
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

39

Año 20, número 39, Enero-Junio de 2023

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

 MARANZADI

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
Adoración Galera Victoria
Augusto Aguilar Calahorro

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámera Villar
María Luisa Balaguer Callejón

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

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

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

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

EDITORES

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

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

Antonio D'Atena
Francesc De Carreras Serra
Francisco del Río Muñoz
Teresa Freixes Sanjuán
Miguel Ángel García Herrera
Manuel Gerpe Landín
José Joaquín Gómez Canotillo
Yolanda Gómez Sánchez
Tania Groppi
Christian Hillgruber
Javier Jiménez Campo
Jesús Jiménez López
Markus Kotzur
Fulco Lanchester
Diego J. Lifán 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
Lucia Millán Moro
Martin Morlok
Alessandro Pace
Miguel Pasquau Lliaño
Vasco Pereira da Silva
Ingolf Pernice
Alessandro Pizzorusso (1931/2015)
José Antonio Portero Molina
José Carlos Remotti Carbonell
Paolo Ridola

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



Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

redce@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 20, número 39, Enero-Junio de 2023

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	

ESTUDIOS

Autonomía, unidad y asimetría: el regionalismo italiano y el momento constitucional pandémico. Reflexiones comparadas.....	15
GUERINO D'IGNAZIO	
La perspectiva de la distribución territorial del poder: la lección de la pandemia	27
Giovanni Moschella	
Dinámica cooperativa centro-periferia y emergencia pandémica. Reflexiones de derecho comparado	43
ELEONORA CECCHERINI	

ARTÍCULOS

La “Ley justa”: en busca de una nueva antígona para la humanidad.....	71
LUIGI MOCCIA	
Imperios y Estados y las nuevas relaciones internacionales.....	85
STELIO MANGIAMELI	
Inteligencia artificial y fuentes del Derecho	135
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO	

PERFILES/NOTICIAS

La Constitución del algoritmo. Entrevista a Francisco Balaguer Callejón por Alberto Randazzo	173
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ALBERTO RANDAZZO	

TEXTOS CLÁSICOS

La contribución de la doctrina iuspublicista española al debate constitucional común europeo	195
PETER HÄBERLE	

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia europea en defensa de las garantías del procedimiento de protección internacional frente a la saturación de los sistemas nacionales	213
M.ª DOLORES REQUENA DE TORRE	

LEGISLACIÓN

Crónica de la Legislación Europea. Primer semestre de 2023.....	251
MARÍA LUISA BALAGUER	

FORO

El jurista europeo	267
IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	

NOTICIAS DE LIBROS

<i>L'orologio della guerra. Chi ha spento le luci della pace</i> , Antonio Cantaro, NTS Media, 2023, 212 páginas	279
MIGUEL J. ARJONA SÁNCHEZ	

<i>Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> , Augusto Aguilar Calahorro, CEPC, 2021, 294 páginas	285
PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS	

<i>El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto</i> , Calogero Pizzolo, Universidad Nacional de Córdoba, 2022, 365 páginas	295
ANDREA GARRIDO RAYA	

Revista electrónica. Guía de uso

Presentación



Si hubiera que caracterizar en dos palabras la temática que más atención pública ha concitado (sin perjuicio de la preocupación por la guerra de Ucrania) en los seis meses que han pasado desde la publicación del último número de la ReDCE, esas serían sin duda “Inteligencia Artificial”. El desarrollo de la IA generativa ha provocado una preocupación creciente en la opinión pública que está dando lugar a una sensación de alarma respecto de sus consecuencias futuras. Hay, desde luego, una gran cantidad de ruido que se está formando en torno a las nuevas aplicaciones. Se alzan voces en favor de una moratoria en las investigaciones que haga posible una reflexión colectiva, dificultada actualmente por la rapidez con la que se producen los nuevos adelantos tecnológicos. También, de manera paradójica, los propios impulsores de estos avances (como es el caso del ChatGPT) advierten sobre los riesgos y piden más regulación pública.

No cabe duda de que en todas estas manifestaciones y en el ruido que se está produciendo pueden estar presentes los intereses de grandes compañías tecnológicas que se han visto sorprendidas por estos nuevos ámbitos de negocio. Se trata de nuevas aplicaciones que ponen en peligro sus beneficios y quizás querían esas compañías que el desarrollo tecnológico se parara ahora, para no poner en riesgo la viabilidad económica de los monopolios que han generado. También hay que considerar los intereses de las que han desarrollado las nuevas aplicaciones de IA generativa y que posiblemente quieren adelantarse a la regulación pública para orientarla en beneficio de sus intereses y, eventualmente, poder consolidar posiciones de dominio o de monopolio en el futuro, en su área de actividad.

Sin embargo, una suspensión del desarrollo tecnológico en el contexto de la tercera globalización no podría estar garantizada por ninguna autoridad. Como mucho podría adoptarse en Estados Unidos y en la Unión Europea, dejando a China todo el campo libre no sólo para investigar sino también para decidir cómo con-

figurar el futuro de la Inteligencia Artificial. Si el desarrollo de la IA en contextos democráticos es ya problemático, dejarlo exclusivamente en las manos de un Estado como China potenciaría enormemente los riesgos. En todo caso, la propuesta de moratoria incurre en una confusión que siempre ha estado presente en el análisis de la sociedad tecnológica y de la nueva realidad virtual: la de atribuir al desarrollo tecnológico, cualquiera que sea su finalidad, una condición autónoma, como si los avances técnicos fueran neutrales y no el resultado de intereses económicos previos, que no siempre coinciden con los intereses públicos.

Lo anterior no obsta para reconocer que la IA generativa plantea problemas nuevos, no sólo por la dificultad para comprender el alcance de sus posibilidades y sus peligros actuales sino también por el avance tan acelerado que está teniendo y tendrá previsiblemente en el futuro. Frente a esto, suspender el desarrollo tecnológico no es viable, pero orientarlo a las necesidades de la sociedad sí. Dejarlo completamente en manos de compañías que tienen un interés puramente económico sin ningún control público ha demostrado ser un riesgo muy grande para los derechos fundamentales, la democracia y los principios y valores constitucionales. Cuando menos, las nuevas aplicaciones y sus variantes deberían estar sometidas a un análisis de impacto tecnológico similar a los de impacto ambiental o de género.

Teniendo en cuenta que las causas de los problemas que plantea el nuevo mundo virtual se sitúan más allá del Estado y de la constitución estatal, por depender de grandes compañías tecnológicas cuyo ámbito de actuación es global, la intervención de los grandes Estados y de las instituciones supranacionales sobre los efectos parece más viable. Desde esa perspectiva, la evaluación del impacto tecnológico de las aplicaciones y la certificación previa a su lanzamiento podría ser impulsada por esos Estados y por la Unión Europea, limitando el acceso a sus mercados de aquéllas que no tuvieran las condiciones de seguridad requeridas. La regulación pública es necesaria y no debe estar condicionada por las grandes compañías tecnológicas, ni favorecer sus intereses dificultando la libre competencia, tan escasa en este sector. Las líneas de actuación que se están planteando Estados Unidos, China y la Unión Europea reflejan la preocupación extendida sobre los riesgos de las aplicaciones de IA generativa.

El principal problema con que nos enfrentamos en relación con los posibles efectos disfuncionales de la IA generativa es que desconocemos cuáles pueden ser esos efectos. Estamos ante aplicaciones que se han puesto en el mercado sin que sus propios creadores sean conscientes de las consecuencias que puede causar su utilización (algo que seguramente está también en el origen del ruido que ellos mismos están generando, quizás para ocultar su responsabilidad). No obstante, en su con-

figuración actual, ya se pueden señalar algunas cuestiones que se pueden plantear y que tienen que ver con las preocupaciones indicadas por los expertos en relación con la posible difusión masiva de desinformación y la pérdida de la capacidad de sus usuarios de distinguir entre lo auténtico y lo falso. Los efectos potencialmente disfuncionales de la IA generativa van más allá de los procesos comunicativos y de la distorsión de la verdad y el aumento de la incertezza en el ámbito social y político, que ha sido el campo de actuación esencial de las redes sociales y de las aplicaciones desarrolladas por las compañías tecnológicas hasta ahora.

Por lo que a la Unión Europea se refiere, el esfuerzo regulador que está realizando es enorme y se manifiesta ya en dos normativas recientes como son el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) y el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

A ellos se une la normativa en curso de elaboración sobre la Inteligencia Artificial: la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Esta propuesta fue elaborada antes de que se produjeran los últimos desarrollos de la IA, pero la duración de su proceso de elaboración ha permitido que se incorporen algunas condiciones a la IA generativa, como la obligación de indicar que los contenidos producidos mediante aplicaciones tales como ChatGPT han sido generados a través de IA.

Es todavía muy pronto para valorar la eficacia de esta amplia normativa europea, tanto la ya aprobada como la que se está ultimando. Parece más fácil actualmente, con todo lo complicado que pueda ser, controlar la utilización de la IA y de los algoritmos que se ha hecho hasta ahora por parte de las compañías tecnológicas que las nuevas aplicaciones de Inteligencia Artificial generativa. Los problemas que se anuncian son enormes porque, en su formulación actual, un uso indebido generalizado de esas aplicaciones puede afectar a vertientes estructurales del sistema jurídico, de la investigación científica y de la actividad económica. De ahí la alarma que ha generado entre sus propios creadores, que quizás no pensaron en esos usos irresponsables o no llegaron a plantearse las consecuencias que podían tener. Esperemos que no sólo la Unión Europea sino también los otros agentes globales con capacidad reguladora hagan sus deberes y eviten esos efectos disfuncionales.

El número 39 de la ReDCE mantiene el título del número anterior, “Integración europea y descentralización territorial después de la pandemia” porque incorpora también, en su parte monográfica, ponencias del Seminario que celebramos en Granada el 29 de abril de 2022, con el mismo título, coordinado por Antonio Pérez Miras y Eloísa Pérez Conchillo. Como indicamos en el número 38, el seminario sirvió de marco a la Presentación del libro *Costituzione, Diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, a cura di Guerino D'Ignazio, Giovanni Moschella, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. En este número de la revista se recogen las tres últimas ponencias del Seminario. En primer lugar, la de Guerino D'Ignazio, “Autonomía, unidad y asimetría: el regionalismo italiano y el momento constitucional pandémico. Reflexiones comparadas”, en segundo lugar, la de Giovanni Moschella, “La perspectiva del reparto territorial del poder: las lecciones de la pandemia” y, en tercer lugar, la de Eleonora Ceccherini “Dinámicas cooperativas centro-periferia y emergencia pandémica. Reflexiones de derecho comparado”.

La Sección de artículos está encabezada por un texto de Luigi Moccia “La ley justa: en busca de una nueva Antígona para la humanidad”. Se trata de una reflexión profunda sobre la justicia y la paz que aporta una dimensión teórica y metodológica, a la vez que tiene en cuenta la actualidad del retroceso civilizatorio de la guerra de Ucrania. Le sigue un trabajo de Stelio Mangiameli sobre “Imperios y Estados y las nuevas relaciones internacionales” una temática que nos conduce también a la cuestión de la guerra de Ucrania a través de un análisis histórico muy fundamentado que permite aportar claves para comprender las relaciones internacionales de nuestro tiempo. En el último artículo de esta sección, “Inteligencia Artificial y fuentes del Derecho”, Juan Francisco Sánchez Barrilao, como especialista reconocido en ambas temáticas, aborda la cuestión esencial de la relación entre ellas, analizándola en toda su complejidad y en sus distintas vertientes posibles.

La sección de Perfiles incluye una entrevista que me ha realizado el Profesor de la Universidad de Mesina Alberto Randazzo con motivo de la publicación de mi libro *La constitución del algoritmo* por la Fundación Manuel Giménez Abad (2022). La entrevista en castellano se ha incorporado a la segunda edición del libro (2023) mientras que en su idioma original se ha publicado recientemente en Italia en la revista *Nomos* y en portugués en Brasil en la revista *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*.

La Sección de textos clásicos incorpora un nuevo texto de Peter Häberle, “La contribución de la doctrina iuspublicista española al debate constitucional común europeo” traducido del alemán por Pablo Meix Cereceda y dedicado inicialmente a un homenaje al ilustre constitucionalista español José Juan González Encinar. Un homenaje al que nos queremos sumar con su publicación en la ReDCE.

En la Sección de Jurisprudencia, el texto “La jurisprudencia europea en defensa de las garantías del procedimiento de protección internacional frente a la saturación de los sistemas nacionales”, de María Dolores Requena de Torre, plantea reformas que hagan posible una regulación europea que evite las lesiones a los derechos humanos provocadas por los Estados miembros. En la Sección de Legislación, María Luisa Balaguer incluye temáticas que están siendo objeto de atención por parte de la Unión Europea, como la Inteligencia Artificial, el cambio climático o la igualdad y no discriminación. En el Foro publicamos un texto de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, de clara inspiración häberiana “El jurista europeo”, una reflexión sobre la comunidad de los juristas en Europa y sobre la autonomía del derecho.

En las noticias de libros se incluyen tres recensiones. La que realiza Miguel Arjona Sánchez sobre el libro de Antonio Cantaro recientemente publicado en Italia: *L'orologio della guerra. Chi ha spento le luci della pace*, Antonio Cántaro, NTS Media, 2023, que nos muestra de nuevo como en Italia hay un proceso de reflexión muy profundo sobre la paz que se ha abierto con motivo de la guerra de Ucrania. La segunda, realizada por Pablo Cruz Mantilla de los Ríos sobre el libro de Augusto Aguilar *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2021. Se trata de una obra esencial que continua una línea de pensamiento muy fructífera del autor sobre el Derecho europeo desde una perspectiva constitucional. La tercera, de Andrea Garrido Raya, sobre el libro de Calogero Pizzolo, *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*, Universidad Nacional de Córdoba, 2022. Una obra inspiradora en la que su autor pone el acento, acertadamente, en la flexibilidad, el diálogo y la convergencia para la construcción de un sistema de protección multinivel armónico.

En el mes de enero falleció uno de los grandes juristas europeos, referente de varias generaciones de iuspublicistas, Klaus Stern. Su enorme aportación a la doctrina constitucional debe ser destacada. Una parte de su monumental obra sería traducida también al castellano y publicada por el CEPC. Como no podríamos expresar de mejor manera la dimensión de su persona y su obra, nos remitimos al recordatorio que le ha dedicado Antonio Jiménez-Blanco: <https://almacendederecho.org/klaus-stern-1932-2023>

También en enero se produjo el fallecimiento de Hermann-Josef Blanke, Catedrático de la Universidad de Erfurt y Catedrático Jean Monnet. Apenas unos meses antes había impartido un Seminario en Granada sobre “The European (Union's) Rule of Law and its Objectors: Observations on the Situation in Poland”. Era un europeísta convencido que tenía todavía mucho que aportar a la construcción de Europa.

En el apartado de agradecimientos tenemos que mencionar a Thomson Reuters y a la Fundación Peter Häberle. En el ámbito nacional hay que referirse al Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución”. En el ámbito europeo, a la Cátedra Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, al Proyecto Jean Monnet “The constitutional bases of Europe: building a *common European constitutional culture*” y a la Cátedra Jean Monnet “Integration of asylum-seekers and refugees in the European Unión”.

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

Estudios



AUTONOMÍA, UNIDAD Y ASIMETRÍA: EL REGIONALISMO ITALIANO Y EL MOMENTO CONSTITUCIONAL PANDÉMICO. REFLEXIONES COMPARADAS

Autonomy, unity and asimmetria: the italian regionalism and the pandemic constitucional moment. Comparative reflections

GUERINO D'IGNAZIO

Profesor Catedrático de Derecho Público Comparado

Universidad de la Calabria

Departamento de Ciencias Políticas y Sociales

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Emergencia sanitaria y fortalecimiento de la autonomía territorial
- III. Autonomía y derechos
- IV. El estado regional italiano frente a la pandemia
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis comparado de los federo-regionalismos europeos¹ ante la emergencia ocasionada por la pandemia, iniciada en Europa en los primeros meses de 2020,

1 Sobre los Estados compuestos, en general, cfr., *ex multis*, F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, 2017; A.M. RUSSO, «Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti», *DPCE online*, Sp - núm. 1, 2022; AA. VV. (Coord. R. AGRANOFF), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden Baden, Nomos, 1999; AA. VV. (Coord. G. D'IGNAZIO E A.M. RUSSO) «Asimmetrie e conflitti territoriali nel quadro dell'integrazione europea», número monográfico de *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2, 2018; AA. VV. (Coord. R. TONIATTI), *La*

pone de relieve que el delicado equilibrio entre demandas unitarias y autonomistas, sujetas fisiológicamente a continuos desplazamientos del centro de gravedad, ha sufrido oscilaciones considerables y predominantemente en dirección centrípeta.

La tendencia hacia una descentralización más intensa, que había caracterizado, de diversas formas, a los Estados europeos tanto en los años que precedieron a la crisis económica de 2008 como en los años que precedieron a la crisis de la pandemia, ha cambiado de signo, asumiendo una dirección diametralmente opuesta orientada hacia procesos de recentralización del Estado. Las medidas adoptadas en el marco de la crisis han incidido fuertemente en los niveles de autonomía y fortalecido las administraciones centrales de los estados compuestos europeos. Sin embargo, las tendencias centralizadoras, que son una constante en tiempos de crisis económica y social, no pueden leerse a través de la ecuación autonomía igual desigualdad o ineficiencia².

La fuerza de expansión del virus y el excepcional impacto en el sistema institucional han puesto a prueba aún más a los sistemas regionales y federales, los cuales, en su conjunto, han demostrado que no son los adecuados para enfrentar situaciones tan problemáticas y complejas. Los Estados compuestos, durante el período de la pandemia, continuaron mostrando ambigüedades y contradicciones. Por el contrario, la misma autonomía territorial ha sido identificada muchas veces como el principal factor de desorden normativo capaz de bloquear la cadena de mando entre los diferentes niveles de gobierno, tan importante en una situación de emergencia sanitaria.

En el marco constitucional y en el marco legislativo de emergencia, o del neo-derecho determinado por el virus³, se ha planteado la cuestión de la relación entre los Estados y las autonomías territoriales en la lucha contra el COVID-19, que una vez más se exponía a plantearse desde una visión coyuntural⁴ del principio constitucional de autonomía. Esta relación ha operado en el contexto de sistemas constitucionales que han permitido a los dos niveles de gobierno, estatal y sub-estatal, un margen de maniobra para diferenciarse en función de situaciones concretas.

Se ha percibido la necesidad de nuevos modelos y nuevas formas de articulación que permitan a los estados regionales y federales hacer de la articulación territorial de poderes un recurso y no un obstáculo para hacer frente a las emergencias. De hecho, el plura-

cultura dell'autonomia: le condizioni pre-giuridiche per un'efficace autonomia regionale, Trento, Univ. di Trento, 2018.

2 F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», *Osservatorio monetario*, núm. 2, 2021, p. 22.

3 Así definido por S. CASSESE, *Il Foglio*, 5/5/2020.

4 Cfr. A. MORELLI, «Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza», *Diritti regionali*, núm. 1, 2020, 531.

lismo territorial y la organización regional y local de la administración pública también pueden representar una ventaja en situaciones de emergencia, porque permite diferenciar y flexibilizar las intervenciones sobre territorios concretos en proporción al nivel de gravedad de la crisis, pero, al mismo tiempo, puede convertirse en un gran obstáculo para la eficacia de las intervenciones si surgen conflictos en las relaciones intergubernamentales y, por tanto, incertidumbre y desorden en las reglas a seguir y respetar.

II. EMERGENCIA SANITARIA Y FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA TERRITORIAL

Las dinámicas federo-regionales en Europa ponen de relieve que el análisis en torno a los Estados compuestos necesita una interpretación que no se detenga sólo en el dato normativo estático, sino que se extienda a la realidad constitucional viva respecto de la cual estos procesos pueden asumir la naturaleza de fenómenos dinámicos⁵. En este sentido, la teoría del proceso federalizador (*federalizing process*) de Friedreich⁶ encuentra una mayor confirmación en los procesos institucionales dentro de los estados regionales o federales, en los que se valoran principalmente los aspectos dinámicos de estos modelos estatales.

Para consolidar los procesos de fortalecimiento de la autonomía territorial, en algunos países europeos ha surgido una especial atención a los modelos asimétricos, que se caracterizan por ser aún más flexibles y dinámicos y que, sin imponer uniformidad, consiguen potenciar la diversidad territorial, garantizando y al mismo tiempo estabilizar la unidad y cohesionar el orden. Podemos comprender mejor la tendencia extendida en los últimos años en algunos ordenamientos de una transición desde un modelo tendente a la uniformidad hacia un modelo tendiente a la asimetría⁷, que no

5 V. C. MAINARDIS, «Uniformità teorica, differenziazione pratica: gli sviluppi del regionalismo italiano tra competenze e responsabilità», *Le Regioni*, núm. 5-6, 2016. El autor observa que «El punto de equilibrio entre los intereses nacionales y regionales no se define de una vez por todas, sino que debe poder redefinirse en el tiempo según las reglas de una democracia representativa que, al mismo tiempo, es también un Estado “compuesto”», p. 841.

6 Sobre esta teoría, cfr., entre las distintas obras, J. C. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Boston, 1968 y *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968.

7 Sobre los problemas del regionalismo y del federalismo asimétrico más allá de los Estados europeos, cfr. C.D. TARLTON, «Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation», *Journal of Politics*, núm. 4, 1965 y R. WATTS, «A Comparative Perspectives on Asymmetry in Federations», *Asymmetry Series*, núm. 4, 2005.

representa un elemento accidental, sino una «clave para una acomodación general de las diferencias»⁸.

Es la puesta en práctica del mismo principio de autonomía territorial lo que conduce inevitablemente a las diferenciaciones entre las instituciones territoriales. En particular, la descentralización asimétrica no es un fenómeno que se haya dado sólo en algunas experiencias específicas referidas a Estados individuales, sino que es una propensión generalizada en el panorama comparativo de los Estados compuestos europeos. Por otro lado, cabe destacar que el proceso de integración de la UE fue también uno de los factores que dieron cierto impulso al desarrollo de la dimensión asimétrica en las relaciones entre las unidades constitutivas de los ordenamientos jurídicos compuestos de los países europeos.

Si tras la crisis económica se ha producido una recuperación de los procesos de descentralización en clave asimétrica conectada, en algunos casos, con el incremento de los fenómenos secesionistas, es difícil predecir por el momento cómo será la normalización una vez superada la emergencia sanitaria, aunque es probable que vuelva a surgir el tema de acomodar la diversidad (*accommodating diversity*)⁹. Tras la crisis económica, la asimetría se basó en factores diferenciales tradicionalmente menos evidentes, como la denominada «capacidad institucional», entendida como un indicador de la preexistencia de una cultura de la autonomía a ejercer y desarrollar.

En retrospectiva, se puede destacar que con la crisis económica y financiera se perdió la oportunidad de consolidar lazos de cooperación y colaboración, la principal herramienta de los Estados compuestos de la UE para hacer frente a las situaciones de emergencia que se han producido. De hecho, en algunos Estados compuestos no hubo cambios significativos tras la crisis económica de 2008, por lo que los sistemas autonómicos y federales han afrontado la otra emergencia de este siglo sin haber aprendido la lección de la experiencia anterior.

