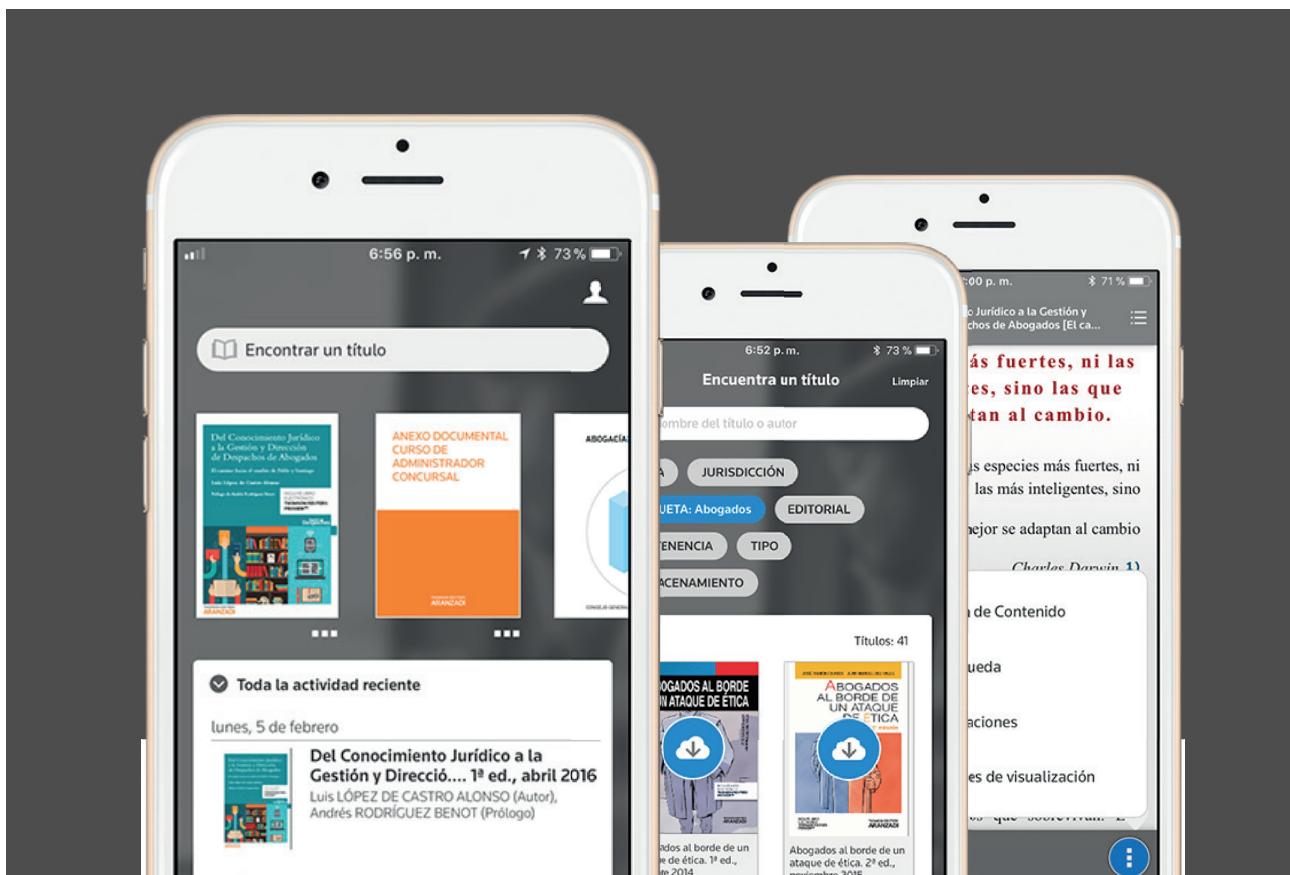
Thomson Reuters Proview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE**
LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.

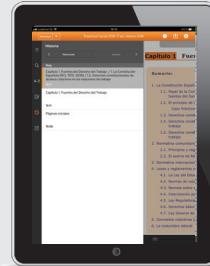
DESCÁRGATELO Y APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET

the answer company™
THOMSON REUTERS®

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 TESAURPO 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

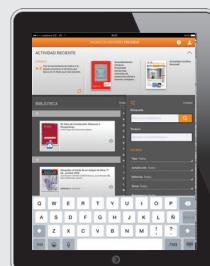
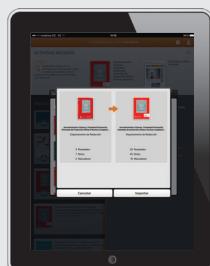
Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios.

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 ícono 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.