Si es cierto que vivimos en una «sociedad global del riesgo»¹⁰, en la que nuestras sociedades están expuestas a diversos riesgos (sanitarios, financieros, económicos, medioambientales...) que afectan a nuestra seguridad y estabilidad, la lección que debemos sacar de la emergencia sanitaria en curso es que el correcto funcionamiento

8 En este sentido, cfr. A. MASTROMARINO, «Asimmetria, fiducia, integrazione», en AA. VV. (Coords. C. BARTOLINO, A. MORELLI Y G. SOBRINO), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Torino, núm. 17, 2020, p. 141.

9 AA. VV. (Coord. R. AGRANOFF), *Accommodating Diversity, cit.*

10 Cfr. J. YATES, «Paura e società del rischio Un'intervista a Ulrich Beck», *Lo Sguardo - Rivista di filosofia*, núm. 21, 2016.

de los Estados compuestos debe representar una fortaleza y un valor a preservar para poder hacer frente a los diversos riesgos que amenazarán nuestro horizonte también en el futuro, una vez superada la emergencia sanitaria.

III. AUTONOMÍA Y DERECHOS

La perspectiva comparada permite superar la trampa que traza una identificación automática de la diferenciación territorial con la diversidad y, en consecuencia, de la simetría como promotora de la igualdad, ya que en las dinámicas federales analizadas es aún más evidente que la prioridad es el mantenimiento del equilibrio entre diferenciación e igualdad¹¹.

También en este aspecto es importante la comparación con algunos ordenamientos jurídicos europeos por los numerosos asuntos de especial interés. De hecho, en estos ordenamientos jurídicos compuestos existen cláusulas que pretenden garantizar la igualdad de derechos (por ejemplo, los artículos 33 y 72 de la Constitución alemana tras las reformas de 2006 y los artículos 139.1 y 149.1 de la Constitución española)¹². En estos ordenamientos jurídicos, como en el italiano, el principio unitario se expresa a través de una base garantista tendente a la igualdad de derechos, que asegura la protección de la ciudadanía nacional¹³.

La potenciación de la autonomía implica también una reflexión sobre los «guardianes» del equilibrio entre estos principios o sobre las garantías para evitar que el desequilibrio entre los distintos territorios no sea tan excesivo como para poner en peligro la protección de algunos derechos sociales y, al mismo tiempo, también se pueda permitir un desarrollo del potencial inherente a las formas particulares de autonomía diferenciada.

También surge la necesidad de verificar si una autonomía territorial reforzada puede determinar una asimetría de ciudadanía y derechos fundamentales de las personas. Si es cierto que la autonomía no puede cuestionar el estatuto de la ciudadanía, también lo es que la uniformidad en las competencias de las instituciones territoriales no garantiza la absoluta homogeneidad de los resultados y, por tanto,

11 Sobre el tema, cfr. E. GROSSO, «Differenziazione e uguaglianza: un equilibrio difficile», en AA. VV. (Coords. C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Napoli, 2020.

12 Cfr. G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, p. 31 ss. y, para el ordenamiento español, M. MONTI, *Federalismo disintegrativo? Secessione e asimmetria in Italia e Spagna*, Turin, 2021, p. 80 ss.

13 Cfr. G. DELLEDONNE, *op. cit.*, p. 31 ss.

aun sin previsión de la asimetría, las distintas actuaciones de las instituciones territoriales, vinculadas al ejercicio de competencias en materias que atañen sobre todo a los derechos sociales, crean en sí mismas una diferenciación en la satisfacción de estos derechos.

La autonomía debe, por tanto, armonizarse con el sistema de protección de los derechos, en primer lugar, los derechos de igualdad y solidaridad, con los que potencialmente podría entrar en conflicto, teniendo en cuenta que los valores constitucionales exigen un mutuo acuerdo. La cuestión central, por lo tanto, puede buscarse en identificar un equilibrio entre unidad, igualdad y autonomía, que, sin debilitar las características positivas de estos principios, pueda determinar su armonización en el ordenamiento jurídico, más que considerarlos límites capaces de comprimir las potencialidades de unos y otros.

El análisis comparado revela que las dinámicas positivas de mayor equilibrio se obtienen en los casos en que los territorios son capaces de crear una red entre ellos, mientras que la competición tiende a beneficiar sólo a los territorios más fuertes.

Cuanto mayor es la predisposición cooperativa dentro de los ordenamientos jurídicos, más eficiente es la autonomía, mientras que, por el contrario, una autonomía fragmentada ha producido efectos negativos sobre el sistema¹⁴. Por tanto, cuando la autonomía se inspira en dinámicas individualistas, el ordenamiento jurídico corre el riesgo de perder su equilibrio, mientras que cuando prevalece una cultura de la autonomía¹⁵ la capacidad diferencial de los ordenamientos jurídicos aumenta la valorización de las diferencias, las cuales pueden ser llevadas a un marco cooperativo y de mayor eficacia del sistema global.

IV. EL ESTADO REGIONAL ITALIANO FRENTE A LA PANDEMIA

En el escenario de pandemia que ha condicionado los federo-regionalismos europeos el Estado regional italiano ha mostrado diversas ambigüedades y contradicciones.

La implementación de las políticas anti-coyunturales del presupuesto público en los años posteriores a la crisis económica de 2008 expuso el sistema de autonomías a fuertes riesgos de marginación, ya que las mismas autonomías eran muchas

14 F. PALERMO, «Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti», *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2, 2018, p. 271.

15 Para una lectura «jurídica» del concepto de «cultura de la autonomía», cfr. AA. VV. (Coord. R. TONIATTI), *La cultura dell'autonomia..., cit.*

veces consideradas como deseconomías a redimensionar¹⁶ para ahorrar recursos públicos, o fueron identificadas como los principales factores de desorden regulatorio entre los diferentes niveles de gobierno, tan importantes en una situación de crisis.

En el contexto global de la pandemia Italia se caracterizó por su propia especificidad: fue la primera democracia occidental afectada significativamente por el virus COVID-19. La precedencia temporal ha dado lugar a un «experimentalismo democrático sin precedentes»¹⁷ utilizado por otros países, no sólo europeos, como referencia para las medidas a adoptar. La fuerza del virus y su impacto extraordinario sobre el sistema institucional han socavado aún más el sistema regional italiano, que no es adecuado para abordar con eficacia una situación tan problemática y compleja.

El problema crucial en el período de emergencia es la visión principalmente coyuntural¹⁸ del principio constitucional de autonomía, que ha condicionado la relación entre el Estado y las Regiones.

Se ha sentido la necesidad de nuevos modelos y nuevas formas de conexión para lograr que la articulación territorial de poderes se convirtiese en un recurso y no en un obstáculo para hacer frente a la emergencia¹⁹.

En situaciones de emergencia, el Estado regional es funcional y eficaz en la medida en que permite adoptar soluciones más inmediatas y adecuadas desde abajo al tipo de riesgo concreto, desde la perspectiva del principio constitucional de subsidiariedad, que promueve la colaboración leal entre los distintos niveles de gobierno, pero también la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones y medidas administrativas.

La implementación más incisiva de la subsidiariedad, especialmente en la emergencia sanitaria, también podría favorecer una relectura del art. 32 de la Constitución italiana, que protege la salud no solo como un «derecho fundamental del individuo», sino también como un «interés colectivo». Esta reinterpretación podría fortalecer la responsabilidad que todo ciudadano tiene hacia la comunidad y potenciar los deberes del individuo para el mejor funcionamiento de los servicios de salud. El «derecho a la salud requiere, en cierto sentido, un deber de salud: el compromiso de sentirse bien se convierte en un requisito previo para la protección del

16 S. STAIANO, «Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema», *federalismi.it*, núm. 17, 2012.

17 Cfr. C. PINELLI, «Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni», *Amministrazione in Cammino*, abril 2020.

18 Cfr. A. MORELLI, «Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus», *cit.*

19 Cfr. M. BETZU, P. CIARLO, «Epidemia e differenziazione territoriale», *BioLaw Journal*, núm. 2, 2020, p. 4.

derecho a la salud de los demás y de todos»²⁰. Pero no solo eso, la responsabilidad individual podría conllevar su ejercicio en solidaridad con los demás ciudadanos, al mismo tiempo que promueve una mayor involucración de las instituciones, desde los niveles más bajos, los Municipios, hasta todos los niveles de gobierno, ciudades metropolitanas, provincias, regiones y Estado.

La relación entre el Estado y las Regiones se ha movido dentro de un marco constitucional que ha dejado margen de maniobra para diferenciarse en función de situaciones concretas. Pero el conflicto entre los dos niveles de gobierno se ha agudizado con la emisión de numerosos actos administrativos y de unas cuantas leyes, generando litigios resueltos, mayoritariamente, por la justicia administrativa y, en ocasiones, con la intervención del Tribunal Constitucional.

En concreto, entre las decisiones significativas de la Corte Constitucional en este período de emergencia por la pandemia, podemos destacar la sentencia núm. 37/2021, que afecta profundamente las relaciones entre el Estado y las Regiones pues supone una importante restricción de las competencias regionales²¹.

El alto Tribunal se pronunció sobre la Ley regional del Valle de Aosta n. 11, de 9 de diciembre de 2020, de Medidas para contener la propagación del virus SARS-COV-2 en las actividades sociales y económicas del Valle de Aosta en relación con el estado de alarma; esta Ley ya había sido suspendida como medida cautelar mediante el Auto n. 4/2021²². Por primera vez –desde su introducción mediante la Ley 131/2003²³– el Tribunal ha utilizado la facultad de suspender la

20 C. DEL BÒ, «Diritto alla salute e solidarietà», *Il Mulino*, 6 de abril de 2020.

21 En este sentido ver B. CARAVITA, «La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali», *federalismi.it*, núm. 11, 2021.

22 Sobre el Auto cfr. R. DICKMAN, «Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)», *federalismi.it*, núm. 4, 2021.

23 La Ley 131/2003, en su art. 9.4, modificó la legislación anterior e introdujo el incidente cautelar en el recurso directo entre el Estado y las Regiones. La disposición establece que «si la Corte estima que la ejecución del acto impugnado o de partes del mismo puede entrañar un riesgo de daño irreparable al interés público o al orden jurídico de la República, o el riesgo de daño grave e irreparable para los derechos de los ciudadanos» podrá suspender la ejecución de los actos sujetos a sentencia con auto motivado. Sobre los perfiles problemáticos de este poder, véase C. PINELLI, «Commento all'art. 9», en AA.VV., *Legge «La Loggia». Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, 180 ss. y E. LAMARQUE, «Commento all'art. 9», en *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge «La Loggia»*, en AA. VV. (Coord. P. CAVALERI y E. LAMARQUE), Torino, 2004, 230 ss.

entrada en vigor de una norma con rango de ley. La necesidad de suspender la Ley regional se vinculó a la emergencia sanitaria provocada por la pandemia y la razón explícita fue la necesidad de evitar un perjuicio grave e irreparable a los derechos de los ciudadanos²⁴.

Para dar una mayor efectividad a las intervenciones con la intención de contener la propagación del virus se consideró que la materia competencial «prevención de epidemias» (materia de competencia exclusiva del Estado *ex art. 117.2.q*) de la Constitución abarcaba el interés público para salvaguardar la salud de las personas, por lo que quedaba excluida la implicación de los legisladores autonómicos en las políticas públicas de lucha contra la pandemia²⁵, con lo que se evitaba posibles diversificaciones regionales. De esta forma, se quería evitar el riesgo de que las Regiones, incluso aquellas con especial autonomía, pudieran interferir legislativamente en el poder legislativo estatal²⁶.

La emergencia sanitaria hizo necesaria, según la Corte, la intervención exclusiva del legislador estatal, eliminando la posibilidad de producir normativas distintas o diferenciadas en los distintos territorios. Desde esta perspectiva, la Ley de la Región del Valle de Aosta habría invadido un área de competencia exclusiva del Estado como es la prevención de epidemias.

La propia prevención de epidemias se ha convertido así en una cláusula de supremacía implícita²⁷ que ha permitido al Estado regular el nivel de participación regional, minimizando la colaboración leal con el sistema regional. De hecho, este parece ser uno de los puntos más controvertidos de la sentencia, ya que se ha dejado

24 Auto de la Corte Constitucional núm. 4/2021.

25 En el Auto núm. 4/2021 la Corte Constitucional advierte que la Ley regional impugnada, superponiéndose a la legislación estatal, dictada en ejercicio de la referida competencia exclusiva, supone en sí misma el riesgo concreto y actual de que el contagio se acelere en intensidad, por el hecho de permitir medidas que pueden caracterizarse por un menor rigor; lo cual es independiente del contenido de las medidas efectivamente adoptadas. Por lo tanto, la acción estatal se justifica por el hecho de que los métodos de difusión del virus COVID-19 hacen que cualquier agravamiento del riesgo, incluso a nivel local, sea capaz de comprometer irreparablemente la salud de las personas y el interés público a una gestión unitaria de la pandemia a nivel nacional, que no es excluyente de diversidades regionales en el marco de una colaboración leal.

26 Sentencia Corte Constitucional 37/2021, FJ 12.

27 Cfr., M. MEZZANOTTE, «Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali», *Consulta online*, núm. 1, 2021, 335 ss., que se refiere a la «teoría de los poderes implícitos» en la lectura de la ampliación de los poderes del Estado en situaciones de emergencia, recordando la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982.

a criterio del legislador estatal poner en marcha o no una vía de leal colaboración con el sistema autonómico²⁸.

Con esta sentencia el Juez constitucional ha tomado el camino más fácil de la imperante aplicación de la prevención de epidemias al respecto de la que «en definitiva, no puede haber lugar para la adaptación de la legislación estatal a la realidad regional, que no ha sido previamente establecida por la legislación estatal»²⁹.

Por tanto, la Corte utilizó la prevención de epidemias como un «“bazooka” en manos del poder central»³⁰, para marginar a las Regiones en el proceso de contención del contagio, en caso de epidemias de dimensiones globales. La Corte señala así que es lícito abandonar el principio de colaboración leal en situaciones de grave crisis³¹.

Uno de los principales problemas que plantea la posible diferenciación del ordenamiento territorial sigue siendo la armonización con la protección de los derechos de igualdad y solidaridad, con los que potencialmente podría entrar en conflicto, teniendo en cuenta que los valores constitucionales forman un sistema y «todos participan en un juego que no cesa nunca y en el que se buscan las formas más congruentes de entendimiento mutuo»³². El equilibrio entre igualdad, unidad y autonomía debe determinar su armonización en el ordenamiento jurídico, en lugar de considerarlos como límites que pueden comprimir las potencialidades de unos y otros³³.

La armonización de la autonomía con todo el sistema de principios constitucionales sirve para evitar caer en un regionalismo funcionalista, que termina aislando las necesidades provenientes de las comunidades regionales en el territorio y se centra principalmente en las respuestas que se deben dar a las necesida-

28 Cfr. G. D'IGNAZIO y A.M. RUSSO, «I 'primi' 50 anni delle regioni nella crisi pandemica Sars-cov2: Verso un regionalismo dell'emergenza?», en AA. VV. (Coord. R. TONIATTI), *Le relazioni fra autonomie speciali e regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, Trento, p. 151.

29 Sentencia Corte Constitucional núm. 37/2021, FJ 12.

30 Cfr. D. MORANA, «Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021», *Forum di Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2021, 13 y L. CUOCOLO, F. GALLARATI, «La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale», *Corti supreme e salute*, núm. 1, 2021, p. 17.

31 Cfr. L. CUOCOLO y F. GALLARATI, «La Corte difende la gestione unitaria», cit., p. 18.

32 Cfr. A. RUGGERI, «Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali», *federalismi.it*, 25 de octubre de 2002, p. 3.

33 *Ibidem*, p. 6.

des locales, perdiendo de vista la recomposición de los valores globales del orden constitucional.

Las garantías de la protección de algunos derechos sociales sólo pueden encarnarse a la intervención del Estado, que por tanto debe convertirse a la vez en sujeto que permite la diferenciación y en garante para que no se cree una desigualdad excesiva en el nivel de ejecución de los derechos entre los ciudadanos de los distintos territorios, de forma que no se socave el principio de igualdad sustancial.

En este contexto, surge nuevamente la cuestión esencial real de la autonomía territorial, es decir, identificar el nivel de homogeneidad o diferenciación sostenible³⁴, para «garantizar la unidad de un orden territorialmente plural»³⁵.

V. CONCLUSIONES

Al final de la emergencia pandémica, los federo-regionalismos europeos pueden encontrarse ante una nueva alternativa: puede comenzar un nuevo momento constitucional, en referencia a la teoría de Ackerman³⁶, o puede ser posible presenciar el habitual y repetido movimiento del péndulo entre centralización y descentralización.

En conclusión, el problema primario de los Estados compuestos, es decir, la búsqueda de un punto de equilibrio entre la unidad y la autonomía, entre los instrumentos para la protección de unas necesidades unitarias fundamentales y la potenciación de las directrices autónomas de los poderes públicos de las instituciones territoriales, se vuelve particularmente relevante en las fases de crisis y emergencia, pues generalmente presenta tendencias orientadas a una centralización de la producción normativa y de gestión. Si consideramos un riesgo el hecho de que los procesos federo-regionales y la autonomía producen reglas diferentes y que estas reglas diferentes son, por su propia naturaleza, incorrectas³⁷, estaríamos negando la importante función que juega el pluralismo también en la dimensión territorial.

Como muestran las situaciones de crisis –y, sobre todo, la emergencia pandémica–, la «ventaja de los sistemas compuestos» consiste precisamente en la «posibilidad

34 Sobre el concepto de «diversidad sostenible» véase P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014, p. 368.

35 Véase A.M. RUSSO, «Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: la «clausola asimmetrica» tra integrazione e conflitti», *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2, 2018, p. 366.

36 Cfr. B. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Cambridge, Massachusetts, 1991, p. 3.

37 En este sentido F. PALERMO, «Il federalismo in emergenza?», *cit.*, p. 29.

de centralizar y diferenciar según las necesidades» a través de procedimientos y herramientas capaces de garantizar estos procesos³⁸.

Si realmente queremos que las emergencias puedan representar una oportunidad y convertirse en un momento constituyente, es necesario que los procesos de cambio necesarios en los Estados compuestos puedan ir en la dirección de potenciar la cultura de la autonomía y de «revitalizar el circuito de la participación a través de un proceso de redescubrimiento del vínculo institución-ciudadano»³⁹.

Resumen

La pandemia ha puesto de relieve el delicado equilibrio entre demandas unitarias y autonomistas. En estas páginas se revisa la tendencia hacia una descentralización más intensa, ya iniciada con la crisis de 2008. Las medidas adoptadas en el marco de la crisis han incidido fuertemente en los niveles de autonomía y fortalecido las administraciones centrales de los estados compuestos europeos. La misma autonomía territorial ha sido identificada muchas veces como el principal factor de desorden normativo capaz de bloquear la cadena de mando entre los diferentes niveles de gobierno, tan importante en una situación de emergencia sanitaria. Por todo ello, se ha percibido la necesidad de nuevos modelos y nuevas formas de articulación que permitan a los estados regionales y federales hacer de la articulación territorial de poderes un recurso y no un obstáculo para hacer frente a las emergencias.

Palabras clave

Pandemia, autonomía, regionalismo, centralización.

Abstract

The pandemic has highlighted the delicate balance between unitary and autonomist demands. These pages review the trend towards more intense decentralization, already started with the 2008 crisis. The measures adopted within the framework of the crisis have strongly affected the levels of autonomy and strengthened the central administrations of the European composite states. Territorial autonomy itself has been identified many times as the main factor of regulatory disorder capable of blocking the chain of command between the different levels of government, so important in a health emergency situation. For all these reasons, the need has been perceived for new models and new forms of articulation that allow regional and federal states to make the territorial articulation of powers a resource and not an obstacle to deal with emergencies.

Keywords

Pandemic, autonomy, regionalism, centralization.

Recibido: 10 de mayo de 2023

Aceptado: 24 de mayo de 2023

38 *Ibidem*, p. 29.

39 Véase A. MASTROMARINO, «Asimmetria, fiducia, integrazione», *cit.*, p. 145.

LA PERSPECTIVA DE LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER: LA LECCIÓN DE LA PANDEMIA*

**The perspective of the territorial distribution of power:
the lesson of the pandemic**

GIOVANNI MOSCHELLA

Profesor Catedrático de Instituciones de Derecho Público

Universidad de Mesina

Departamento de Ciencias Políticas y Jurídicas

SUMARIO:

- I. Prólogo.
- II. Neorregionalismo inacabado.
- III. Especialidad y diferenciación: ¿qué perspectivas?
- IV. Por un proceso de redistribución de la especialidad.

I. PRÓLOGO

La crisis provocada por el COVID-19, además de haber producido efectos devastadores a nivel sanitario, económico y social en todo el mundo, ha desencadenado una serie de profundos cambios no solo a nivel de las relaciones internacionales, sino también a nivel de la organización constitucional/institucional de los distintos Estados. En un plano más estrictamente institucional, e incluso si limitamos nuestra reflexión al «caso italiano», podemos ver cómo la emergencia sanitaria ha debilitado indudablemente el papel central del Parlamento, lo que ha ido acompañado de una importante concentración de poder en manos del Ejecutivo (y, en particular, en manos del Primer Ministro), ejercida sobre todo a través de la adopción de medidas extraordinarias por parte del Gobierno, ciertamente dirigidas a hacer frente a una situación muy grave de necesidad y urgencia que, sin embargo, afectaba profundamente a la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, desde la libertad

* Traducido del italiano por Miguel J. Arjona Sánchez.

de circulación hasta la de reunión¹. Lo que se discute aquí no es la idoneidad de las medidas del Ejecutivo destinadas a garantizar, aunque sea de forma efectiva, la protección de un derecho fundamental primario como es el de la salud, sino la legitimidad de utilizar instrumentos, como el Decreto del Presidente del Gobierno, que no están sujetos a ningún control, ni siquiera posterior, por parte del Parlamento²,

1 Véase G. SILVESTRI *Costituzione e COVID 19*, *unicost.eu*, abril de 2020: «nessuna legge autorizzativa potrà mai consentire ad una Regione (a fortiori ad un ente locale) di emanare norme che impediscono o ostacolino la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, in palese dispregio del primo comma del citato art. 120 della Cost., come purtroppo in qualche caso si sta verificando. Un blocco di transito da una Regione ad un'altra ha una rilevanza nazionale per diretto dettato costituzionale. Sempre e comunque è necessario un provvedimento statale. La Repubblica «una e indivisibile» (art. 5 Cost.) non può tollerare che parti del territorio e della popolazione nazionali si pongano in contrapposizione tra loro. Vi osta, oltre che il principio di unità nazionale, anche il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), inconciliabile con qualunque chiusura egoistica o particolaristica. Chiudere si può e si deve, se la situazione concreta lo impone, ma solo se si valuta l'impatto nazionale di provvedimenti così incisivi su principi supremi (unità e solidarietà), dai quali dipende l'esistenza stessa della Repubblica democratica». [«ninguna ley de autorización permitirá jamás a una Región (a fortiori una entidad local) promulgar normas que impidan o dificulten la libre circulación de personas y cosas entre Regiones, en flagrante desconocimiento del primer párrafo del citado art. 120 de la Constitución, como lamentablemente está ocurriendo en algunos casos. El bloqueo del tránsito de una Región a otra tiene una relevancia nacional por dictado constitucional directo. Una medida estatal es siempre y en todo caso necesaria. La República “una e indivisible” (artículo 5 de la Constitución) no puede tolerar que partes del territorio nacional y de la población se opongan entre sí. Lo impide no solo el principio de unidad nacional, sino también el principio de solidaridad (art. 2 Const.), que es irreconciliable con cualquier cierre egoísta o particularista. El cierre puede y debe, si la situación concreta lo requiere, pero solo si se evalúa el impacto nacional de tales medidas incisivas sobre los principios supremos (unidad y solidaridad), de los que depende la existencia misma de la República democrática» (Traducción nuestra)].

2 Cf. G. SILVESTRI, *Costituzione e COVID 19*, *cit.*, según el cual «oggi più che mai è necessario riaffermare, senza tentennamenti, che qualunque limitazione di diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o disciplina restrittiva della generale libertà dei comportamenti – anche sotto forma di istituzione o ampliamento di doveri – deve trovare il suo presupposto in una statuizione di rango legislativo – legge formale o atto con forza di legge – perché, in un modo o nell'altro, la limitazione stessa possa essere assoggettata al vaglio del Parlamento. L'assolutezza o relatività delle varie riserve di legge previste in Costituzione è rimessa alla valutazione degli organi costituzionali politici e di garanzia nei casi concreti. Resta fuori dal quadro costituzionale, in ogni caso, la rimozione in blocco del controllo parlamentare e, di conseguenza, del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Ne deriva che, nelle ipotesi di emergenza, lo strumento, non surrogabile, da utilizzare per interventi immediati, è il decreto-legge, art. 77 Cost». [«hoy más que nunca es necesario reafirmar, sin vacilaciones, que toda

aunque la Corte Constitucional, en la sentencia núm. 198/21, haya descartado sin embargo su ilegitimidad constitucional. Además, sobre la base de este modelo, se ha producido una cascada de medidas dictadas por los presidentes regionales y los alcaldes, a menudo con una total falta de poder y oportunamente anuladas por los prefectos y los órganos de justicia administrativa. El estado de conflicto permanente entre el Estado y las Regiones, que ha caracterizado la fase de la emergencia sanitaria, conduce, por tanto, a una nueva reflexión que se refiere, por un lado, al sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Regiones y, por otro, a las perspectivas del actual bicameralismo perfecto. No se puede dejar de recordar, a este respecto, cómo solo a finales de 2019 el debate parlamentario-político en Italia fue absorbido casi totalmente por la cuestión del regionalismo diferenciado, y que el Gobierno había emitido un proyecto de ley marco (D.L. Boccia) que desarrollaba el artículo 116 de la Constitución, y que contenía los principios para la atribución a las Regiones de formas y condiciones particulares de autonomía³. Inevitablemente, en el espacio de unos meses, el escenario político-institucional ha cambiado por completo, pero llama la atención cómo las tres regiones que más habían insistido en aumentar los ámbitos de su competencia en virtud del artículo 116 de la Constitución (Véneto, Lombardía y Emilia Romagna) se encuentran entre las que más se han visto afectadas por la emergencia sanitaria vinculada al virus COVID-19⁴, especialmente en

limitación de los derechos fundamentales sancionada por la Constitución o disciplina restrictiva de la libertad general de conducta –incluso en forma de institución o de ampliación de los deberes– debe encontrar su requisito previo en un estatuto legislativo –ley formal o acto con fuerza de ley– para que, de un modo u otro, la propia limitación pueda someterse al control del Parlamento. La absolutización o relatividad de las distintas reservas estatutarias previstas en la Constitución se deja a la apreciación de los órganos políticos y de garantía constitucionales en los casos concretos. La supresión en bloque del control parlamentario y, en consecuencia, del Presidente de la República y del Tribunal Constitucional queda fuera del marco constitucional. De ello se desprende que, en hipótesis de emergencia, el instrumento, no sustituible, a utilizar para la intervención inmediata, es el decreto-ley, art. 77 Const.».

(Traducción nuestra).

³ Cf. G. FALCON, «Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale», *Le Regioni*, núm. 4, 2017, pp. 625 ss.; O. CHESSA, «Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonistico», *Astrid Rassegna*, núm. 14, 2017; M. CAMMELLI, «Regionalismo differenziato oggi: risultati incerti, rischi sicuri», *Astrid Rassegna*, núm. 10, 2018; C. TUBERTINI, «La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione», *federalismi.it*, núm. 18, 2018, p. 5; G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE (eds.), *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, Nápoles, 2022.

⁴ Como señala BUZZACCHI Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide

aquellos ámbitos como la sanidad y la educación, que más deberían haber matizado su proceso de diferenciación⁵.

Las políticas de lucha contra la pandemia, en primer lugar, a nivel sociosanitario, pero también en relación con la programación y gestión de los fondos Next Generation EU, han vuelto a poner en el centro de la reflexión de la doctrina la cuestión del reparto de competencias entre las autoridades estatales y territoriales. La pandemia de COVID-19 ejerció presión sobre la red de servicios sociales y sanitarios, que se vieron expuestos a una onda expansiva imprevista, pero no imprevisible, que hizo estallar la demanda de tales servicios. Sin embargo, ningún gobierno había tomado precauciones para garantizar el futuro bienestar de la población. Por el contrario, a pesar de que la sanidad es uno de los ámbitos en los que la «interdependencia sistémica» es especialmente manifiesta, los sistemas nacionales de salud (NHS) han sido objeto de continuos recortes de recursos en las últimas décadas. En los países con sistemas sanitarios «mixtos» (públicos y privados), la contracción del gasto público impuesta por la austeridad ha afectado más a la asistencia sanitaria. Cuanto más se compone la población de personas con un alto riesgo de enfermedad, y cuanto más desean las clases más ricas abandonar el SSN⁶ para asegurar su salud en el mercado, menos se financia el sistema públi-

con la zona “gialla”, *lacostituzione.info*, 2 marzo 2020, que Lombardía, Véneto y Emilia Romagna «stanno fronteggiando una situazione del tutto anomala per via di una epidemia, che richiede uno sforzo eccezionale per gli apparati istituzionali e amministrativi dei sistemi-Regione e del sistema-Paese, e tale straordinarietà della situazione ha delle evidenti e significative implicazioni sul piano delle competenze. Tali implicazioni appaiono in una luce ancora più paradossale se si considera che si tratta di quei territori che hanno dato un’interpretazione ‘estrema’ alla previsione costituzionale relativa al ‘regionalismo differenziato’, posto che le suddette Regioni, nelle varie proposte di differenziazione che hanno avanzato, hanno ritenuto di poter assumere larga parte o interamente le competenze di natura concorrente dell’art. 117 Cost., co. 3» [«se enfrentan a una situación completamente anómala debido a una epidemia, que requiere un esfuerzo excepcional para los aparatos institucionales y administrativos del sistema-Región y del sistema-País, y esta extraordinariedad de la situación tiene implicaciones evidentes y significativas a nivel de competencias. Estas implicaciones aparecen bajo una luz aún más paradójica si consideramos que se trata de aquellos territorios que han hecho una interpretación “extrema” de la disposición constitucional relativa al “regionalismo diferenciado”, dado que las citadas Regiones, en las distintas propuestas de diferenciación que han presentado, han considerado que pueden asumir gran parte o la totalidad de las competencias de carácter concurrente del artículo 117, apartado 3, de la Constitución» (la traducción es nuestra)].

5 Véase R. BALDUZZI, D. SERVETTI, «Regionalismo differenziato e materia sanitaria», *Rivista AIC*, núm. 2, 2019.

6 Servizio sanitario nazionale o Servicio Nacional de Salud (Nota del traductor).

co de mutualidades de riesgo, que penaliza, en primer lugar, la protección de las capas sociales más débiles.

Lo que hemos vivido –y lo que seguimos viviendo– ha puesto de manifiesto la fragilidad del *Welfare*, especialmente en el sistema italiano y, al mismo tiempo, ha puesto de relieve su función social como guardián de derechos fundamentales como la salud y como garantía del bienestar colectivo de la comunidad.

En este nuevo contexto cultural y organizativo, es la competencia entre operadores la que garantiza la consecución de la eficiencia del sistema sanitario, favoreciendo la concentración de personal, estructuras e inversiones tecnológicas en las actividades destinadas a abordar las patologías más costosas y la creación de polos de excelencia altamente especializados, que operan en competencia entre sí, descuidando las necesidades de tratamiento menos baratos y realizando una inversión limitada en la medicina local. La adopción decidida de un enfoque centrado en la lógica del mercado, en los servicios individuales y en su coste, ha conducido también a una reducción de la inversión en la integración sociosanitaria, que, en Lombardía, por ejemplo, ha resultado especialmente deficiente. A pesar de que la sanidad privada goza de fama de alcanzar niveles de excelencia y de contar con una elevada dotación financiera y un alto nivel de eficiencia técnica y económica, el modelo sanitario de las regiones en las que ha prevalecido el sistema privado ha sido de los peores a nivel mundial en cuanto a la eficacia de la respuesta ofrecida, especialmente en la primera oleada pandémica. Las diferentes tendencias de disminución del número de camas hospitalarias en los distintos países están en consonancia con el impacto que tuvo COVID-19 en la morbilidad de las poblaciones. Alemania y Francia, los países con sistemas sanitarios predominantemente públicos, han demostrado una mayor eficacia en la lucha contra la propagación de la infección. Suecia, que es ejemplo de lo mucho que ha afectado la austeridad, al obligar a los gobiernos a reforzar la «selectividad» del universalismo y a restringir las políticas sociales, ha experimentado la mayor reducción del número de camas hospitalarias. La tendencia a la disminución continua de las plazas de cama la han seguido los Países Bajos, cuya asistencia social lleva algún tiempo disminuyendo. En los dos mayores países anglosajones, las plazas de cama también se han reducido mucho. Los recortes en la atención sanitaria ayudan a explicar por qué estos países han decidido favorecer el recurso improvisado de la «inmunidad de rebaño» en lugar del bloqueo, para ceder a la necesidad de frenar de algún modo el crecimiento de los contagios. A pesar de su dramatismo, la lección que hay que aprender de la pandemia del COVID-19 es la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de transferir competencias que «en las fases ordinarias de la vida de

la República, pueden tener tales características que puede considerarse indiferente que sean ejercidas por el Estado o las Regiones...», pero que, «en fases extraordinarias, como la actual, revelan una serie de especificidades críticas cuya solución parece difícil si se pide que lo haga solo la Región, y que, en cambio, solo pueden solventarse si se involucra también el nivel nacional»⁷. Como se ha argumentado con autoridad, para la competencia sobre determinadas materias de especial valor social, como la sanidad, debería preverse una función de coordinación unitaria del Estado central, proporcionando, no necesariamente mediante una ley de rango constitucional, una disciplina que defina clara y orgánicamente las competencias de los distintos niveles institucionales en situaciones de emergencia⁸. Manteniéndonos en el ámbito de la relación entre el Estado y las Regiones, pero con vistas a la transformación del actual sistema parlamentario bicameral de tipo igualitario, en nada afectado por la revisión producida por la Ley Constitucional núm. 1/2020 sobre la reducción del número de parlamentarios, más que por la lógica de la diferenciación o incluso de la oposición en cuanto a la distribución de competencias entre las distintas entidades territoriales, sería deseable retomar los hilos del debate sobre la revisión del actual modelo de bicameralismo perfecto⁹. En particular, aunque a lo largo de los años no han faltado ciertamente propuestas de revisión de la Constitución con el fin de introducir en el ordenamiento jurídico italiano formas asimétricas de bicameralismo, atribuyendo a la segunda Cámara un papel de representación de las diversas instancias territoriales y su conexión con las exigencias unitarias del Estado central, para transformar el Parlamento en el *locus* de la forma de Estado y de gobierno, estas reformas nunca se han completado. Independientemente de que el fracaso de estas propuestas sea atribuible a las divisiones entre las fuerzas políticas, o –como en el caso más reciente de la reforma Boschi-Renzi– a una valoración negativa del cuerpo electoral en el referéndum constitucional, hay que destacar que la disposición de crear una Cámara de las Regiones y de las Entidades Territoriales podría contribuir a amortiguar la tensión institucional que surgió en toda su gravedad durante la fase de emergencia sanitaria y, al mismo tiempo, podría «contrarrestar, a través de los instrumentos del regionalismo cooperativo, la elección hecha a favor de la diferenciación»¹⁰ y facilitar, de este

7 R. BALDUZZI, D. SERVETTI, «Regionalismo differenziato e materia sanitaria», *cit.*

8 G. SILVESTRICostituzione e COVID 19», *cit.*

9 M.G. RODOMONTE, «Il Parlamento che ci è e il Parlamento che dovrebbe esserci: riflessioni su autonomia differenziata e ruolo delle Camere», *Diritti regionali*, núm. 1, 2020.

10 *Ibid.*

modo, la participación de las autonomías territoriales en los procesos de decisión centrales¹¹. La tendencia a la reasignación de las competencias legislativas a favor del Estado, consolidada sobre todo gracias a la jurisprudencia constitucional que ha visto al Tribunal desempeñar un papel decisivo en la interpretación y aplicación del reparto de las competencias legislativas, también mediante el uso original de fórmulas definitorias de nuevas categorías interpretativas, como las «materias no temáticas» o las «materias transversales» (nociónes que, más que circunscribir el objeto de la competencia, servían para identificar su finalidad), ha dado lugar a una constante contestación de la dirección política central por parte de las regiones, en particular las de signo político diferente al de la mayoría gubernamental nacional¹². Por otra parte, hay que señalar que los actuales instrumentos institucionales de enlace han demostrado ser totalmente inadecuados. Así, por ejemplo, la Conferencia Estado-Regiones, aunque ha adquirido un papel más importante, no puede decirse que sea, ni que haya podido ser, una cámara de compensación de los conflictos entre el Estado y las colectividades territoriales, sustrayendo, por su carácter gubernamental, «las decisiones y las evaluaciones a los posibles titulares del poder normativo» sin que por ello, el desapoderamiento de las asambleas legislativas se traduzca en «un mayor peso de las Regiones en el Estado»¹³. Por estas razones, con una visión sistémica y también a la luz de las dificultades surgidas durante la emergencia sanitaria provocada por el virus COVID-19, es inaplazable un proceso serio de reflexión para abordar lo que ha resultado ser el eslabón que

11 A. M. POGGILe Regioni speciali nel contesto dell'attuale disegno di revisione costituzionale», *Il Piemonte delle Autonomie.it*, núm. 3, 2015. Véase también E. GROSSO, A.M. POGGI, «Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici», *Il Piemonte delle Autonomie*, núm. 2, 2018.

12 Véase O. CHESSAII regionalismo differenziato e la crisi del principio autonistico», *diritto@storia*, núm. 15, 2017.

13 Cfr. sobre este punto S. MANGIAMELI «Senato federale nella prospettiva italiana», *Rassegna Parlamentare*, núm. 1, 2010, p. 177, según el cual, de hecho, «le Regioni non possono comunque conquistare con il sistema delle Conferenze un effettivo peso maggiore nella determinazione dei contenuti degli atti normativi che il Governo adotta o che sottopone all'esame del Parlamento, soprattutto se la partecipazione dei presidenti delle Giunte regionali è susseguita a deroghe apportate al riparto delle competenze o ha incidenze su questo» («las Regiones no pueden en ningún caso, a través del sistema de conferencias, obtener un mayor peso efectivo en la determinación del contenido de los actos legislativos que el Gobierno adopta o somete a control parlamentario, especialmente si la participación de los presidentes de los consejos regionales obedece a excepciones hechas al reparto de competencias o afecta a éste»).

faltaba en la reforma del Título V de la Constitución, es decir, la superación del actual sistema bicameral y el establecimiento de un Senado representativo de las entidades territoriales, que se reconozca como el principal vínculo entre el Estado central, las Regiones y las demás entidades locales.

II. NEORREGIONALISMO INACABADO

Aunque no es posible proceder aquí a un examen detallado de los distintos perfiles mencionados, parecen necesarias algunas reflexiones, también porque, por las razones ya expuestas, el modelo esbozado por la reforma de 2001 presenta, por un lado, elementos de incoherencia, cuando no de contradicción, y, por otro, no parece capaz de resolver definitivamente y con soluciones convincentes «el nudo de la configuración global de la relación entre Estado y Regiones, no abarcando claramente la opción “garantista” o, por el contrario, la opción “cooperativa” entre el centro y las autonomías»¹⁴.

Además, la presencia de una Cámara de las Regiones garantiza un *locus* seguro de confrontación y conexión institucional que se ha echado mucho de menos en la experiencia regionalista italiana.

Sin embargo, como la historia de la gestión de la emergencia sanitaria durante la pandemia ha revelado aún más, el aspecto más relevante, pero también el más controvertido a efectos de la configuración de la forma de Estado, se refiere a los límites de la competencia de las Regiones y otras autoridades territoriales para regular la esfera de los derechos sociales y los derechos fundamentales. Por lo demás, en estas materias, las principales experiencias constitucionales, tanto de tipo federal como regional, excluyen la competencia de las distintas entidades territoriales para garantizar a todos los ciudadanos, independientemente de su adscripción territorial, la igualdad de condiciones de vida.

En esta clave interpretativa, el principio de igualdad viene a configurarse, en el contexto del Estado democrático, como un límite a la articulación autonómica, concretándose en un límite constitucional infranqueable respecto a cualquier desigualdad de hecho originada por la pertenencia territorial.

Si es cierto –como se ha señalado– que «las formas territoriales de poder conocen el límite inquebrantable del respeto de los principios y de la garantía de los

¹⁴ Así, A. RUGGERI, P. NICOSIA, «Verso quale regionalismo? (Note sparse al progetto di revisione costituzionale approvato, in prima lettura, dalle Camere nel settembre ottobre 2000)», *Rassegna Parlamentare*, núm. 1, 2001, pp. 89 ss.

derechos fundamentales»¹⁵, esta interpretación, apoyada también en la experiencia italiana por la jurisprudencia constitucional más reciente, parece, por tanto, dar una respuesta clara al problema de la identificación, incluso en una forma neorregional de Estado, del garante de la efectividad de los derechos sociales.

Desde este punto de vista, parecen compatibles, por tanto, las preocupaciones expuestas por la parte de la doctrina más crítica con el modelo de distribución del poder en el Estado surgido de la reforma constitucional del Título V¹⁶, respecto a la previsión de reservar al Estado «los niveles esenciales de los servicios relativos a los derechos civiles y sociales que deben garantizarse en el territorio nacional», como si la afirmación del principio de igualdad en una forma de Estado democrática y social solo debiera referirse a un umbral mínimo, a partir del cual las desigualdades entre los ciudadanos por razón de su diferente adscripción territorial son legítimas¹⁷.

III. ESPECIALIDAD Y DIFERENCIACIÓN: ¿QUÉ PERSPECTIVAS?

El modelo de regionalismo dual que ha caracterizado la experiencia constitucional italiana requiere, a la luz de la institución de la «categoría constitucional» de las Regiones diferenciadas en virtud del último párrafo del artículo 116 de la Constitución, una cuidadosa reflexión dirigida a verificar, por un lado, la pertinencia de mantener esta dualidad, que ha sido cuestionada por muchos¹⁸, y, por otro, el nivel real de diferenciación a nivel institucional, pero sobre todo funcional, entre las Regiones especiales y las Regiones del estatuto ordinario¹⁹.

De hecho, esta distinción, debido a la evolución institucional configurada tras la revisión del Título V y, en la fase más reciente, al proceso –aunque inacabado– de

15 Véase S. GAMBINO, «I diritti sociali e la riforma federale», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2001.

16 Véase G.U. RESCIGNO «La riforma da reforma», *La Rivista del Manifesto*, núm. 16, 2001, p.16.

17 S. GAMBINO, «Regionalismo (differenziato) e diritti. Appunti a rilettura del novellato titolo V Cost, fra unità repubblicana, principio di egualanza ed esigenze», *Astrid online*, núm. 5, 2019. Véase también CITRIGNOLA dimensione regionale dei diritti sociali nella prospettiva del regionalismo differenziato», *Diritti fondamentali.it*, fasc. 1, 2020.

18 M. LUCIANI, «Le Regioni a statuto speciale nella trasformazione del regionalismo italiano (con alcune considerazioni sulle proposte di revisione dello Statuto della Regione Trentino Alto Adige)», *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, p. 220.

19 Más recientemente sobre el tema, véase C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO-*Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive* Torino, 2020.

diferenciación por parte de algunas Regiones ordinarias, parece haber perdido su razón de ser. El texto de la Ley Constitucional núm. 3/01, en sus disposiciones transitorias, art. 10, establece que

«hasta la adaptación de sus respectivos estatutos, las disposiciones de esta ley constitucional se aplicarán también a las Regiones con un estatuto especial y a las Provincias Autónomas de Trento y Bolzano en las partes en que prevean formas de autonomía más amplias que las ya atribuidas».

Sin embargo, la fase de emergencia ha acentuado esta tendencia y, como se ha observado,

«no solo se ha superado en muchos casos el doble régimen de autonomía especial y ordinaria, cada vez más nivelado y confuso como consecuencia de la emergencia, sino que el propio régimen común se ha degradado, hasta el punto de que resulta inadecuado el uso de la calificación de entidades regionales en términos de entidades autónomas (*stricto sensu*)»²⁰.

El principio de especialidad constituye, según una parte de la doctrina, un carácter fundamental de nuestro ordenamiento constitucional y como tal es indisponible al poder de revisión constitucional²¹, por lo que la revisión del Título V de la Constitución, desde este punto de vista, hubiera sido «una obligación», ya que no hubiera sido posible proceder a una supresión, al menos en el plano formal-constitucional, de las Regiones con un estatuto especial²².

Aunque la Constitución ha configurado hasta ahora, para estas últimas, un estado de privilegio formal, sobre todo en el plano funcional a través del reconocimiento de una competencia legislativa exclusiva en las materias enumeradas en sus respectivos Estatutos, frente a la mera atribución a las Regiones ordinarias de una competencia legislativa concurrente. De hecho, las Regiones especiales han sufrido, desde el establecimiento de las Regiones ordinarias en los años setenta, una especie

20 A. RUGGERI, «Le Regioni a Statuto speciale ... cit.», p. 220, nota 24.

21 En este sentido, véase . D'ATENA, «Dove va l'autonomia regionale speciale?», *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, p. 208; V. ONIDALE Costituzioni. Principi fondamentali della Costituzione italiana», en G. AMATO, A. BARBERA (eds.), *Manuale di diritto pubblico*, Bolonia, 1997, p. 112.

22 Véase F. PALERMOIl regionalismo differenziato», en T. GROPPi, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Turín, 2001, p. 51; P. CIARLO, M. BETZU, «Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticcato», *Le istituzioni del federalismo, - Il regionalismo differenziato - Studi e ricerche* núm. 1, 2008.

de deminutio capit is que, al transformar la especialidad en exclusión, las ha obligado a una «persecución antinatural» para reclamar para sí las mismas condiciones de autonomía que entretanto se habían reconocido a otras Regiones²³.

Es fácil comprender cómo la inversión, en el nuevo artículo 117 de la Constitución, del criterio de reparto de las competencias legislativas²⁴, ha suscitado una considerable perplejidad sobre el sentido y el propio mantenimiento de la especialidad, en un marco competencial que prevé una «identificación textual» de las materias reservadas al Estado y las compartidas, mientras que para el resto de materias se otorga una competencia general, aunque residual, a las Regiones.

Aun suponiendo que los Estatutos Especiales, en su nueva formulación, mantuvieran en manos de la Región las materias reservadas al Estado, hay que señalar que el nuevo reparto de competencias legislativas degrada la esencia misma de la especialidad y, al mismo tiempo, el propio concepto de «reserva», que solo tiene sentido «si la conservación en el centro de determinadas decisiones se fundamenta en el supuesto de su carácter indispensable para el mantenimiento de la unidad nacional». Además, volviendo al tema de la diferenciación, si, limitado a ciertas Regiones, se pueden quitar ciertas materias al centro «sin que esta utilidad sufra»²⁵, como permite el artículo 116 de la Constitución párrafo III, se deduce que la reserva no tiene fundamento, es decir, carece del carácter de universalidad que la justifica.

En otras palabras, es algo difícil hablar de especialidad cuando cada Región es, al menos potencialmente, susceptible de «especialización» (diferenciación *melius*). Se ha argumentado²⁶ que en la base de la autonomía especial y de la autonomía

23 En este sentido, véase G. PASTORILa nuova specialità», *le Regioni*, núm. 3, 2001, p. 487.

24 Véase P. CIARLO, «Federalismo amministrativo e Regioni speciali», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2000, p. 129.

25 Cf. M. LUCIANI, «Le Regioni a statuto speciale... *cit.*», p. 221. El autor argumenta que reservar ciertas materias al Estado «solo per alcune Regioni e non per altre non è logicamente accettabile, perché è proprio della logica della riserva la sua...universalità» [«solo para algunas Regiones y no para otras no es lógicamente aceptable, porque es inherente a la lógica de la reserva su... universalidad» (traducción nuestra)].

26 Cf. F. PALERMO, *op. cit.* pp. 54 y ss., quien considera que el criterio del pacto subyace tanto a la autonomía especial como al derecho de diferenciación, y como tal está sujeto al poder de revisión constitucional para ambos. De ahí «la presenza nell'ordinamento italiano di due tipologie di diversità regionali, quelle speciali e quelle differenziate, distinte tra loro per qualità e quantità del potere devoluto, ma accomunate nel requisito fondante del trattamento particolare» [“la presencia en el ordenamiento jurídico italiano de dos tipos de diversidades regionales, la especial y la diferenciada, distintas entre sí por la calidad y la cantidad del poder desconcentrado, pero unidas por la exigencia fundadora

diferenciada hay un dato común, es decir, un criterio de acuerdo, como el que se desprende de la lectura de la Ley Constitucional núm. 2/01 (que, para las modificaciones de los estatutos de iniciativa parlamentaria o gubernamental, exige un dictamen de las Regiones afectadas) y el que se deriva del nuevo artículo 116, apartado 3, de la Constitución. Sin embargo, es difícil poner los dos procedimientos en el mismo nivel y reconocer un régimen pactado también en el procedimiento de revisión de los Estatutos Especiales. Las «Regiones diferenciables» pueden ampliar sus competencias a través de un procedimiento participativo por parte de las entidades interesadas y los entes locales, que culmina con una ley aprobada por el Estado (por mayoría absoluta), pero previo acuerdo con la propia Región, mientras que las regiones especiales gozan de menos garantías al respecto, en la medida en que su participación, pero no la de las autoridades locales, tiene lugar –en el caso de que el proyecto de modificación sea una iniciativa gubernamental o parlamentaria– solo a nivel consultivo, permaneciendo la competencia para aprobar la ley constitucional en el parlamento nacional, y además sin posibilidad de referéndum popular²⁷. De este modo, en el modelo institucional adoptado surgen contradicciones que ponen en entredicho la esperada definición de un sistema de regionalismo cooperativo, atribuibles en su mayor parte a la no resolución de lo que –en nuestra opinión– constituye una cuestión central, es decir, la institución de la Cámara de las Regiones, a la insuficiencia e incertidumbre de las soluciones de negociación previstas (piénsese en la exclusión de la Conferencia Estado-Regiones de la disciplina constitucional) y, lo que es más importante aquí, a la completa exclusión, confirmada también en el texto de la llamada «ley marco de Boccia», de las Regiones de derecho especial del sistema previsto, en cambio, en el artículo 116 de la Constitución, párrafo III, para las Regiones (ordinarias) que pretendan diferenciarse²⁸ y adquirir otras formas y condiciones especiales de autonomía²⁹.

de un tratamiento especial” (traducción nuestra)]. En este sentido, véase también G. ROMAGNOLI, «Riforme costituzionali e autonomie speciali», *Nuove Autonomie*, núm. 3, 2002, p. 311, quien constata, sin embargo, una atenuación de la lógica de pacto que subyace en la disposición contenida en la Ley Constitucional núm. 2/02 de la iniciativa parlamentaria y gubernamental de las modificaciones estatutarias.

27 Véase F. TERESI, «L'autonomia normativa delle Regioni speciali (con particolare riguardo alla Regione siciliana). Considerazioni interlocutorie», en A. RUGGERI, G. SILVESTRI (eds.), *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, cit., p. 200.

28 Cf. A. RUGGERI, «L'oscuro volto del neoregionalismo», *Nuove Autonomie*, 2002.

29 Véase R. BIN, «L'insostenibile leggerezza dell'autonomia “differenziata”: allegramente verso l'eversione», *forumcostituzionale.it*, 16 de marzo de 2019.

IV. PARA UN PROCESO DE REDISTRIBUCIÓN DE LA ESPECIALIDAD

Al tratar de trazar los hilos de la reflexión llevada a cabo hasta ahora, la pregunta que se plantea, y que lógicamente constituye un paso obligado, se refiere a las perspectivas del regionalismo especial en el marco constitucional e institucional modificado (y aún cambiante) relativo a la organización regional. La disciplina constitucional dictada por la revisión del Título V ha degradado, en muchos aspectos, quizá definitivamente, el papel de las Regiones especiales, acentuando su posición de desventaja con respecto a las demás Regiones y atribuyendo rango constitucional a una desigualdad de condición que, hasta la revisión del Título V, si bien constituía un elemento de hecho, contrastaba con el principio de la mayor autonomía que les atribuye la Constitución. La configuración estatutaria y organizativa es más débil que el diseño esbozado para las Regiones ordinarias, ya que las Regiones de derecho especial ven confirmado el manto estatal del Derecho constitucional sobre ellas para modificar sus estatutos y ampliar sus competencias, dado que la vía del pacto según el último párrafo del artículo 116 de la Constitución, tampoco se considera viable para ellas³⁰.

Como las distinciones y diversidades en el plano institucional y funcional han disminuido, y la autonomía estatutaria se ha desplazado aún más en favor de las Regiones ordinarias, la noción tradicional de especialidad y la oposición rígida entre los dos modelos (o tres) de regionalismo parecen haber perdido todo su sentido, por lo que la diferenciación solo puede jugarse sobre el contenido de los Estatutos, y sobre la capacidad de las instituciones regionales, tanto de los Estatutos Ordinarios como de los Especiales, para poder aprovechar sus peculiaridades, perfilando en ellos un diseño global de definición de los derechos de ciudadanía. En esta clave interpretativa, se hace referencia a la tesis que afirma que si el *fundamento* de la especialidad se limita a la singularidad de algunas situaciones locales totalmente originales (posición geográfica en una frontera o isla, presencia de minorías étnico-lingüísticas), las Regiones especiales podrían atribuirse competencias especiales en materias estrictamente relacionadas con sus especificidades individuales, como las relaciones internacionales, la educación, la lengua y la protección de las minorías, es decir, «en todos aquellos ámbitos para los que el cultivo de las

30 De opinión diferente es G. PASTORI, «La nuova specialità», *Le Regioni*, núm. 3, 2001, quien sostiene que la cláusula evolutiva puede aplicarse también a las Regiones especiales, puesto que la reforma en cuestión ya prevé diversas formas de codecisión entre los distintos tipos de Regiones y el Estado (art. 117 Const., art. 11, ley Const. núm. 3/01).

especificidades históricas de las regiones especiales tiene realmente sentido»³¹. Sin embargo, para llevar a cabo este proceso es imprescindible eliminar todas aquellas limitaciones, reiteradamente referidas y acrecentadas por la modificación del Título V de la Constitución, relativas a la facultad de revisión del Estatuto, a la definición de la forma de gobierno y, por último, a la limitación de los principios del ordenamiento jurídico de la República, que contribuyen a configurar esa «especialidad en lo negativo» que ha caracterizado la experiencia constitucional de las Regiones de Estatuto Especial³². En otras palabras, superada definitivamente la fase de la «especialidad a priori», y debido a las nuevas y mayores *oportunidades* que se ofrecen a las Regiones ordinarias y a la incapacidad histórica de las Regiones especiales para captar plenamente el potencial de la diferenciación, sin reducirlo a una herencia de una cruda especialidad sin contenido, se trata de superar el modelo de regionalismo dual que ha prevalecido hasta ahora³³.

La perspectiva podría estar representada por la definición de un sistema abierto y flexible de «especialización difusa»³⁴, que –manteniendo en manos del Estado un núcleo esencial e inquebrantable de competencias (considerablemente menor que el que le atribuye generosamente la Ley Constitucional núm. 3/01) adscrito a intereses de relevancia nacional (y/o supranacional)– prevé para todas las Regiones la posibilidad de acceder progresivamente, en el marco de una relación de cooperación-integración con el Estado, a competencias y funciones en razón de las necesidades y

31 M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 222.

32 O. CARAMASCHI, «Dalla specialità regionale alla differenziazione ex art. 111, terzo comma, cost.: verso un sistema regionale asimmetrico?», *dirittiregionali.it*, 6 de agosto de 2019.

33 T. CERRUTI, «Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?», *dirittiregionali.it*, 24 de agosto de 2019.

34 Esta definición es «eludida» por A. RUGGERI que, en «Prospettive di una ‘specialità diffusa’ delle autonomie regionali», *Nuove Autonomie*, núm. 6, 2000, p. 868, sostiene que sería conveniente «tornare all’originaria intuizione emersa alla Costituente, per quanto poi non coltivata e raccolta, gettando dunque le basi per un *regionalismo asimmetrico e progressivo*, idoneo a portare alla realizzazione di un *modello di specialità “plurale” o diffusa*, fondata sulla integrazione delle competenze (e degli atti che ne sono espressione) e sulla sussidiarietà» [«volver a la intuición original surgida en la Asamblea Constituyente, aunque no cultivada y recogida, sentando así las bases de un *regionalismo asimétrico y progresivo*, apto para conducir a la realización de un *modelo de especialidad ‘plural’ o difusa*, fundado en la integración de las competencias (y de los actos que son su expresión) y en la subsidiariedad»]. Sobre este punto, del mismo autor, véase también «Elezioni dirette dei Presidenti regionali, riforma degli statuti, prospettive della “specialità”, *cit.* y junto con P. NICOSIA, «Verso quale regionalismo?», *cit.*, pp. 89 y ss.

demandas de sus respectivas comunidades y de la capacidad real de cada Región para gobernarlas y dar respuestas satisfactorias.

Resumen

La crisis provocada por el COVID-19, además de haber producido efectos devastadores a nivel sanitario, económico y social en todo el mundo, ha desencadenado una serie de profundos cambios no solo a nivel de las relaciones internacionales, sino también a nivel de la organización constitucional/institucional de los distintos Estados. En estas páginas, tomando el ejemplo italiano, se reflexiona sobre el estado de conflicto permanente entre el Estado y las Regiones, que ha caracterizado la fase de la emergencia sanitaria, con una especial atención a las Regiones con una situación especial.

Palabras clave

Pandemia, Constitución italiana, regionalismo, autonomía especial.

Abstract

The crisis caused by COVID-19, in addition to having produced devastating health, economic and social effects throughout the world, has unleashed a series of profound changes not only at the international relations level, but also at the organizational level of the different States. In these pages, taking the Italian example, we reflect on the state of permanent conflict between the State and the Regions, which has characterized the phase of the health emergency, with special attention to the Regions in a special situation.

Key words

Pandemic, Italian Constitution, regionalism, special autonomy

Recibido: 21 de septiembre de 2022

Aceptado: 10 de octubre de 2022



DINÁMICA COOPERATIVA CENTRO-PERIFERIA Y EMERGENCIA PANDÉMICA. REFLEXIONES DE DERECHO COMPARADO*

**Centre-periphery cooperative dynamics and pandemic
emergence. Reflections on comparative law**

ELEONORA CECCHERINI

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Génova

Departamento de Jurisprudencia

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Respuestas a la emergencia sanitaria y al desequilibrio entre competencias: una especie de hendiadis.
- III. El (difícil) diálogo de las autonomías territoriales con el centro.
- IV. ¿Qué quedará de estos años?

I. INTRODUCCIÓN

Esta contribución pretende reflejar la evolución de las relaciones entre centro y periferia en los ordenamientos compuestos durante el período de la pandemia de la COVID-19. Las reflexiones aquí expresadas encuentran su fundamento no sólo en obras jurídicas, sino también en la doctrina sociológica y política, por lo que esta reconstrucción adoptará un enfoque descriptivo más que prescriptivo.

La estrella polar que guía la contribución gira en torno al objetivo de comprender si la situación pandémica ha reforzado o (¡irremediablemente?) deteriorado la colaboración entre el Estado central y los entes territoriales denominados de diversa manera, a lo que trataré de responder al final.

Desde esta perspectiva, se considera oportuno hacer un breve repaso sobre algunos de los acontecimientos que marcaron el periodo en el que estalló la epidemia, planteando si la diferente organización territorial de competencias influyó tanto en

* Traducido del italiano por Eloísa Pérez Conchillo.

la forma de gestionar la pandemia como en el sistema de relaciones entre el centro y la periferia.

Queriendo anticipar las conclusiones del análisis, parece posible afirmar que los ordenamientos regionales y unitarios han convergido hacia formas similares de gestionar la emergencia pandémica en un sentido centrípeto, mientras que los Estados federales parecen haber respondido de forma más respetuosa con las competencias de los entes territoriales. En particular, los primeros no han aprovechado plenamente los foros de colaboración institucional, desencadenando torsiones centralistas y revelando lagunas y carencias que quizás ya estaban presentes antes de la propagación del virus. El funcionamiento de los ordenamientos parece depender de la cultura constitucional en la que se asientan las raíces del Estado, por lo que una orientación más cooperativa parece haber salvaguardado más eficazmente la autonomía de las entidades territoriales, mientras que aquellos Estados en los que la correa de transmisión entre los niveles central y descentralizado es menos fluida han producido soluciones más conflictivas.

Sin embargo, no estamos en condiciones de elaborar una clasificación de los ordenamientos que han actuado con mayor eficacia en la lucha contra la emergencia sanitaria. Un análisis de este tipo presupondría la elaboración de un *benchmarking* con el que evaluar las políticas de lucha contra el virus, pero ello implicaría la posesión de conocimientos especializados (de los que no dispone quien escribe) y una hazaña que ni siquiera los expertos en evaluación de políticas públicas han abordado de forma concluyente.

Lo que podemos hacer más sutilmente es tratar de comprender cuáles han sido las consecuencias de la crisis sanitaria y si éstas pueden haber producido cambios institucionales significativos y permanentes. Para ello, se examinarán varios ordenamientos jurídicos europeos, tanto unitarios como federal-regionalistas, aunque la ambición es comprobar si lo que ha surgido en el viejo continente también encuentra puntos de contacto en otros espacios aún pertenecientes al *western legal system*.

II. RESPUESTAS A LA EMERGENCIA SANITARIA Y AL DESEQUILIBRIO ENTRE COMPETENCIAS: UNA ESPECIE DE HENDÍADIS

El primer período de la emergencia, desencadenado por la deflagración de la epidemia del virus Corona, declarada por el Director General de la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020, ha provocado consecuencias jurídicas de indudable importancia. La más llamativa –y también la más natural– se refiere al desplazamiento del centro de gravedad del sistema de competencias hacia el

ejecutivo, cuyos órganos se reconocen más aptos para contrarrestar situaciones de emergencia¹. Esta tendencia no constituye en sí misma un elemento nuevo, ya que desde los inicios de la teorización, de hecho, la necesidad de actuar con rapidez y prontitud, incluso derogando el ordenamiento vigente, se remontaba a la estructura gubernamental².

Sin duda, la situación sanitaria producida por el virus Sars COVID-19 en todo el mundo constituyó una situación excepcional, que obligó a los poderes públicos a adoptar medidas restrictivas de derechos y libertades de las personas para contrarrestar la epidemia. Tales restricciones han encontrado diferentes formas de aplicación: en algunos casos, se han activado los poderes de emergencia, imponiendo una compresión transitoria de los derechos y una alteración del orden constitucional de las competencias normativas; en otros, se ha producido una centralización *de facto* de los poderes en manos de los gobiernos.

La centralidad del poder ejecutivo también ha conllevado simétricamente, en mayor o menor medida, una reducción de las competencias legislativas y administrativas de las autonomías territoriales en consonancia con un postulado –por otra parte, ampliamente respaldado por expertos en ciencia política y evaluación de políticas públicas– según el cual el desplazamiento hacia el centro puede evitar incoherencias, incongruencias, fragmentaciones, redundancias, contradicciones y duplicidades en las intervenciones normativas³.

1 El razonamiento es reproducible en cualquier caso de emergencia de orden público, acontecimientos bélicos, terrorismo, catástrofes naturales y crisis económicas.

2 Sobre el tema de los poderes de emergencia, la bibliografía es amplia, sin pretender ser exhaustiva: S. ROMANO, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione”, en *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milán, 1969, p. 53 y ss.; Id., “Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione di terremoti di Messina e Reggio Calabria” en *Scritti minori*, rist. Milán, 1990; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Turín, 1986; P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milán, 1986, p. 106 y ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, “Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano” en *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milán, 1988, p. 515 y ss. II, Milán, 1988, p. 515 y ss.; A. PIZZORUSSO, “Emergenza (stato di)”, en *Enc. sc. soc.*, III, Roma, 1993, p. 551 y ss; G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Milán, 2003; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza: contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020; G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell’urgenza. Studio di una nozione*, Nápoles, 2020. Sobre el tema más específico de las emergencias sanitarias, véase G. MARTINICO, M. SIMONCINI, “Dall’emergenza al rischio nel diritto pubblico comparato: un’introduzione”, *DPCE online*, núm. 54, 2022, p. 67 y ss.

3 Los adjetivos son traducciones de expresiones de los siguientes artículos, en los que los autores convergen en el *surplus de eficiencia* si el polo de decisión se desplaza al centro, véase P. BOUC-

El análisis de las múltiples respuestas que los ordenamientos jurídicos han ofrecido para amortiguar la crisis sanitaria muestra como aquellos con vocación centralista, junto con los regionales, han optado por medidas que han sacrificado mayoritariamente la estructura ordinaria de competencias constitucionales. Así, empíricamente, los Estados con baja intensidad de descentralización normativa y administrativa (y en todo caso no federales) han actuado de forma que se reservaba a los entes regionales un bajo nivel de participación y codecisión. Por el contrario, los Estados federales han mostrado en general una mayor resistencia a las sirenas de la centralización política, salvaguardando las competencias de las comunidades políticas descentralizadas y perfeccionando al mismo tiempo los foros e instrumentos de cooperación⁴.

Para dar cuenta empírica de estas afirmaciones, en el continente europeo, entre los Estados regionales podemos citar a España, en el que de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, el Gobierno procedió a proclamar y reiterar el estado de alarma.

La primera declaración se realizó mediante el Real Decreto n.º 463, de 14 de marzo de 2020, cuyo contenido se repitió en seis ocasiones, hasta el 21 de junio de 2020⁵. La dirección de la actuación se encomendó al Presidente del Gobierno, asistido por los Ministros de Defensa, Transportes, Interior y Sanidad, y con ello, toda la administración autonómica quedó privada de sus atribuciones, respondiendo en todos los aspectos ante la sala de control del Gobierno⁶.

KAERT, B.G. PETERS, K. VERHOEST, *The Coordination of Public Sector Organisations: Shifting Patterns of Public Management*, Basingstoke, 2010; M. JENSEN, C. KOOP, M. TATHAM, “Coping with Power Dispersion? Autonomy, Co-ordination and Control in Multi-level Systems”, *Journal of European Public Policy*, vol. 21, núm. 9, 2014, p. 1237 y ss.

4 Sobre este punto también F. PALERMO, “Le tendenze del decentramento tra emergenze e trompe l’oeil costituzionali”, en F. PALERMO, S. PAROLARI (curr.), *Le tendenze del decentramento in Europa*, Napoli, 2023, p. 341 y ss.

5 Sobre la reconstrucción precisa de la situación española, M.L. LARA ORTÍZ, “Replantear la gestión de emergencias sanitarias”, *REDC*, núm. 122, 2021, p. 153 y ss., y sobre la doctrina italiana *ex multis*, D. BALDONI, S. GHERARDI, “Due modelli costituzionali per governare l’emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus”, *DPCE en línea*, núm. 2, 2020, p. 1591 y V. PIERGIGLI, “L’emergenza COVID in Spagna e la dichiarazione dell’estado de alarma. Ripercussione sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti”, *DPCE en línea*, núm. 2, 2020, p. 1533.

6 Aunque hubo dos fases de la emergencia: una coincidente con los estados de alarma en la que las competencias de las Comunidades Autónomas se detrajeron del gobierno central y luego una segunda en la que las autonomías territoriales pudieron ejercer sus competencias participando en las

En una línea similar, el Parlamento británico adoptó la *Crown Virus Act 2020*⁷ mediante un procedimiento de urgencia (*fast track legislation*), que estipulaba que las materias transferidas a las entidades territoriales por las *Devolution Acts* debían “devolverse” al Parlamento de Westminster⁸.

Italia no cuenta con una normativa constitucional sobre estados de excepción, por lo que las situaciones de emergencia se abordan a través de la legislación ordinaria. Específicamente para combatir la COVID se han aprobado la Ley n.º 833 de 1978, que otorga al Ministerio de Sanidad la facultad de adoptar ordenanzas especiales, y la Ley n.º 225 de 1992 (Código de Protección Civil), que otorga al Jefe del Departamento de Protección Civil la facultad de adoptar ordenanzas de necesidad y urgencia, cuyo contenido puede derogar la normativa ordinaria⁹; al mismo tiempo, el principal medio de intervención para hacer frente a las emergencias sigue siendo el de los decretos-leyes. En cumplimiento de este esquema normativo, el Gobierno italiano aprobó los dd.ll n.º 6 de 23 de febrero de 2020 y n.º 9 de 2 de marzo de 2020, que legitimaron al Presidente del Consejo de Ministros para dictar sus propios decretos indicando concretamente las medidas restrictivas que debían cumplirse¹⁰.

decisiones del gobierno central, iniciándose un ciclo denominado “desescalada”. Véase G. POGGESI-CHI, “Le Comunità autonome spagnole di fronte alla crisi COVID-19: una fase di “federalismo autonómico”, *DPCE online*, núm. 2, 2020, p. 1565 y ss.

7 Las materias más afectadas por la legislación fueron la sanidad, la educación y la asistencia social. Sobre este punto véase C. MARTINELLI, “Il Regno Unito di fronte alla pandemia: assetti costituzionali, adattamenti procedurali e scelte politiche”, en V. PIERGIGLI (ed.), *Le identità minoritarie*, cit., p. 223 y ss.; L. DELL'ATTI, “Scozia, Pandemia e inter-governmental relations, dalla collaborazione all'indifferenza. Verso la separazione?”, en V. PIERGIGLI (ed.), *Le identità minoritarie*, cit., p. 307; A. TORRE, “Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito”, *DPCE online*, núm. 2, 2020, p. 1790 y ss.; G. CARAVALE, “Il Corona Virus Act 2020 e le misure adottate dal Regno Unito per affrontare l'emergenza COVID-19”, *Nomos*, núm. 1, 2020.

8 Cabe señalar que, aunque la emergencia fue la causa de la desconcentración de las materias transferidas por las Cámaras británicas, el estado de necesidad no hizo efectiva la *Sewel convention*, según la cual la soberanía del Parlamento sólo puede expandirse previo consentimiento de las asambleas territoriales. F. ROSA, “Le conseguenze parlamentari della devolution: la Sewel convention al crocevia dei rapporti fra Parlamenti e Governi”, en A. TORRE (cur.), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Turín, 2007, p. 997 y ss.

9 E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit.; A. CARDONE, “La crisi del sistema delle fonti di protezione civile”, *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 313 y ss.

10 Los actos adoptados por el Consejo de Ministros (*rectius* del Presidente del Consejo de Ministros) se sometían entonces al control de los tribunales administrativos y constitucionales (véase *infra*). M. CAVINO, “COVID-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal governo”, *fe-*

En Italia, la centralización de competencias también ha sido “legitimada” por el Consejo de Estado¹¹ (que especificaba que, respetando las autonomías constitucionalmente garantizadas, las emergencias de carácter nacional requieren una gestión unitaria).

Fue entonces, la Corte Constitucional, en la Sentencia núm. 37 de 2021, la que blindó la *potestas* normativa del Gobierno, haciendo recaer la gestión de la emergencia sanitaria en el ámbito de la profilaxis internacional. De esta forma, se impuso a las regiones el cumplimiento de toda la normativa estatal, degradando la organización sanitaria a un aparato al servicio de las voluntades del Estado y excluyendo cualquier competencia regional relacionada con la protección de la salud en la administración de la emergencia¹².

Una tendencia similar se ha observado en países con bajos niveles de descentralización; por ejemplo, en Grecia se declaró el estado de emergencia en virtud del artículo 44 de la Constitución¹³.

La respuesta francesa también confirma la hipótesis inicial en el sentido de que la emergencia sanitaria llevó al Gobierno a presentar al Parlamento un proyecto de ley para modificar el código de salud pública¹⁴ con el fin de introducir una normativa sanitaria de emergencia, en virtud de la cual el Consejo de Ministros (*rectius* el Primer Ministro y el Ministro de Sanidad) puede adoptar ordenanzas, incluidas aquellas restrictivas de libertades fundamentales¹⁵.

deralismi, 18 marzo 2020, sobre este punto también M. FRANCAVIGLIA, “La gestione normativa dell’emergenza COVID-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa”, *Diritto pubblico*, núm. 1, 2022, p. 113 y ss.

11 Cons. St., Sec. I, párr. n.º 735/2020 punto 8.5.

12 *Ex multis*, D. MORANA, “*Ma è davvero tutto profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all’emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sentenza n. 37/2001*”, *Forum di Quad. cost.*, núm. 2, 2021, p. 11 y ss.; L. CUOCOLO, F. GALLARATI, “La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale”, *Corti supreme e salute*, núm. 1, 2021, p. 1 y ss.

13 E. PETELOS, D. LINGRI, C. LIONIS, “*Greece at the Time of COVID-19: Caught Between Scylla and Charybdis*” en S.L. GREER, E. J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics. The Comparative Politics and Policy of COVID-19*, Ann Arbor, 2021, p. 378 y ss.

14 L. 2020-290 de 23 de marzo de 2020, L. 2020-365 de 30 de marzo de 2020, L. 2020-1379 de 14 de noviembre de 2020.

15 H. ALCARAZ, “El estado de emergencia sanitaria en Francia: ¿Elogio de la excepción?”, en P. BIGLINO CAMPOS, J.F. DURÁN ALBA (coords.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, 2020, p. 1 y ss.; R. BOURGET, “El marco jurídico de la gestión de la

Por lo tanto, el marco de poderes de emergencia previsto por la Constitución e implementado por la legislación no se consideró capaz de hacer frente a la pandemia de la COVID-19; por un lado, esto puede ser alarmante dado que cualquier acontecimiento macroscópicamente traumático legitima la adopción de medidas *ad hoc*, abriendo una “vía de escape” al sistema constitucional, pero por otro, atestigua cómo la emergencia es difícil de encuadrar *ex ante*.

Los impulsos más incisivos hacia el centro se materializaron en Hungría, donde el estado de emergencia se proclamó mediante el Decreto n.º 40 de 11 de marzo de 2020 y no finalizó hasta el 1 de junio de 2022, otorgando poderes “casi” absolutos al Presidente. Según el artículo 53 (1) de la Constitución, puede declararse el estado de peligro en caso de catástrofe natural o accidente industrial capaz de poner en peligro la vida y la propiedad, y en tales casos el Gobierno puede introducir medidas extraordinarias definidas por ley cardinal, y los decretos pueden suspender la eficacia de las normas legales y derogarlas.

La situación de la pandemia ha vertebrado aún más la actitud antiliberal del Presidente Orban, poniendo en peligro el Estado de Derecho, que ya se había visto comprometido en el pasado por una serie de iniciativas políticas encaminadas a eludir todos los instrumentos de *check and balance* propios del constitucionalismo¹⁶. Además, no faltó la perplejidad de orden constitucional sobre la legitimidad del decreto por el que se adoptaba el estado de peligro, ya que entre las causas justificativas (catástrofe natural y accidente industrial) no podía figurar la emergencia sanitaria¹⁷.

crisis sanitaria del COVID-19 en Francia”, en D. VALADÉS, N. GONZÁLEZ MARTÍN (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19. Derecho constitucional comparado*, México, 2020, p. 94 y ss.; R. BOURGET, “El estado de emergencia sanitaria provocado por la pandemia de COVID-19 desde la perspectiva del Estado unitario y centralizado francés”, en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), *COVID-19 y Estados en acción: un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Berlín, 2021, p. 318 y ss.; A. BACHERT-PERETTI, X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, T. RENOUX, “*État d'urgence sanitaire: traiter l'exception avec les outils de la normalité?*”, *RFDC*, núm. 124, 2020, p. 905 f.; S. BRUNET, “The Hyper-Executive State of Emergency in France”, en M.C. KETTERMAN, K. LACHMAYER (eds.), *Pandemocracy in Europe*, Oxford, 2022, p. 205 f.

16 Sobre este punto, véase G. DELLEDONNE, “Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea”, *DPCE on line*, núm. 3, 2020, p. 3999 y ss.

17 Z. SZENTE, F. GÁRDOS-OROSZ, “Using Emergency Powers in Hungary: Against the Pandemic and/or Democracy?”, en M.C. KETTERMAN, K. LACHMAYER (eds.), *Pandemocracy in Europe*, cit, p. 154 y ss. O. LÖBLOVÁ, J. RONE, E. BORBÁTH, “COVID-19 in Central and Eastern Europe: Focus on Czechia, Hungary, and Bulgaria”, en S.L. GREER, E.J. KING, E. MASSARD DA

Sin embargo, no podemos dejar de destacar cómo el proceso de transferencia de funciones y competencias al ejecutivo en un momento histórico percibido como dramático también resonó en territorios no europeos. En Colombia y Chile, donde el ritmo de descentralización puede calificarse de medio-bajo¹⁸, se declararon estados de emergencia. En Chile, basándose en el artículo 41 de la Constitución, el Presidente declaró el estado de catástrofe el 18 de marzo de 2020 (prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021), pudiendo así adoptar todas aquellas medidas –incluso derogatorias de la legislación– necesarias para hacer frente a la emergencia.

El procedimiento sólo prevé la obligación de informar al Parlamento, que queda relevado de cualquier deber de supervisión. Según la Ley Orgánica 18.145 sobre estados de excepción, el Presidente puede asignar al Jefe de estado mayor la tarea de dictar directivas vinculantes para todos los funcionarios públicos, empresas privadas y municipios de la zona afectada por la declaración¹⁹.

En el mismo sentido, Colombia ha previsto tanto el estado de emergencia económica, social y ecológica (artículo 215 de la Constitución), que faculta al Presidente de la República para adoptar decretos con fuerza de ley por un plazo máximo de 90 días²⁰, como el estado de emergencia sanitaria, que autoriza al Presidente a dictar actos reglamentarios.

FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 424. J. SAWICKI, “La pandemia COVID-19 in Polonia e Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni” *DPCE online*, núm. 2, 2020, p. 1963 y ss.

18 La afirmación apodíctica *prima facie* es apoyada en algunas lecturas. Para Chile véanse los comentarios *ex multis* de H. NOGUEIRA, “El Estado unitario-descentralizado: el nuevo modelo, y su necesario perfeccionamiento”, F. SALABERRY, “Impulsando la descentralización en Chile”, E. SZMULEWICZ, E. MONTECINOS, “Gobernadores regionales y delegados presidenciales: zonas de conflicto y espacios de colaboración”, quienes escriben: “Desde el retorno a la democracia, el nivel regional ha sido el que menos reformas políticas pro descentralización ha sufrido”, núm. 109, todos en H. VON BAER, N. BRAVO (eds.), *Desarrollo territorial colaborativo*, Temuco, 2019. Sin embargo, el proceso de descentralización podría encontrar espacio para su implementación con el proyecto de nueva Constitución. Sobre Colombia, véase R. ZULUAGA GIL, “*Autonomía o desconcentración? El laberinto de las entidades territoriales en Colombia*” y L. ESTUPIÑÁN ACHURY, “Organización del territorio en Colombia: hacia el fortalecimiento del nivel intermedio de gobierno”, ambos en J.L. GARCÍA RUIZ, E. GIRÓN REGUERA (eds.), *Estudios sobre Descentralización*, Cádiz, 2006.

19 E. SZMULEWICZ RAMÍREZ, “Descentralización en tiempos de pandemia. Una visión desde Chile”, en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), *COVID-19 y Estados en acción*, cit., p. 175 y ss.; C. A. MÉNDEZ, *The Politics of the COVID-19 Pandemic Response in Chile*, en S. L. GREER, E. J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 522 y ss.

20 El Presidente de Colombia expidió el Decreto núm. 417 de 17 de marzo de 2020 por 30 días, prorrogado posteriormente por el Decreto núm. 637 de 5 de mayo de 2020. Véase J. C. COVI-

Los ejemplos –resumidos aquí– muestran cómo los sistemas no plenamente descentralizados han favorecido un movimiento centrípeto para poner en marcha una estrategia de contención. Esta tendencia puede resultar a veces sorprendente en la medida en que, en esos sistemas, la acción del aparato del Estado es ya la expresión prevalente de un poder central, sólo que en el periodo de crisis se ha producido un proceso de hiperpresidencialización que ha situado la actividad de las asambleas electivas y la de los entes periféricos en un segundo plano, cuando no las ha aniquilado.

Por el contrario, los Estados federales en general han experimentado, aunque costosamente, con soluciones más respetuosas con las competencias de las autonomías territoriales.

Queriendo desandar el esquema argumentativo anterior que parte del análisis de las realidades europeas para luego ampliar el horizonte más allá del viejo continente, el examen muestra cómo, por ejemplo, la Federación Alemana ha dejado de lado la hipótesis de introducir una legislación de emergencia, apoyándose sobre todo en las capacidades de coordinación federal, dejando inalteradas las competencias de los *Länder*²¹. De hecho, esta hipótesis está prevista en la *Infektionsschutzgesetz* (la ley federal aprobada en 2000 para aplicar el artículo 74, c. 19 de la *Grungesetz*), que confía a los Estados federados alemanes la tarea de adoptar normas para la preventión y el control de las enfermedades infecciosas y, a este respecto, los Ministros de Sanidad de los *Länder* pueden adoptar diversas normas en función de las circunstancias.

Así, *ab origine*, la gestión de emergencias sanitarias preveía una urdimbre polícéntrica, aunque la fuerza disruptiva de la COVID llevó más tarde al legislador federal a modificar la ley (tres veces) con el fin de engrosar las competencias del Estado central, confiando un papel preponderante al Ministro federal de Sanidad, que puede adoptar ordenanzas sobre todo el territorio en caso de epidemia de alcance nacional.

Sin embargo, no fue el modelo de toma de decisiones *top-down* el que prevaleció, sino más bien una *vis* coordinadora que encontró su epifanía en el amplio uso

LLA, P. SANABRIA-PULIDO, “Esquema híbrido de relaciones intergubernamentales para responder a la pandemia en Colombia”, en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), *COVID-19 y Estados en acción*, cit., p. 211 y ss.; C. ACOSTA, M. URIBE-GÓMEZ, D. VELANDIA-NARANJO, “Colombia’s Response To COVID-19: Pragmatic Command, Social Contention, and Political Challenges”, en S. L. GREER, E. J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 511 y ss.

21 J. WOELK, “La gestione della pandemia da parte della Germania “Wir schaffen das!”, *DPCE en línea*, núm. 2, 2020, p. 1713 y ss.

de competencias concurrentes, salvaguardando los poderes legislativos de los *Länder* en ciertas materias bien circunscritas como la educación, la cultura y el orden público²². Así, incluso en un momento especialmente dramático para el país, la noción constitucional de *bundestrue* parece haber atemperado la inclinación centralista del gobierno federal, conteniendo sus acciones unilaterales. Un ejemplo de ello es el hecho de que, incluso en una fase delicada en la que se produjo un rebrote del contagio, los deseos del Canciller de imponer un confinamiento más estricto no fueron aceptados debido a la falta de acuerdo de los *Länder*²³.

Otros ordenamientos federales también han hecho oídos sordos a las sirenas de emergencia, descartando una intervención que mortifique las *potestas* normativas y organizativas de los niveles institucionales descentralizados.

Canadá, Australia e incluso Estados Unidos han demostrado –aunque por razones diferentes– que hay otros modelos en los que fijarse, es decir, soluciones que han dejado intacto el sistema de reparto competencial.

Tanto es así que el Gobierno federal canadiense, que habría tenido competencia para declarar el estado de emergencia a nivel federal, dejó en manos de las distintas provincias su proclamación a nivel local, manteniendo la plena responsabilidad de la gestión de la emergencia en manos de las entidades descentralizadas. Esta elección, por otra parte, tenía su propia racionalidad intrínseca, ya que las medidas de lucha contra la pandemia afectaban principalmente a ámbitos de competencia provincial²⁴.

Del mismo modo, en Australia, el Gobierno de Canberra no optó por el estado de emergencia y los Estados actuaron de forma autónoma dentro de las competencias que les estaban reservadas, contribuyendo a superar la emergencia sanitaria y adoptando regulaciones muy diferentes según las condiciones de los territorios y acudiendo a la intervención a nivel local²⁵.

22 P. THIELBÖRGER, *Germany-Federalism in Action*, en M. C. KETTERMAN, K. LACH-MAYER (ed.), *Pandemocracy in Europe*, cit., p. 96 y ss.

23 Sin embargo, aunque se valoró positivamente la actuación de Alemania, no faltaron las críticas, que calificaron la intervención federal de anodina y, por tanto, ineficaz, P. THIELBÖRGER, *Germany-Federalism in Action*, cit.

24 P. FAFARD, A. CASSOLA, M. MACAULAY, M. PALKOVITS, “*The Politics and Policy of Canada’s COVID-19 Response*”, en S.L. GREER, E. J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 459 y ss.

25 Sin embargo, sólo en tres Estados australianos (de un total de seis y tres territorios) se ha impuesto un bloqueo. L.-F. LOW, “*The Long-Term Care COVID-19 Situation in Australia*”, *International Long Term Care Policy Network*, 2020. Disponible en: <https://ltccovid.org/wp-content/uploads/2020/04/Australia-LTC-COVID19-situation-24-April-2020.pdf>.

Por diferentes razones, tampoco Estados Unidos ha propuesto una reducción de las competencias estatales, en parte porque las demarcaciones competenciales entre los niveles institucionales siguen siendo sólidas y, en segundo lugar, porque la propia Federación (es decir, el presidente Donald Trump, en el cargo en el momento del brote epidémico) se ha mostrado reacia a adoptar medidas cautelares y precautorias, prefiriendo un *non facere* encaminado a mantener el *statu quo* ordinario. Es cierto que el Presidente Trump proclamó el estado de emergencia el 13 de marzo de 2020 sobre la base de la *National Emergencies Act* de 1976²⁶, pero antes de esa fecha 33 Estados ya habían anticipado de forma independiente el estado de emergencia. La declaración federal, además, sólo encomendaba al centro la adquisición de dispositivos médicos y vacunas, dejando libertad a los distintos Estados para adoptar las medidas que considerasen más adecuadas y restrictivas de las libertades personales²⁷. Fue precisamente la inadecuada respuesta federal, determinada por la obstinada voluntad negacionista del entonces Presidente, la que produjo resultados insatisfactorios a juicio de los Estados, que abordaron la crisis sanitaria con plena autonomía y con una contundencia proporcional a sus diferentes sensibilidades políticas²⁸.

En cierto modo, el enfoque de México y Brasil es similar, donde los respectivos Presidentes han compartido la actitud negacionista del Presidente Trump con Estados Unidos. En estos casos, el federalismo especialmente centralizado respecto al estadounidense ha coincidido con el norteamericano. Las federaciones brasileña y mexicana no han extendido sus estribaciones sobre las instituciones estatales más allá de lo ordinariamente permitido, sin embargo, en lo que respecta a la lucha contra la COVID, la firma de comportamiento del centro ha sido de inercia, lo que, no obstante, además de crear descontento en la población, ha fomentado un activismo territorial dirigido a oponerse a la conducta omisiva de los respectivos Presidentes²⁹.

El no agotamiento de las competencias normativas de las articulaciones territoriales también permitió equilibrar las opciones imprudentes o los enfoques

26 (P.L. 94–412, 90 Stat. 1255).

27 B.A. CIGLER, “Fighting COVID-19 in the United States with Federalism and Other Constitutional and Statutory Authority”, *Publius*, núm. 1, 2021, p. 1 y ss.

28 Aquí cabe hacer referencia a la división partidista que ha visto a los gobernadores republicanos mostrarse más tibios ante la imposición de normas de cierre y el uso de mascarillas, frente a los demócratas, generalmente más preocupados por la propagación del virus y más proclives a las medidas restrictivas.

29 P. M. SINGER, C. E. WILLISON, N. MOORE-PETINAK, S.L. GREER, “Anatomy of a Failure: COVID-19 in the United States”, en E. NADER, M.-C. FUCHS (eds.), *COVID-19 y Estados en acción*, cit., 478 s.

negacionistas de los aparatos centrales. Así, a pesar de la diversidad estructural de los federalismos, el resultado fue más o menos similar, ya que las omisiones operativas de la Federación dejaron margen de maniobra a las instituciones descentralizadas.

En conclusión, las condiciones de emergencia dictadas por la pandemia produjeron resultados diferentes en los Estados federales que en los Estados regionales o de baja descentralización: las soluciones centralizadoras consideradas más eficientes se adoptaron principalmente en los sistemas en los que el nivel de descentralización se consideraba de medio a bajo, más que en aquellos en los que existe una distribución territorial de competencias entre el centro y la periferia³⁰.

III. EL (DIFÍCIL) DIÁLOGO DE LAS AUTONOMÍAS TERRITORIALES CON EL CENTRO

Un hecho que emerge con cierta fuerza respecto al examen realizado anteriormente es que, independientemente de la forma de Estado, los sistemas han mostrado múltiples aspectos críticos respecto a las relaciones entre el centro y la periferia. En otras palabras, la correa de transmisión que conectaría el nivel institucional central y el descentralizado (independientemente de que esté dotado o no de poder normativo) ha parecido repetidamente atascada o, en todo caso, poco fluida.

Si observamos algunos de los ordenamientos que se han mencionado con anterioridad, la situación es bastante uniforme en todos ellos. La colaboración y la codecisión han sido momentos recesivos en la larga y atormentada epopeya de la COVID-19. Además, incluso los ordenamientos que habían establecido previamente órganos y lugares de reunión no lograron explotarlos plenamente de forma virtuosa. La realidad, por el contrario, mostró una continua “huida” de los representantes institucionales de los lugares de reunión formales, prefiriendo en su lugar momentos de confrontación informales e improvisados. Por un lado, se mantuvo una estructura codificada, establecida en el pasado, pero sustancialmente incapaz de responder a las exigencias de eficiencia, eficacia y rapidez de las decisiones que demandaba la dramática situación, y, por otro, asistimos al desarrollo de mecanismos relationales espontáneos desprovistos de toda regulación, pero que constituyeron el único foro de confrontación entre el centro y la periferia.

30 En este punto coincide F. PALERMO, “Il virus non è democratico: l’impatto asimmetrico della pandemia sulle minoranze nazionali e nuove sfide per la tutela dei loro diritti”, en V. PIERGIGLI (ed.), *Le identità minoritarie*, cit., p. 374 nt. 20.

Esta característica parece ser una tendencia generalizada y transversal tanto en los Estados regionales como en los federales.

De hecho, en el Reino Unido, el foro de concertación “oficial”, el *Joint Ministerial Committee*, no ha tenido mucho éxito, sustituido por el *Civil Contingencies Committee*, un órgano que reúne a los máximos responsables del ejecutivo (nacional y territorial), asistidos por los respectivos *chief medical officers* junto con sus *chief scientific advisers*³¹. Sin embargo, aunque al principio la colaboración entre las autonomías y las autoridades gubernamentales descentralizadas parecía más vertebrada, posteriormente se impuso un enfoque más autoritario por parte de *Downing Street*, por lo que no es de extrañar que los ejecutivos escocés y galés se quejaran de la falta de instrumentos de cooperación³². En particular, se criticó el método unilateral de toma de decisiones, sin previsión de consulta, y la ausencia continuada de un foro estructural para la representación de las autonomías territoriales a nivel central³³.

En Italia, durante el período de emergencia, se eclipsaron las sedes de conexión Estado-Regiones-Autoridades Locales, que son, según el artículo 12, c. 5 de la Ley n.º 400 de 1988, los lugares donde se expresan las opiniones sobre los actos legislativos de Estado de interés regional. En su lugar, esta función fue desempeñada por la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas, órgano compuesto por los Presidentes de las Regiones y Provincias Autónomas, cuya Constitución carece de base legislativa. Como consecuencia de esta evolución, el dictamen ordinario emitido por la Conferencia de las Regiones y Provincias Autónomas sobre los decretos-leyes también fue absorbido por el emitido en la Conferencia de Presidentes, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos-Leyes n.º 6 y n.º 19 de 2020³⁴.

Las razones de este cambio en el proceso de aprobación pueden atribuirse a la presión del factor tiempo; la exigencia de celeridad en la toma de decisiones dificultaba el cumplimiento de las cargas organizativas de la Conferencia Estado-Regiones-Provincias Autónomas, mientras que la convocatoria de la otra Conferencia, a cuyas reuniones asistía el Ministro de Asuntos Autonómicos, parecía garantizar un

31 L. DELL'ATTI, *Scozia, Pandemia e intergovernmental relations*, cit., p. 312 y ss.

32 R. THOMAS, “Virus Governance in the United Kingdom”, en M. C. KETTERMAN, K. B. LACHMAYER (curr.), *Pandemocracy in Europe*, cit., p. 85 ss. Menos crítico en este punto es, sin embargo, C. MARTINELLI, *Il Regno Unito di fronte alla pandemia*, cit., p. 237 y ss., quien valora la actividad de las *Cabinet Office Briefing Rooms* (COBRA).

33 Esto hizo esperar que el *UK Council of Ministers for the Nations and Regions* pudiera constituirse lo antes posible, véase R. THOMAS, *Virus Governance in the United Kingdom*, cit., p. 86.

34 En concreto, el d.l. n.º 19 de 2020 establece la obligación de oír a los presidentes de las regiones afectadas antes de la adopción de actos reglamentarios.

procedimiento más ágil y al mismo tiempo un marco dialéctico y de síntesis para las instancias regionales, aunque no puede ignorarse que se produjo una alteración procedural³⁵.

En Francia, la colaboración ha quedado excluida de la agenda gubernamental, y las entidades territoriales, aunque han participado activamente en la aplicación de las medidas previstas, han actuado de forma heterodirigida, sin tener nunca la oportunidad de participar en la definición del contenido de los actos normativos, ni en las modalidades de su aplicación³⁶. Esto confirma el carácter centralizador del sistema francés, cuyas reformas emprendidas desde 1982 no han inaugurado un camino virtuoso³⁷.

En España, pueden identificarse dos fases diferentes de gestión de la emergencia. En la primera, que duró de marzo a junio de 2020, se produjo la elisión de las competencias autonómicas³⁸, mientras que la segunda fase se caracterizó por una gestión más participativa de las articulaciones territoriales, llamadas a definir concretamente qué medidas podrían adoptarse en sus territorios dentro del marco establecido por el Gobierno (la llamada desescalada). Esta fase más autonomista vio modulaciones diferenciadas en el territorio, consagradas por la adopción de actos específicos en las distintas Comunidades Autónomas³⁹. Paradójicamente, fue preci-

35 E. CATELANI, “Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza COVID-19? Più forma che sostanza”, *Osservatorio sulle fonti*, núm. 2, 2020, p. 501 y ss.

36 A. M. LECIS COCCO ORTU, A. NEYRAT, “Les relations entre l'Administration centrale et les administrations territoriales en France à l'épreuve de la crise sanitaire”, *Italian Papers on Federalism*, núm. 1, 2022; O. RENAUDIE, “Les collectivités territoriales à l'épreuve de la crise du Coronavirus”, *Revue de droit sanitaire et social*, 2020, p. 857 y ss.

37 La experiencia francesa desmiente las halagüeñas expectativas que una parte de la doctrina había prefigurado, cf. A. DELCAMP, M.J. TULARD, “La decentralisation française: à la recherche d'un second impulse”, *Amministrare*, núm. 2, 2003, p. 191 y ss. Para una descripción del sistema, véase P. COSTANZO, *La “nuova” costituzione della Francia*, Turín, 2009, p. 92, 103 y en parte 336 y ss. Para evaluaciones más recientes, véase G. SAPUTELLI, “France-Italie: symétries et asymétries des pouvoirs locaux”, *Pouvoirs locaux*, 2022, p. 60 y ss.

38 Insiste en ello, J. RIDAO, *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cobernanza en la gestión de la COVID-19*, Madrid, 2021, p. 23 y ss.

39 Para una identificación más correcta, véase M. CECILI, “La gestione della crisi pandemica e l'autonomismo spagnolo. Il caso della Catalogna: ancora uno scontro con Madrid”, p. 275; C. CERBONE, “L'impatto della pandemia da Covid-19 sul nazionalismo basco: è possibile una gobernanza colaborativa tra Madrid e Paesi Baschi”, p. 291, ambos en V. PIERGIGLI (ed.), *Le identità minoritarie*, cit.

samente esta valorización autonómica la que se encontró con la censura del Tribunal Constitucional⁴⁰, que, en la Sentencia núm. 183 de 2021, declaró ilegítimas algunas disposiciones del Real Decreto núm. 926 de 2020 (y del Decreto de prórroga núm. 956 de 2020), ya que las limitaciones de los derechos en ellas indicadas no fueron ordenadas por el Gobierno, sino que se dejaron a la aplicación posterior de cada Comunidad Autónoma. La autorización para la continuación del estado de alarma se produjo en un espacio temporal en el que las limitaciones de derechos no estaban definidas, dejando así una especie de página en blanco para las autonomías territoriales⁴¹.

Algunas evaluaciones que van en el sentido de un proceso relacional más ordenado entre la Federación y las entidades territoriales pueden expresarse con respecto al sistema alemán. En este caso, la gestión de la pandemia no eclipsó la cooperación leal que siempre ha acompañado las actividades de la *Bund* y los *Lander*. De hecho, tanto la Conferencia de Ministros (*Ministerpräsidentenkonferenz-MPK*) como la Conferencia Intergubernamental (*Bund-Länder-Konferenz*) han seguido ejerciendo sus funciones⁴², a las que se han sumado de forma casi prevalente las reuniones informales, casi siempre a distancia, entre el alto ejecutivo y los Primeros Ministros de los Estados, convirtiéndose en los lugares privilegiados de confrontación y búsqueda de sinergias entre los distintos niveles institucionales.

En Canadá, donde ya hemos mencionado la división de competencias entre la Federación y las Provincias, los niveles institucionales han actuado en su mayor parte de forma coordinada y colaborativa. El tsunami sanitario que asoló el país (aunque

40 Véanse las perspicaces observaciones de la Juez María Luisa Balaguer sobre este punto en su voto particular.

41 Sobre este punto, G. POGGESCHI, “Il nazionalismo e l’autonomia della Catalogna alla prova del COVID-19”, en V. PIERGIGLI (cur.), *Le identità minoritarie*, cit., p. 205 y ss. Cf. Para un estudio más detallado, G. VILLAR CRESPO, “Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras la sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021”, *RVAP*, núm. 123, 2022, p. 179 y ss. Además, no puede pasarse por alto cómo esta dinámica se hace eco del esquema italiano: decreto ley de aplicación-d.P.C.M (véase *supra*).

42 A. DIRRI, “Pandemia e leale collaborazione: il modello regionale italiano alla luce di due “federalismi classici”, *Italian Papers on Federalism*, núm. 3, 2021, p.112 y ss; J. WOELK, A. DE PERTRIS, “Un approccio diverso: l’emergenza “collaborativa” del federalismo tedesco”, *Osservatorio costituzionale*, núm. 3, 2020, p. 432 y ss. T. CZYPIONKA, M. REISS, “Three Approaches to Handling the Covid-19 Crisis in Federal Countries: Germany, Austria, and Switzerland”, en S. L. GREER, E. J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 295 y ss.

con distinta intensidad según las provincias) no afectó al sistema de relaciones intergubernamentales que siempre había carecido de foros institucionalizados y, por tanto, no produjo ningún cambio institucional, señal inequívoca de que este tipo de cooperación se percibe como el *modus operandi* consustancial a la forma de Estado federal en cualquier fase política, desde la ordinaria hasta la extraordinaria⁴³.

Por otra parte, la Corte Suprema ha subrayado en repetidas ocasiones que los ámbitos de competencia federales y provinciales no pueden considerarse *watertight compartments*, y las provincias se han mostrado partidarias de interpretaciones “flexibles” (pero consensuadas) del reparto de competencias⁴⁴.

Hay que añadir que el sistema habitual de relaciones también se ha mantenido en virtud de una importante experiencia pasada. Canadá, de hecho, tuvo que hacer frente a la epidemia de Sars en 2003. El acontecimiento sanitario había impuesto cambios organizativos, entre ellos la creación de la *Public Health Agency*, una agencia federal que opera con la *Pan-Canadian Public Health Network* en la que se sientan todos los *Premiers* de las provincias y territorios, que a su vez están asistidos por el *Council of Chief Medical Officers of Health*, formado por los jefes administrativos de sanidad federales y descentralizados⁴⁵. Así pues, los vínculos informales y las oficinas especializadas han contribuido a maximizar la eficacia del sistema, sin crear un *vulnus* en la arquitectura federal.

43 R. SCHERTZER, M. PAQUET, “How Well is Canada’s Intergovernmental System Handling the Crisis?”, *Policy Options*, 8 de abril de 2020. Disponible en: <https://policyoptions.irpp.org/magazines/april-2020/how-well-is-canadas-intergovernmental-system-handling-the-crisis/>; A. LE-COURS, D. BÉLAND, N. BRASSARD-DION, T. TOMBE, J. WALLNER, *The COVID-19 Crisis and Canadian Federalism* in *Forum of Federations and Centre on Governance Occasional Paper*, núm. 48, 2020. Disponible en: <http://www.forumfed.org/wp-content/uploads/2020/10/OPS48.pdf>; D. ROBITAILLE, “La COVID-19 au Canada: Le fédéralisme coopératif à pied d’œuvre”, en C. M. FLOOD, V. MACDONNELL, S. THÉRIAULT, S. VENKATAPURAM, & J. PHILPOTT (eds.), *Vulnerable: The Law, Policy & Ethics of COVID-19*, Ottawa, 2020, p. 79 y ss.

44 A.M. LINDEN, “Flexible Federalism: The Canadian Way”, en J. FEDTKE, B.S. MARKE-SINIS (eds.) *Patterns of Regionalism and Federalism: Lessons for the UK*, Oxford, 2006, p. 51 y ss. E. BROUILLET, “The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power”, en N. ARONEY, J. KINCAID (eds.), *Courts in Federal Countries*, Toronto, 2017, p. 150 y ss.

45 K. FIERLBECK, L. HARDCASTLE, “Have the post-SARS Reforms Prepared us for COVID-19? Mapping the Institutional Landscape”, en C. M. FLOOD, V. MACDONNELL, S. THÉRIAULT, S. VENKATAPURAM, J. PHILPOTT (eds.), *Vulnerable: The Law, Policy & Ethics of COVID-19*, Ottawa, 2020, p. 31 y ss.

Hay que hacer consideraciones similares cuando se examina otra experiencia federal madura como la de Australia. De hecho, Australia comparte con Canadá la decisión de no proclamar el estado de emergencia federal y, de forma similar, el ejecutivo federal ha optado por una coordinación *soft*. Y de nuevo, como en el otro miembro de la *Commonwealth*, los foros informales han flanqueado a órganos más institucionalizados; fue precisamente la emergencia de la COVID la que provocó la transformación del *Council of Australian Governments*⁴⁶, sede de la cooperación horizontal entre los Estados y los territorios, en el *National Cabinet*, asamblea en la que se reúnen los Primeros Ministros de los Estados y territorios con el Primer Ministro federal. Se trata de un cambio en la configuración institucional australiana, producido por la situación de emergencia y que parecía garantizar mejor tanto la coordinación federal como la cooperación intergubernamental.

Parece bastante evidente que los Estados federales –donde el principio cooperativo es cualificante– han conseguido salvaguardar la distribución territorial del poder político incluso en los momentos de mayor dificultad. Ello ha sido posible gracias al perfeccionamiento y aplicación de instrumentos de cooperación consolidados a lo largo del tiempo, con la firme conciencia de que los Estados policéntricos no pueden basarse en el principio de jerarquía y uniformidad, sino en la búsqueda incesante de un equilibrio entre los principios de unidad y autonomía⁴⁷.

IV. ¿QUÉ QUEDARÁ DE ESTOS AÑOS?

Sin capacidad de predicción, resulta muy difícil comprobar si los cambios que han tenido lugar en los años de la pandemia producirán cambios institucionales permanentes. Dada la imposibilidad de predecir el futuro, al menos puede ser útil hacer balance de lo ocurrido.

La primera observación que surge es que la emergencia ha agudizado el protagonismo del ejecutivo tanto a nivel central como local. Los Estados centralizados, e incluso los regionales, han sufrido una torsión liderista, en el sentido de que no sólo se ha reforzado la estructura gubernamental, sino que dentro de ella su cúspide ha

46 Sobre las actividades y funciones de este órgano, véase M. PAINTER, “The Council of Australian Governments and Intergovernmental Relations: A Case of Cooperative Federalism”, *Publius*, vol. 26, núm. 2, 1996, p. 101.

47 A conclusiones similares llegan F. GALLARATI, “La reazione alla pandemia di COVID-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata”, *DPCE on line*, núm. 2, 2021, p. 1605 f.; A.M. RUSSO, *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in crisi) ed (in) emergenza negli Stati composti*, *DPCE on line*, núm. 50, 2022.

pasado a dominar el sistema. Y esta tendencia es especialmente marcada en formas de gobierno parlamentarias como el Reino Unido, Alemania e Italia.

Queriendo referirnos únicamente a este último ordenamiento, resulta obligado mencionar rápidamente el asunto relativo a los d.P.C.M. En efecto, el d.l n.º 6 de 2020 ha confiado a esta fuente la tarea de regular detalladamente las medidas restrictivas que deben ponerse en marcha para contrarrestar la propagación de la enfermedad. Este acto es adoptado por el Presidente del Consejo de Ministros, oído el Ministro de Sanidad y teniendo en cuenta la opinión del Ministro de Economía, del Interior, de Defensa y de los demás Ministros competentes, la opinión de las Regiones afectadas o la opinión de la Conferencia de Presidentes de las Regiones y Provincias Autónomas en caso de afectación de todo el territorio nacional.

La medida en fase de adopción no está sujeta a control alguno y, sobre todo, antes de la intervención del d.l. n.º 19 de 2020, el Primer Ministro estaba investido de la facultad de adoptar todos aquellos actos restrictivos de los derechos y libertades fundamentales que fueran necesarios para hacer frente a la enfermedad. No puede pasarse por alto cómo este supuesto abierto, que no garantizaba una tipificación de las medidas a adoptar⁴⁸, otorgaba al órgano gubernamental monocrático un poder discrecional *ultra vires*⁴⁹. Además, se produjo –sobre todo en la primera fase– una marginación del Consejo de Ministros, traicionando lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución, que no otorga al Presidente del órgano una posición de supremacía sobre el mismo, limitándolo únicamente a la dirección y responsabilidad.

La ampliación del uso de los d.P.C.M puede estar ligada a las condiciones excepcionales que se han dado en nuestro país –ojalá no reproducibles– y por tanto no destinado a alterar el sistema de fuentes. Sin embargo, mucho antes de la crisis de la pandemia, la doctrina había trazado las coordenadas críticas del acto *de quo*, dado su frecuente recurso en detrimento de las fuentes normativas *ex lege* n.º 400 de 1988⁵⁰.

48 Se refiere a la introducción de sanciones administrativas y penales.

49 Hay que añadir que la Corte Constitucional, con las sentencias núm. 37 y 198 de 2021, ha “subsanado” de hecho las dudas de constitucionalidad sobre la legislación primaria que regula el Decreto del Presidente del Gobierno, considerando el instrumento capaz de adaptarse a los datos cambiantes del contagio y de equilibrar la garantía de los derechos y la necesidad de combatir la epidemia, y de excluir la fuerza de ley, reduciéndolo a un acto administrativo necesario. A. MORELLI, “Le ‘convergenze parallele’ dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: ‘stato di emergenza’ e ‘stato di necessità’ alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale”, *Nomos*, núm. 3, 2021. M. RUBECHI, “I d.P.C.M. della pandemia: considerazioni intorno ad un atto da regolare”, *Federalismi.it*, núm. 27, 2021, p. 180 y ss.

50 L. ELIA, “La presidenzializzazione della politica”, *Teoría política*, núm. 1, 2006, p. 8. N.

Además, el fenómeno de la presidencialización de los ejecutivos también ha afectado a las regiones de forma más macroscópica, ya que los máximos órganos son elegidos directamente por el cuerpo electoral y, por tanto, tienen una investidura electoral que los convierte en depositarios e intérpretes de la soberanía popular. Por otra parte, es el paradigma de las relaciones intergubernamentales el que acentúa el papel ya sobreexpuesto de los ejecutivos.

El hilo del discurso nos lleva a una segunda consideración que refleja la anterior y se refiere al papel marginal reservado a los parlamentos. Y aquí nos encontramos de nuevo ante la exasperación de un *trend* que ya caracterizaba a las formas modernas de gobierno pero que se vio exacerbada por la COVID⁵¹.

En Italia, gran parte de las críticas sobre la utilización del d.P.C.M. se referían precisamente a la exclusión absoluta de cualquier fase parlamentaria (*v. supra*), una patología parcialmente corregida con el d.l. n.º 19 de 2020, que reintrodujo las cámaras en el procedimiento⁵². También en Alemania se registró una cierta resiliencia con respecto a la participación de las asambleas elegidas, donde las enmiendas a la *Infektionsschutzgesetz* de 2020 vaciaron gradualmente el papel tanto del *Bundesrat* como del *Bundestag*⁵³.

La tercera reflexión, que es casi una síntesis de lo que se ha destacado anteriormente, se refiere a la cuestión de las garantías de los derechos. En todos los países se han restringido los derechos y libertades constitucionales: ante una enfermedad des-

LUPO, “La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione”, *Federalismi.it*, núm. 3, 2017; V. DI PORTO, “La carica dei DPCM”, *Osservatorio sulle fonti*, núm. 2, 2016.

51 A. VEDASCHI, “The Marginalisation of Parliament in Facing the Coronavirus Emergency: What about Democracy in Italy”, en M. C. KETTERMANN, K. LACHMAYER (eds.), *Pandemocracy in Europe*, cit., p. 124 s.; L. CUOCOLO, “I diritti costituzionali di fronte all'emergenza COVID-19: la reazione italiana”, *DPCE online*, núm. 2, 2020, p. 1491 s. V. PIERGIGLI, “Parlamenti e Corti. Spigolature al tempo della pandemia”, *Federalismi.it*, núm. 13, 2021. S. PAROLARI, “Dalla gestione della pandemia in Italia la conferma della crisi della democrazia rappresentativa a livello statale e sub-statale”, en F. PALERMO, S. PAROLARI (curr.), *Le tendenze del decentramento in Europa*, p. 321 ss. Para un estudio en profundidad del derecho comparado, F. SPAGNOLI, “Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo. Disciplinas y usos en Italia, España y Estados Unidos”, *DPCE on line*, núm. 50, 2022.

52 E. GRIGLIO, “La parlamentarizzazione dei DPCM ‘pandemici’: un caso di inversione dell’onere della prova”, *Filangieri*, 2020, p. 39 s.; E. CATELANI, “I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?”, *Quad. cost.*, núm. 4, 2020, p. 727 y ss.

53 Además, la marginación del Parlamento es uno de los ámbitos en los que es necesario un cambio legislativo.

conocida, las respuestas para combatir el contagio se han declinado por la reducción del contacto entre las personas, afectando no sólo a todas las actividades cotidianas, sino también a las laborales y empresariales.

Uniendo el ejercicio del poder confiado a los gobiernos y la necesidad, por razones sanitarias, de limitar los derechos, hay quien ha querido ver una especie de ataque a la democracia liberal, queriendo debilitar permanentemente sus presupuestos. Dejando a un lado las hipótesis “conspirativas”⁵⁴, es innegable que la justificación sanitaria de la compresión de los derechos ha actuado como catalizador en algunas realidades, donde las derivas autoritarias parecían haberse instalado ya antes de la deflagración. Cabe hacer referencia a Hungría, donde el Presidente ha manifestado en numerosas ocasiones su falta de respeto por los principios del Estado de Derecho, convirtiendo al país en lo que podría denominarse una democracia antiliberal⁵⁵.

En este marco –y aquí llegamos al cuarto punto–, el empañamiento de las funciones y competencias de las autonomías descentralizadas no puede sino ser motivo de preocupación. No cabe duda, en efecto, de que el pluralismo territorial puede constituir un *counterbalance* adecuado a los empujes centralizadores aplicados por los gobiernos. La función de garante de las entidades territoriales ha inspirado la ubicación del federalismo entre los límites imprevisibles de la Constitución alemana,

54 Una lectura interesante desde esta perspectiva puede ser la de P. BECCHI, *Kant con el pase verde. Dalla sorveglianza al controllo sociale* (*De la vigilancia al control social*), Roma, 2022, que expresa la intolerancia hacia cualquier medida que afecte a la libertad individual. También se puede añadir que en algunos países, los medios de vigilancia se han utilizado generalmente para contrarrestar la emergencia terrorista, una referencia en este sentido es Israel, véase A. GREENE, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, Oxford, 2018, p. 1; G. BAD QUINTANAL, “Managing a Pandemic. The Securitization of Health and the Challenge for Fundamental Freedoms”, en B. STANFOORD, S. FOSTER, C. ESPALIÚ BERDUD (eds.) *Global Pandemic, Security and Human Rights*, Abingdon, 2022, p. 84; T. MEACHAM, “COVID-19 and Constitutional Tensions, Conflicts between the State and the Governed”, en B. STANFOORD, S. FOSTER, C. ESPALIÚ BERDUD (eds.), *Global Pandemic, cit.*, p. 29 y ss. COMISIÓN EUROPEA, *Interim Report on the Measures Taken in the EU Member States as a Result of the COVID 19 Crisis and their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights* en <https://www.venica.coe.int/webform/documents//default> 8-9 october 2000; A. VEDASCHI, “Il COVID-19, l’ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato”, *DPCE online*, 2020, p. 1453 y ss.

55 Sobre el tema de las democracias iliberales y concretamente sobre Hungría, véase G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia, cit.*, p. 3999; G. HALMAI, “Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective”, en S. KADELBACH (ed.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2018, p. 82.

del mismo modo que el artículo 5 de la Constitución italiana ofrece a las autonomías el papel de garantes políticos.

En tiempos de emergencia, esta función se ve incluso incrementada, y esta circunstancia se invierte especialmente allí donde el frente centro-periferia ha sido especialmente conflictivo. Nos referimos a países federales como Estados Unidos, Brasil⁵⁶ y México, donde una federación alineada en posiciones negacionistas y orientada a no intervenir decisivamente se vio contrarrestada por la voluntad de algunos gobernadores estatales que adoptaron autónomamente medidas de precaución más o menos intensas e intentaron frenar la propagación del virus, habiendo percibido mucho antes que el centro el peligro de la situación.

Esta afirmación se ha puesto a prueba, por ejemplo, en Estados Unidos, donde en algunos casos se proclamó el estado de emergencia mucho antes que la Federación. La necesidad de una previsión anticipada a nivel descentralizado también se ha hecho notar en otros ordenamientos: en Italia, el Presidente de la Región de las Marcas adoptó una orden de cierre de colegios el 27 de febrero de 2020, antes de que el Consejo de Ministros decidiera la misma medida para todo el territorio nacional⁵⁷. Incluso en los sistemas en los que la relación entre los gobiernos centrales y los entes territoriales es menos conflictiva, como en Alemania, no ha sido raro asistir a dos velocidades de reacción: Baviera es, de hecho, el primer Estado de la Federación en proclamar el cierre el 20 de marzo de 2020, mucho antes que los demás.

En vista de ello, un régimen dual de *feedback* entre el centro y la periferia sobre la misma emergencia puede considerarse positivo, ya que el activismo local puede servir de acicate a las instituciones centrales y responder adecuadamente a las demandas procedentes del territorio.

Además, es precisamente el nivel local el que recopila y clasifica los datos epidemiológicos, por lo que, en virtud de una subsidiariedad informativa, la asignación a la periferia de la autoridad para tomar decisiones sobre qué medidas adoptar no se consideraría descabellada, sino que responde a necesidades logísticas⁵⁸.

56 E. MASSARD DA FONSECA, N. NATTRASS, L. BOLAFFI ARANTES, F. I. BASTOS, “COVID-19 in Brazil: Presidential Denialism and the Subnational Government’s Response”, en S.L. GREER, E.J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 494 y ss.

57 La orden fue anulada por el Presidente del Tribunal Administrativo Regional de Las Marcas. A. PIAZZA, “Le relazioni fra Stato e autonomie territoriali alla prova della prima ondata pandemica”, *Istit. Fed.*, núm. 4, 2020, p. 1005 y ss.

58 Para reflexiones sobre los pros y los contras de la gestión de emergencias por el centro o la periferia, véase G. D’IGNAZIO, “Il decentramento asimmetrico nel quadro giurídico europeo: emer-

Si, por el contrario, se prefiere una opción organizativa que, en todo caso, sitúe al centro como *locus* privilegiado para la deliberación de las medidas interdictatoriales al virus, se hace necesario y estratégico desarrollar mecanismos, procedimientos o foros en los que sea posible codecidir los contenidos de los actos normativos, y ello no sólo como un deber constitucional sino como una obligación organizativa.

Es especialmente el caso cuando, en un momento de tensión de emergencia para las instituciones, el intenso esfuerzo de coordinación puede socavar o incluso afectar al reparto competencial. La compresión de las autonomías debe compensarse con una ampliación de la fase de concertación para equilibrar el sistema. Un mecanismo adecuado de *shared-rule* también puede servir para reducir los litigios. De hecho, si en una confrontación centro-periferia, el sistema constitucional de reparto de competencias puede atemperarse mediante la regla compartida, se pueden evitar los recursos judiciales. Así, el sistema de relaciones intergubernamentales puede utilizarse como cámara de descompresión de conflictos⁵⁹.

Evidentemente, este escenario no está exento de sombras, ya que se baraja la hipótesis de que se produzca una especie de revisión tácita de la Constitución, aunque esperemos que sea provisional. Sin embargo, no se puede aplaudir el resultado producido en Italia, donde el conflicto Estado-Regiones vio la intervención de la Corte Constitucional con la sentencia n.º 37 de 2021 (*v. supra*). Esta última ha vuelto a poner sobre la mesa el tema de la profilaxis internacional –materia de competencia exclusiva estatal– “cualquier medida destinada a contrarrestar una pandemia sanitaria en curso, o a prevenirla”, eludiendo así cualquier poder residual o subsidiario de intervención a las Regiones. Sorprende también que el juez de leyes remonte la *ratio justificativa* del *decisum* a razones de orden lógico y objetivo más que jurídico, recordando la ineluctabilidad de la unidad de acción, estimando “improcedente la división regional y local de las atribuciones”.

Hubiera sido mejor emprender una operación de persuasión en los foros de mediación política, en lugar de tener que lidiar ahora con una sentencia del juez de leyes que vacía de contenido la autonomía regional⁶⁰.

genze e nuove sfide per le autonomie territoriali”, en F. PALERMO, S. PAROLARI (curr.), *Le tendenze del decentramento in Europa, cit.*, p. 15 y ss.

59 F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism*, Oxford, 2017, p. 257 y ss.

60 Ahora bien, está claro que este empobrecimiento de las competencias autonómicas sólo es legítimo cuando se dan condiciones excepcionales y, por tanto, no es una adquisición permanente, pero lo cierto es que la vía argumental de la Corte Constitucional puede reproducirse para cualquier momento de crisis, no sólo sanitaria, cambiando sólo la etiqueta competencial.

La búsqueda del compromiso no es fácil, sobre todo en un momento de gran agitación política y social, y es necesario reflexionar sobre cómo los actores institucionales han afrontado esta fase. Uno de los perfiles que más salta a la vista es el que muestra cómo en los Estados federales con vocación cooperativa, como Alemania, los procedimientos de concertación han dado mejores resultados, mientras que los Estados regionales no han encontrado equilibrios operativos apreciables, al carecer de experiencia previa en la que apoyarse.

Lo que, en cambio, tenían en común las formas federal-regionalistas era la predilección por un aformalismo de los lugares de reunión; de hecho, los foros institucionales quedaban relegados a un segundo plano, prefiriéndose en su lugar las reuniones informales. La agilidad y flexibilidad que garantiza la informalidad han sido considerablemente apreciadas, pues se ha comprobado que son más eficaces. Lo cierto es que la cuestión es hasta qué punto estas reuniones pueden garantizar la autonomía de las entidades descentralizadas y hasta qué punto no se degradan a lugares de mero intercambio de información y transmisión de deliberaciones ya adoptadas en otro lugar.

Si también se garantiza la eficacia excluyendo las formas y procedimientos codificados, no puede pasarse por alto cómo se sacrifican en estos casos principios como la transparencia y la rendición de cuentas. De los resultados de las reuniones no suelen levantarse actas o, a lo sumo, son sucintas y, en cualquier caso, no existe obligación de hacerlas públicas⁶¹.

Esta opacidad emergió con toda su relevancia en el periodo pandémico, también como resultado de otro cambio en la dinámica entre poderes: la relación entre política y ciencia. En la incertidumbre en la que estábamos sumidos ante una enfermedad tan invisible como implacable, la producción jurídica fue en gran medida tributaria de la ciencia (que, por otra parte, tampoco estaba preparada para este virus). Se produjo una fuerte soldadura entre ciencia y Derecho como –quizás– nunca se había experimentado. Las voluntades de los poderes públicos encontraban su legitimidad en la voz de la ciencia, transmitida a través de los organismos técnicos existentes o de los organismos creados *ad hoc*⁶². Estos últimos asistían a la acción

61 Sobre el tema en general, D.V. SMILEY, “An Outsider’s Observations of Federal-Provincial Relations among Consenting Adults”, en R. SIMENON (ed.), *Confrontation and Collaboration: Intergovernmental Relations in Canada Today*, Toronto, 1979, p. 105 y ss.

62 S. PENASA, “Scienza, comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un’analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l’emergenza COVID-19”, en A. PAJNO, L. VIOLENTE (eds.), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, vol. II *Etica, comunicazione e diritti*, Bolonia, 2021, p. 59 y ss. y para un análisis preciso, M. TOMASI, “I pareri del CTS in tema di

de los gobiernos y, precisamente porque estos órganos ejercían su función consultiva sobre el conjunto del equipo o sobre los Ministros de Sanidad, las decisiones destinadas a combatir la propagación de enfermedades ostentaban inevitablemente el crisma de la neutralidad política en la medida en que estaban científicamente fundamentadas⁶³. Este factor generaba la idea de que el contenido de las medidas adoptadas era ineludible, aniquilando de hecho todas las voces que no procedieran del centro de toma de decisiones.

La taumaturgia de la posición científica también ha destacado en Alemania, donde el Instituto Robert Koch, organismo científico federal, ha aprobado múltiples informes, cuyas conclusiones han sido adoptadas tanto a nivel federal como descentralizado, sin que sus valoraciones hayan sido verificadas sustancialmente⁶⁴.

Un papel similar desempeñó en el periodo de emergencia el Consejo Científico en Francia, creado el 11 de marzo de 2020 sin ninguna base jurídica por el Gobierno con la misión de asistir al ejecutivo en la definición de las medidas de lucha contra la COVID. Este *vulnus* fue subsanado posteriormente por la Ley L. 3131-19 de 23 de marzo de 2020, que completaba el Código de Salud Pública y perfilaba el papel no sólo consultivo sino también propulsor del organismo, dado que absorbe de facto todas las demás funciones de los organismos técnicos existentes en el ámbito sanitario⁶⁵.

Por último, cabe mencionar el Comité Técnico Científico italiano, órgano consultivo creado por decreto del Jefe del Departamento de Protección Civil n.º 371 de 5 de marzo de 2020, (y disuelto con el fin de la emergencia de la COVID) cuyas actas fueron durante mucho tiempo secretas⁶⁶, no permitiendo al público seguir el curso deliberativo de las medidas de contención.

misure sanitarie di prevenzione e contrasto della pandemia. Una mancata occasione di ‘normalizzazione’ dei processi di informazione scientifica nella produzione normativa?”, *Osservatorio sulle fonti*, núm. 1, 2022.

63 G. BAD QUINTANAL, “Managing a Pandemic. The Securitization of Health and the Challenge for Fundamental Freedoms”, en B. STANFOORD, S. FOSTER, C. ESPALIÚ BERDUD (eds.), *Global Pandemic*, cit., p. 80. A. IANNUZZI, “Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnicocientifico nell’epoca del diritto transnazionale”, *DPCE on line*, núm. 3, 2020.

64 P. THIELBÖRGER, *Germany-Federalism in Action*, cit., p. 105.

65 En un sentido muy crítico, véase, S. D. ROZENBLUM, “France’s Multidimensional COVID-19 Response: Ad Hoc Committees and the Sidelining of Public Health Agencies”, en S. L. GREER, E. J. KING, E. MASSARD DA FONSECA, A. PERALTA-SANTOS (eds.), *Coronavirus Politics*, cit., p. 265 y ss. G. MINGARDO, “Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell’emergenza COVID-19”, *BioLaw Journal*, núm. 1, 2020.

66 F. LAVIOLA, “La decisión política científica: el rol del Comitato tecnico-scientifico

Sería oportuno, ahora que la enfermedad parece retroceder, abrir un debate sobre la relación entre ciencia y Derecho en la definición de las normas⁶⁷.

La última anotación se refiere a la cuestión de la cooperación horizontal; también aquí las experiencias federales han resultado virtuosas. Mención aparte merecen dos países que comparten la forma de Estado pero difieren en eficacia administrativa y en sus respuestas a la epidemia: Canadá y México. En el primero, las Provincias Marítimas –y luego Terranova y Labrador– elaboraron un plan territorial, denominado *Atlantic Bubble*, por el cual las zonas designadas se aislaban, manteniendo la circulación dentro del área pero excluyendo la llegada de no residentes y previendo un periodo de cuarentena para quienes necesitaran llegar a esas provincias. La configuración geográfica y la escasez de habitantes ayudaron a las autoridades a rastrear y contener la enfermedad, manteniendo muy bajo el número de infectados y de muertes, sin olvidar que este experimento reforzó el sentimiento de comunidad⁶⁸.

En condiciones opuestas, en México, donde la Federación ha ignorado las peticiones de auxilio de los Estados, algunos de ellos como Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas (son Estados fronterizos con Estados Unidos), el 19 de marzo de 2020, formaron la *Coordinación Noreste COVID 19*, cuyo fundamento legal es el artículo 116, frac. VII de la Constitución Federal, que permite la celebración de convenios de carácter administrativo. El objetivo era tomar medidas conjuntas en los ámbitos sanitario y económico para reducir la incidencia del virus en las personas y el tejido productivo, dada la inercia “dolosa” de la Federación.

Sin embargo, el sistema regional italiano parece haber eclipsado la cuestión. Las relaciones centro-periferia fueron conflictivas, sobre todo en la fase aguda de la epidemia, y el punto de conexión fue la Conferencia de las Regiones y Provincias Autónomas, con la que interactuaba el Ministro de Asuntos Regionales. Sin embargo, aunque se trataba de un órgano de cooperación horizontal, resultó ser más bien una mesa en la que se intentaba sintetizar las diferentes sensibilidades culturales y políticas de los presidentes para luego oponerse al Estado central. Era la “voz regional” la que se alzaba contra la estructura gubernamental estatal en una lógica casi siempre reivindicativa; la cooperación horizontal, que podía expresarse en la búsqueda de

nella gestione dell'emergenza COVID-19 tra arbitarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza”, *Federalismi.it*, núm. 20, 2021.

67 En este sentido, es efectivo el lema “normalización” de las relaciones; la expresión se debe a M. TOMASI, *I pareri del CTS, cit.*

68 D. MACKENZIE, “A Little Shelter from the Storm: COVID-19 and the ‘Atlantic Bubble’”, *The Canadian Society for Study of Practical Ethics / Société Canadienne pour l'étude de l'éthique appliquée-SCEEA*, núm. 6, 2021, p. 4.

soluciones comunes y compartidas, brillaba por su ausencia, especialmente entre regiones territorialmente contiguas. Es como si nuestro regionalismo se caracterizara por una actitud de oposición al poder estatal y nunca por una valorización intrínseca de las realidades regionales. De hecho, han estado ausentes las consultas interregionales y la conclusión de acuerdos y entendimientos que pudieran superar todas esas pegas producidas por una legislación heterogénea y a veces caótica.

Teniendo en cuenta todas estas observaciones, la respuesta a la pregunta que da título a este apartado es que “la calma después de la tormenta” podría servir a los ordenamientos individuales para racionalizar y mantener el sistema de relaciones centro-periferia, para que el tiempo de la pandemia no haya pasado en vano.

Resumen

Este trabajo pretende mostrar la evolución de las relaciones centro-periferia en los ordenamientos compuestos durante el período de la pandemia de la COVID-19. El objetivo de principal del artículo es comprender si la situación de la pandemia ha reforzado o deteriorado la colaboración entre el Estado central y los entes territoriales adoptando para ello una perspectiva comparada. En este sentido, se plantea si la diferente organización territorial de competencias entre estados regionales y unitarios influyó tanto en la forma de gestionar la pandemia como en el sistema de relaciones entre el centro y la periferia.

Palabras clave

Pandemia, organización territorial del poder, distribución de competencias, estados unitarios, estados regionales.

Abstract

This work aims to show the evolution of central-periphery relationships in the composed legal systems during the period of the COVID-19 pandemic. The main objective of the paper is to understand if the situation of the pandemic has strengthened or deteriorated the collaboration between the central state and the territorial entities by adopting a comparative perspective for it. In this sense, it considers whether the different territorial organisation of powers between regional and unitary states influenced both the way in which the pandemic was managed and the system of relations between the centre and the periphery.

Key words

Pandemic, territorial organisation of power, distribution of competences, unitary states, regional states.

Recibido: 20 de octubre de 2022

Aceptado: 6 de diciembre de 2022

Artículos



LA “LEY JUSTA”: EN BUSCA DE UNA NUEVA ANTÍGONA PARA LA HUMANIDAD¹*

The “just Law”: in search of a new antigone for humanity

LUIGI MOCCIA
Profesor de Derecho comparado
Università Roma Tre

SUMARIO:

- I. Prólogo.
- II. Valores-Fuente en Derecho.
- III. Principios de Derecho.
- IV. Interpretación jurídica.
- V. La paz como derecho humano.
- VI. Epílogo.

I. PRÓLOGO

Ante el horrible y terrible escenario de destrucción de vidas humanas, así como de bienes, provocado por la guerra de agresión contra el pueblo ucraniano, la conciencia se rebela, o así debería ser. Deberíamos invocar una ley de orden superior, capaz de oponerse a la arbitrariedad del tirano; contra quienes ejercen la ley de la fuerza, a pesar de la (por desgracia débil) fuerza de las leyes internacionales, y en violación de los derechos humanos (incluido, en particular, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona)².

Ante semejante panorama merece la pena hacer una reflexión, recordando la figura de la Antígona sofoclea evocada aquí como sugerencia simbólica, sobre el tema –que desde la antigüedad griega, al menos, nunca ha perdido actualidad– de la

* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

1 Este texto fue publicado en lengua original como Editorial del número 1 de la revista “La cittadinanza europea on line”, en 2023.

2 Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

relación entre el derecho y la justicia, y más precisamente, la justicia en el derecho; es decir, la idea de “derecho justo” (*ius quia iustum...* en lugar de *iussum*).

Para ceñirnos a los límites de un texto breve, esta reflexión, por supuesto, dado el vasto (casi interminable) panorama de la literatura sobre el tema, puede centrarse en algunas cuestiones de perspectiva.

Cuestiones de método y de mérito que exigen cada vez más del jurista el esfuerzo de redefinir, transformar e innovar semántica y conceptualmente su horizonte, todavía confinado en un concepto culturalmente prevalente de orden nacional que se identifica con la idea de soberanía territorial. Abrirse a un conocimiento de datos, normativos e interpretativos, que encuentran su lugar y desarrollo cada vez más allá del territorio estatal. Un espacio transnacional y supranacional en el que se comparten valores comunes pero también en el que emergen diferencias que requieren un enfoque comparativo, aunque sólo sea por esforzarse en contextualizar tales datos en el marco de escenarios que impliquen la comparación entre una variedad de planos de lectura del fenómeno jurídico en la complejidad de su trama sociocultural.

I. VALORES-FUENTE EN DERECHO

Una primera cuestión que emerge del tema, para no perder de vista la dirección principal de un encaje jurídico, dada la multiplicidad y variedad de vertientes de investigación con trasfondo histórico y ético-político-filosófico, es la de la posibilidad de reconstruir una teoría de los derechos humanos o fundamentales, entendidos aquí, según el uso lingüístico actual, en su universalidad e indivisibilidad como derechos de la persona (ser humano).

Comenzaremos por un dato normativo constituido por la opción de incluir, bajo la etiqueta de derechos fundamentales, de los derechos humanos más tradicionales, lo que recuerda, desde un punto de vista europeo, la terminología que se empezó a utilizar con la adopción (en el año 2000) y la entrada en vigor (en 2009) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, Carta Europea de Derechos o Carta). La inclusión es una elección en parte obligada por la historicidad de los derechos humanos o del hombre, emblema de su transcurso a través de diversas épocas. Como el final del Antiguo Régimen, que también conoció los derechos fundamentales, como límites (al menos formalmente afirmados en los tribunales) al ejercicio de los poderes soberanos, la categoría de los llamados *iura naturalia*³, marcada por la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789). O

3 G. GORLA, “Iura naturalia sunt immutabilia”. I limiti al potere del principe nella dottrina

como la aparición, tras la Segunda Guerra Mundial, de un nuevo derecho y orden internacional centrados en la tríada “paz, derechos humanos y desarrollo”, marcada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), junto con el acuerdo fundacional (1945) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El Preámbulo de la Carta Europea de Derechos se abre con la afirmación de que: “Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han resuelto compartir un *porvenir pacífico fundado en valores comunes*” (la cursiva es nuestra). El punto de vista que así se acepta, de estrecha conexión del ordenamiento jurídico europeo con expectativas y fines de importancia ético-social, es el que pivota precisamente sobre la idea-concepto de valor-fuente del Derecho. De ahí que la específica enumeración y consiguiente positivización de los valores fundamentales consagrados en la Carta la conviertan en la estrella polar que señala el camino de un “Derecho justo”; que lleva a abonar, pero también a identificar, significados ideales y contenidos de aplicación de su normatividad sobre la base de los correspondientes derechos fundamentales. Supone también una advertencia dirigida a los poderes públicos (legisladores y jueces, en particular), para que no hagan de esta legislación un mero aparato declaratorio, que sólo tenga un carácter formal o, a lo sumo, programático (promocional), contradictorio con la realidad y, por tanto, carente de eficacia.

El aspecto más destacado o, si se quiere, el motivo principal que emerge a la luz de este punto de vista, aquí relevante para el escenario del discurso sobre un derecho justo, y que puede percibirse como la presencia de un eco subyacente que imprime su tono y envuelve su textura es, por tanto, el de la relación entre el derecho y los valores de origen ético-político-filosófico o incluso religioso, en todo caso, expresión de una idea de civilización.

En sentido contrario, lo que pasa a primer plano es la cuestión de los límites de una concepción del Derecho como mero cuerpo de normas: después de siglos en los que el fenómeno jurídico ha sido –en Europa como en el resto del mundo occidental– empujado por el camino de una abstracción conceptual que separa el dato normativo del contexto sociocultural de referencia y, más concretamente, de otras esferas de la normatividad que extraen fuerza preceptiva directamente de valores y principios asumidos como tales, en su esencialidad de significante y significado.

Es ejemplar en este sentido el valor de la dignidad humana como fuente dotada de fuerza propia, es decir, no dependiente, sino capaz de irradiar por sí misma una energía normativa vital para todo el ordenamiento jurídico. Como si fuera un

e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, en Aa.Vv., *Diritto e potere nella storia europea*, Florencia, 1982, p. 629 y ss.

corazón del que se ramifican las arterias constituidas por los derechos humanos o fundamentales universalmente válidos atribuidos a la persona.

El principio de dignidad, en efecto, no sólo es fundamental, sino fundamento de todo ordenamiento jurídico que quiera y pueda llamarse humano y justo, por eso mismo “digno” de la idea y de la práctica de una civilización que pone en el centro el respeto a la persona, es decir, a todo ser humano como portador tanto de derechos como de deberes que configuran la convivencia civil.

Es significativo, además de conocido, que este principio no entró oficialmente en la esfera jurídica, a pesar de su larga historia ético-filosófica, hasta 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Donde la doble cara de la dignidad, como fuente de derechos y deberes, queda bien establecida en el artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad y derechos*. Están dotados de *razón y conciencia* y deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (la cursiva es nuestra). Por lo tanto, la declinación del ser humano –entendido no como *human being* sino como *being human*– en términos tanto de razón como de conciencia es particularmente importante en este sentido.

Los deberes que extraen su fuerza de la intangibilidad de la dignidad de la persona son, en primer lugar, los que incumben a los poderes públicos, como se afirma, por ejemplo, en la redacción del artículo 1 de la Constitución de 1949 de la República Federal de Alemania: “La dignidad del ser humano es intangible. Todos los poderes públicos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. Y ello por razones ciertamente vinculadas al horror de los crímenes del nazismo, pero que trascienden los acontecimientos históricos nacionales, hasta el punto de convertirlo en paradigma de la primacía de los valores –que partiendo de la dignidad encuentran expresión en los derechos fundamentales de la persona– sobre los poderes del Estado y sobre los poderes públicos en general, condicionando, limitando y dirigiendo su ejercicio.

La dignidad, por tanto, no designa (sólo) un derecho, sino (sobre todo) un principio metajurídico: un valor subyacente a todo orden civilizado.

Mientras que la idea de “hombre” que nos entregaron las declaraciones de derechos heredadas de la Ilustración tenía un carácter más bien abstracto, espiritual y simbólico, las constituciones modernas hacen madurar esa idea revistiéndola de la dignidad concreta y corpórea de una persona que vive y se desenvuelve en el contexto de las relaciones familiares, laborales, económicas y, más en general, sociales y políticas.

Como leemos, por ejemplo, en el artículo 3 de la Constitución italiana (de 1948): “Todos los ciudadanos tienen la misma *dignidad social* (...) Corresponde a la República *remover los obstáculos de orden económico y social* que (...) impiden el *pleno desarrollo de la persona*” (la cursiva es nuestra).

En estos términos de mayor concreción, pero de no menor fuerza ideal y moral, nunca debe olvidarse que el principio de dignidad significa, lisa y llanamente, una absoluta e indefectible prohibición de irreductibilidad de la persona al nivel de “mercancía” o, como se dice, de “material humano” o “materia biológica”: en cualquier ámbito, desde el intercambio económico-productivo hasta el científico-tecnológico.

Es decir, el mismo principio ha servido y sirve para dar razón a derechos fundamentales tanto económicos (derecho al trabajo) como sociales (derecho a la vivienda, derecho a la seguridad social), que tienen por objeto garantizar unas condiciones (mínimas) de vida, precisamente, digna. Así como derechos igualmente fundamentales relativos a la vida de la persona y a su integridad física y psíquica con los correspondientes deberes que incumben en particular a los poderes públicos de proteger estos derechos. Así nos lo recuerda, por ejemplo, la citada Carta Europea de Derechos, cuyo capítulo inicial, al afirmar la inviolabilidad de la dignidad humana (Art. 1), reconoce el derecho a la vida y a la integridad de toda persona: derechos que encuentran su reflejo en la prohibición de la pena de muerte (Art. 2), de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (Art. 4), la esclavitud y el trabajo forzado (Art. 5), pero también en la prohibición de “las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen por objeto la selección de personas”, de “hacer del cuerpo humano y de sus partes como tales una fuente de beneficio económico” y de “la clonación con fines reproductivos de seres humanos” (Art. 3).

En definitiva, la dignidad como principio pivote de toda la arquitectura de los derechos fundamentales, sí es válida para confirmar la universalidad e indivisibilidad de estos derechos, precisamente porque es la expresión de un valor único y absoluto constituido por la persona, lleva igualmente a pensar que se trata de un principio resistente a toda lógica que haga, por el contrario, del cálculo de la utilidad un fundamento de la racionalidad y, por tanto, del orden. De ahí que la pretensión, por ejemplo, de conciliar la dignidad con las libertades y otros derechos (individuales o colectivos), especialmente en el ámbito de las relaciones económico-productivas, corra el riesgo de negar el sentido profundo de este principio, que se expresa tanto en el plano ético-social como en el jurídico en la idea de un orden irreductible a una dimensión de relatividad (de los valores) y de equivalencia. Según la enseñanza de Kant: “El lugar de lo que tiene un precio puede ser ocupado por otra cosa equivalente; por el contrario, lo que es superior a cualquier precio, y no admite nada equivalente, tiene una dignidad⁴”.

4 I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. italiana, Roma-Bari, 1990, p. 68.

III. PRINCIPIOS DE DERECHO

Merece la pena detenerse en otro motivo de reflexión para el jurista que conoce, en el mundo actual, las limitaciones del Derecho en múltiples ámbitos para afrontar los retos de los tiempos que corren.

Con la consiguiente incomodidad que surge de la sensación de ir siempre un paso por detrás; como obligado a perseguir una realidad cada vez más compleja y escurridiza; empeñado en desplazar fronteras, cambiar nombres y conceptos, olvidar los antiguos para aprender otros nuevos; eterno analfabeto de un vocabulario jurídico en constante cambio, al igual que el mundo que en él se refleja, a veces de forma bastante confusa. Un jurista llamado a operar, tanto en el plano doctrinal del estudio y la investigación como en el de la práctica, en contextos socioeconómicos, políticos-institucionales y culturales cuya problemática inviste y desafía los fundamentos mismos de la concepción del Derecho heredada de épocas anteriores.

Esa concepción positivista que maduró a finales del siglo XIX y principios del XX, que en medio de gratificantes y aparentes certezas reflejaba la idea de un jurista acostumbrado a vivir su condición de intelectual y profesional dentro del estrecho recinto de los derechos nacionales. Cautivado por el sueño de una pretendida ciencia jurídica, tanto más científica cuanto más encerrada y autorreferencial. Atado al dogma de la sistematicidad (conceptual) intercambiada por la integridad y la coherencia intrínseca del sistema jurídico. Preocupado por el rigor y la neutralidad del método más que por el contenido del estudio jurídico. Atento a la lectura de los preceptos más que al cuestionamiento de los principios inspiradores. Partidario de una mera exégesis normativa en lugar de una interpretación entendida como reconstrucción y mediación –a veces, creación propiamente dicha– del significado que debe atribuirse a las normas de convivencia que remiten más o menos directamente a principios y valores.

De ahí la importancia que, como modo de razonamiento jurídico, asumen los principios en su contenido valorativo y, por tanto, no sólo informativo sino normativo.

Es bien sabido, de hecho, que siempre se ha hablado de principios de (y en) el Derecho con una variedad de significados, también en relación con distintas épocas y múltiples ámbitos de referencia: desde fuentes normativas hasta técnicas de argumentación, desde criterios o normas de juicio hasta cánones de interpretación, e incluso preceptos reales.

Puede ser útil recordar, sobre el telón de fondo de la tradición jurídica occidental, una distinción importante entre los principios entendidos a la manera de *regulae iuris* del derecho común medieval, que han sobrevivido en el sentido de *legal maxims*

del *common law* inglés, y los *pincipia iuris* imperantes en el continente europeo, fruto de la elaboración llevada a cabo por la teología jurídica de la segunda escolástica, con los tratados “sobre las leyes” (*de legibus*) y en particular con la obra de Francisco Suárez, que fueron finalmente reelaborados y adoptados por el mismo positivismo códificador del siglo XIX⁵.

En efecto: los principios en el sentido de *legal maxims* se traducen en la (práctica de) la búsqueda de una solución razonable (equitativa), según el espíritu y las técnicas de la lógica argumentativa vinculada al modelo de una racionalidad probabilística (*ratio probabilitis*). Cumpliendo así una función esencialmente de contrapeso al rigor prescriptivo de la norma, sea cual sea el modo en que se plantee (*ope legis u ope iudicis*). Viceversa, los *pincipia iuris* de matriz teológica primero, secular después en la versión del derecho natural moderno y en la del positivismo decimonónico, cumplen una función esencialmente racionalizadora del sistema, sobre el supuesto de la reducción del derecho a la ley y la consiguiente necesidad de certeza basada en la configuración de todo el sistema jurídico en términos voluntaristas.

En la actualidad, el hilo conductor de un discurso sobre la noción y la función de los principios de (y en) el Derecho se lleva a cabo sobre todo en relación con el Derecho constitucional, así como con la teoría y la filosofía jurídicas. Pero no es ajeno a otros ámbitos del ordenamiento jurídico y es igualmente pertinente en ellos.

Incluso en la gran variedad y complejidad de sus estratificaciones teóricas e implicaciones conceptuales, el hilo conductor de un discurso sobre este tema puede remontarse de forma más genérica y, no obstante, útil, a una línea de reflexión consistente –parafraseando a Dworkin– en tomarse “en serio” el fuerte impacto innovador que, con la crisis del positivismo y sus dogmas (monopolio estatal del Derecho, rigor científico y neutralidad del método, cerrazón nacionalista del sistema jurídico), han tenido los valores y principios en el plano de una refundación de la cultura jurídica. Ajena a las tentaciones sistemáticas y proclives a la confrontación con otras disciplinas de estudio, en términos de autorreflexividad crítica más que de autorreferencialidad anacrónica. Pero también y sobre todo con el mundo circundante; con sus contradicciones y desafíos recurrentes, a los que intenta dar soluciones y respuestas, a través de un conocimiento que no puede dejar de ser cada vez más dialéctico y problemático. Para seguir siendo profesional, para garantizar la calidad de las tareas a las que los juristas están llamados, tanto teóricas como prácticas. Valores tomados en serio, por tanto.

5 Cf. A. GIULIANI, “Presentazione” a P. STEIN e J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it., Milán, 1981, pp. vi-ix.

Para no reducir o anquilosar el espacio argumentativo del razonamiento jurídico dentro de la lógica de soluciones aparentemente vinculantes desde el punto de vista técnico, pero sustancialmente discretionales, cuando no también arbitrarias, el Derecho necesita por tanto nutrirse de principios en su doble naturaleza valorativa y normativa.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de síntesis ulteriores, más ricas en significado, atestiguadas a nivel más que de preceptos individuales, de normas y criterios de juicio que tengan el carácter de normas de reconocimiento inscritas en el marco de valores y principios expresamente dictados o en todo caso derivables del contexto normativo de referencia, ya sea nacional, europeo, internacional o transnacional. Piénsese, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo artículo 38 incluye entre las fuentes del Derecho internacional los

“principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civiles”. O, por citar de nuevo la experiencia de la Unión Europea, los principios generales del Derecho de la Unión –como prevalentes sobre los derechos nacionales– resultantes de las “tradiciones constitucionales comunes” a sus Estados miembros (art. 6, Tratado de la Unión Europea).

Contribuir, en definitiva, a una mayor coherencia y transparencia, es decir, a la “legibilidad” global del sistema y sus articulaciones, también como hecho educativo.

IV. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Al hilo de estas consideraciones, cobra relevancia otro motivo de reflexión que tiende un puente entre los derechos fundamentales y los principios axiológicos de los que los primeros son expresión. Nos referimos al tema de la interpretación, en particular declinado según la necesidad de ir más allá de la dimensión exegética, para recuperar calidad y profundidad de contenido argumentativo, apoyándose sobre todo en un patrimonio axiológico común, donde se fundamentan tanto los derechos como los principios.

La perenne tensión interpretativa que caracteriza la relación legislador-juez acaba así disolviéndose en una línea de confluencia de sus respectivos papeles en la medida en que son llevados, desde el punto de vista de una distinta pero paralela función creadora de derecho, si no a coincidir, en todo caso a relacionarse en un marco de equilibrios institucionales (*checks and balances*), para el reconocimiento y la protección de derechos cuyos valores y principios de referencia representan los vectores a través de los cuales debe producirse una óptima interacción dialéctica del componente jurídico

con el político, en el plano de la interpretación, en el marco del Estado constitucional de Derecho, no sólo en el plano de la teoría sino también en el de la práctica.

Sin embargo, son precisamente las características que asumen las actuales *Bill of rights* de todos los países civilizados, debido a la multiplicidad de injertos que conforman su textura, compuesta por elementos de diversa procedencia, tanto cultural (cuando se piensa en la superposición de derechos de distintas generaciones y en sus respectivas matrices político-ideales) como jurídica (cuando se piensa en las limitaciones internacionales o en las derivadas de las formas de integración supranacional y en la denominada protección “multinivel” de los derechos), las que llaman nuestra atención sobre el problema de la adaptación de las técnicas interpretativas.

A ello se añade la fenomenología –más o menos extendida en todos estos países– de las transformaciones ligadas a los procesos de articulación plural del ordenamiento jurídico, en relación con la formación de autonomías territoriales y la presencia de minorías lingüísticas, religiosas o socialmente significativas en términos de identidad “colectiva” de los grupos e individuos que las integran. Así como las transformaciones ligadas al desarrollo científico y tecnológico con sus repercusiones en el plano de las relaciones interpersonales (protección de la intimidad) y de la propia subjetividad individual (integridad personal). Y de nuevo los retos de la protección del medio ambiente o la seguridad alimentaria.

De ahí que ese mismo problema se amplifique en la perspectiva de los principios y del contenido valorativo de las opciones a las que está llamado el Derecho, especialmente en el frente jurisdiccional.

A veces incluso en una función supletoria, debido a la ausencia o falta de decisiones, a nivel de los órganos legislativos y gubernamentales, encaminadas a la emisión de actos legislativos o reglamentarios. Especialmente en estos casos –otrora denominados *casus omissus* y *dubius*, respectivamente– la construcción de síntesis persuasivas en el plano interpretativo no debe prescindir ni de referencias comparativas –cuando las haya– en la experiencia (legislativa o jurisprudencial) de otros sistemas jurídicos, ni tampoco de la búsqueda de un núcleo común de estos sistemas, a través de la identificación de puntos de acuerdo y convergencia, según el modelo del sistema jurídico “abierto” o “comunicante”, desarrollado por el moderno derecho común europeo de los siglos XVI-XVIII, recurriendo a técnicas argumentativas consistentes esencialmente en reconocer como justa y razonable la decisión basada en la *communis* (o *magis communis*) *opinio* de la comunidad (transnacional) de juristas, o apoyada en el consenso de la *res publica iurisconsultorum*⁶.

6 Véase G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, 1981, especialmente los ensayos recogidos en la Parte III.

En tiempos en los que, a pesar de la afirmación de órdenes territorialmente soberanos (reinos/príncipes), la interpretación del Derecho seguía caracterizándose, como ya en la época medieval, por una fuerte vocación “comunicativa” entre los juristas y sus respectivos órdenes⁷.

Según un modelo que parece estar resurgiendo y que, en todo caso, parece encontrar cierta correspondencia con la *global community of courts* nacida de la proliferación en las últimas décadas de redes judiciales a nivel internacional y supranacional, también como reflejo –como es bien sabido– de la internacionalización de los derechos humanos.

V. LA PAZ COMO DERECHO HUMANO

Para terminar y completar estas breves reflexiones, merece la pena volver al motivo que las inspiró, reflejando el escenario de la guerra de agresión contra Ucrania: el de un mundo más justo, gracias también a un derecho justo.

Un derecho que incluya, entre sus valores-fuente, la paz: no sólo según una relación de medio a fin, “la paz a través del derecho”⁸; sino más bien y sobre todo aspirando a hacer de la paz un valor-principio generador de derecho, y de derecho justo.

En el sentido no sólo de repudiar (impedir y prohibir) “la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos y como medio de arreglo de controversias internacionales” (tal y como establece nuestra Constitución, Art. 11). En una lógica de paz negativa como ausencia de guerra. Pero en el sentido también y más bien de afirmar dentro del orden internacional e, idealmente, dentro de todo orden nacional el valor en sí mismo de la paz como derecho fundamental de la persona: el “derecho a la paz”.

Como prerrequisito básico, o como una especie de meta-derecho, para el disfrute (promoción, protección y desarrollo) de todos los derechos humanos. Así lo reconoce la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en su Resolución de 19 de diciembre de 2016 (A/C.3/71/L.29) y adjunta “Declaración sobre el Derecho a la Paz”, donde establece (Art. 1): “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal forma que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo”.

Con una fórmula que pone el acento en el individuo como sujeto titular del derecho: en la que la paz se erige como el fundamento necesario que permite a la

7 Cf. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milán, 2005, pp. 761 y ss.

8 La referencia es al título de la obra de H. Kelsen, *Peace through Law*, Nueva York, 1944.

persona vivir su vida plenamente en la consecución de sus aspiraciones. Una fórmula en la que la dignidad de la persona, aunque no se explice, constituye claramente el trasfondo, es más, el fundamento del derecho de todos a “disfrutar de la paz” (como se afirma en el preámbulo de la Declaración).

En esta perspectiva de paz positiva, los tres artículos siguientes (cuyo texto íntegro se cita a pie de página)⁹ refuerzan el concepto: haciendo un llamamiento a los Estados individuales en su papel de garantes del respeto, la aplicación y el fomento de las condiciones (igualdad y no discriminación, justicia y Estado de Derecho, libertad para vivir sin temor ni miseria) necesarias para “construir la paz en las sociedades y entre ellas” (Art. 2); instando a todos los actores implicados (Estados, Naciones Unidas y sus estructuras y agencias, organizaciones internacionales, nacionales, locales y de la sociedad civil) a tomar las medidas apropiadas para implementar la Declaración (Art. 3); y de nuevo, estableciendo una estrecha relación de implicación mutua entre el “derecho a la paz” y la “cultura de paz”, con la invitación a promover a nivel internacional y nacional instituciones de educación para la paz con el fin de difundir “el espíritu de tolerancia, diálogo, cooperación y solidaridad” (Art. 4).

Mientras que el artículo final de la Declaración, que afirma que las disposiciones incluidas en la misma deben entenderse de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales y regionales pertinentes ratificados por los Estados¹⁰, puede pa-

9 *Artículo 2* – “Los Estados deben respetar, aplicar y promover la igualdad y la no discriminación, la justicia y el imperio de la ley, y garantizar la libertad para vivir sin temor y sin miseria como medios para construir la paz en las sociedades y entre ellas”; *Artículo 3* – “Los Estados, las Naciones Unidas y los organismos especializados deben adoptar medidas sostenibles apropiadas para aplicar la presente Declaración, en particular la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Se alienta a las organizaciones internacionales, regionales, nacionales y locales y a la sociedad civil a que apoyen la aplicación de la presente Declaración y presten asistencia al respecto”; *Artículo 4* – “Se promoverán instituciones internacionales y nacionales de educación para la paz a fin de fortalecer entre todos los seres humanos el espíritu de tolerancia, diálogo, cooperación y solidaridad. Con este fin, la Universidad para la Paz debe contribuir a la gran tarea universal de educar para la paz, dedicándose a la enseñanza, la investigación, la formación de postgrado y la difusión del conocimiento”.

10 *Artículo 5* – “Nada de lo dispuesto en la presente Declaración se interpretará como contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Las disposiciones incluidas en la presente Declaración se entenderán de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos 3 y los instrumentos internacionales y regionales pertinentes ratificados por los Estados”.

recer que quiera recuperar y reducir a dimensiones más realistas la idea del principio de paz como valor que se expresa en un derecho (subjetivo) correspondiente a su afirmación (promoción y protección), sin embargo, también permita identificar y determinar una base normativa reconducible a un marco estructurado de actos anteriores que ya contienen disposiciones en términos de paz positiva. Para algunos¹¹, por ejemplo, el artículo 28 de la Declaración de 1948 (“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”).

En efecto, una lectura del preámbulo, en el que se indican puntualmente los instrumentos y principios de Derecho internacional que forman (pueden formar) la base normativa del derecho a la paz revela, entre otras cosas, que este derecho puede fundamentarse del siguiente modo.

A) Sobre la dignidad de la persona, tanto como hecho antropológico, en el sentido de que la paz se conjuga con el pleno disfrute de todos los derechos inalienables que se derivan de la *dignidad inherente a todo ser humano*; como hecho cultural, en el sentido de que la *cultura de paz y la educación para la justicia, la libertad y la paz* son indispensables a la dignidad del ser humano y constituyen *un deber que todas las naciones deben cumplir*.

B) Reflejar las obligaciones de todos los Estados (miembros de la ONU), consagradas en la Carta de las Naciones Unidas, de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, y de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro la paz, la seguridad y la justicia internacionales.

También hay que decir que una noción de este “derecho a la paz” ya se había manifestado en la ONU durante los años de la Guerra Fría, a iniciativa de los países socialistas y bajo la bandera de los ideales del internacionalismo¹², encontrando aceptación en forma de declaraciones adoptadas por la Asamblea General, respectivamente en 1974, la *Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz*¹³, votada también por amplia mayoría por los países europeos y occidentales, con la abstención

11 A. PAPISCA, *Artículo 28 – Tenemos derecho a la paz*, disponible en el sitio web del Centro Universitario de Derechos Humanos Antonio Papisca, Universidad de Padua (<https://unipd-centrodirittumani.it/it/schede/Articolo-28-Abbiamo-diritto-alla-paz/32>).

12 C. GUILLERMET FERNÁNDEZ, D. FERNÁNDEZ PUYANA, *El derecho a la paz: pasado, presente y futuro*, Universidad para la Paz, 2017, p. 47 y ss.

13 La Declaración menciona en su preámbulo “el derecho de los individuos, de los Estados y de toda la humanidad a vivir en paz”, para afirmar en su punto I que: “Toda nación y todo ser humano, sin distinción de raza, conciencia, lengua o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz”.

de Estados Unidos e Israel; en 1984, la *Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz*¹⁴, esta vez con el voto en contra de Estados Unidos, los diez países que entonces eran miembros de las Comunidades Europeas y otros países europeos y occidentales.

Con la caída del Muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética, se inició en 1997 una fase de debate sobre el tema del “derecho humano a la paz” por iniciativa de la Unesco, que tuvo como objeto un proyecto de declaración que puede considerarse el acto de partida de la vía de negociación que desembocó en la Declaración de 2016. A partir de una reconstrucción de este camino, iniciado por la Unesco, en medio del descontento de los países europeos y occidentales que impugnaban su competencia en la materia, luego continuado en la Comisión de Derechos Humanos y luego en el Consejo de Derechos Humanos y, en sus etapas finales, enriquecido por la participación y el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil (así como a lo largo de su curso por los académicos), se puede extraer como resumen una oposición casi preconcebida (a menudo expresada con argumentos formales sobre la competencia o la necesidad de un consenso unánime), por parte de Estados Unidos y los países de la UE, a la idea de la paz como derecho humano¹⁵.

VI. EPÍLOGO

Más que una cuestión técnica relativa a la existencia o a la posibilidad misma de existencia desde el punto de vista del orden internacional del derecho “a disfrutar de la paz”, del que todo individuo es (sería) titular (según la fórmula de la Declaración de 2016), es importante aquí hacer hincapié en otra cuestión. De relevancia, sí, ‘política’, pero con implicaciones evidentes en el plano de (una) idea de derecho justo. Se trata de la división entre los países del mundo occidental (Estados Unidos y la Unión Europea), que votaron en contra de la resolución y la Declaración anexa o se abstuvieron (entre ellos Italia y otros cuatro Estados miembros de la UE¹⁶), y el resto del mundo.

En realidad, más que las razones, algunas discutibles y todas, sin embargo, susceptibles de discusión en diversos círculos, a diversos niveles y, ciertamente, con una gran variedad de argumentos a favor o en contra que podrían expresarse respecto a

14 La Declaración establece en particular que: “La Asamblea General (...) 1. Proclama solemnemente que los pueblos de nuestro planeta tienen un derecho sagrado a la paz; 2. Declara solemnemente que la preservación del derecho de los pueblos a la paz y la promoción de su aplicación constituyen una obligación fundamental de cada Estado”.

15 C. GUILLERMET FERNÁNDEZ, D. FERNÁNDEZ PUYANA, *El derecho a la paz*, cit., p. 101 y ss. (esp. p. 103, 117-119, 122-123, 125, 148-149, 161, 170-171, 174, 177-178, 182).

16 Chipre, Grecia, Polonia y Portugal.

esta posición –única y, en todo caso, sobre todo occidental, al menos en el plano diplomático– contraria al reconocimiento del derecho de las personas y de los pueblos a la paz, lo que importa observar es que si y cuando la humanidad haya completado su todavía largo y arduo camino de civilización en la única dirección posible de la coexistencia pacífica, será mediante el reconocimiento del derecho a la paz, y ciertamente no contra él. Así pues, el derecho justo, que incluye el derecho a la paz, tanto más hoy, cuando este derecho está siendo horriblemente violado, necesita una nueva Antígona, que defienda su destino, presente y futuro, en nombre de la humanidad.

Resumen

La guerra plantea cuestiones de método y de mérito, que exigen cada vez más del jurista el esfuerzo de redefinir, transformar e innovar semántica y conceptualmente su horizonte, todavía confinado en un concepto culturalmente prevalente de orden nacional que se identifica con la idea de soberanía territorial. Abrirse a un conocimiento de datos, normativos e interpretativos, que encuentran su lugar y desarrollo cada vez más allá del territorio estatal. Un espacio transnacional y supranacional en el que se comparten valores comunes pero también en el que emergen diferencias que requieren un enfoque comparativo, aunque sólo sea por esforzarse en contextualizar tales datos en el marco de escenarios que impliquen la comparación entre una variedad de planos de lectura del fenómeno jurídico en la complejidad de su trama sociocultural. En este trabajo se hace un primer esfuerzo en ese sentido, atendiendo de manera renovada a categorías como valor-fuente, principio, interpretación o la paz como derecho.

Palabras claves

Guerra, valor-fuente, principio, interpretación, paz.

Abstract

The war raises questions of method and merit, which increasingly require from the jurist the effort to semantically and conceptually redefine, transform and innovate its horizon, still confined to a culturally prevalent concept of national order that is identified with the idea of territorial sovereignty. Opening up to a knowledge of normative and interpretive data, which finds its place and development beyond the state territory. A transnational and supranational space in which common values are shared but also in which differences emerge that require a comparative approach, if only to make an effort to contextualize such data within the framework of scenarios that imply the comparison between a variety of readings of the legal phenomenon in the complexity of its sociocultural structure. In this work, a first effort is made in this sense, paying attention in a renewed way to categories such as value, principle, interpretation or peace as a right.

Keywords

War, value, principle, interpretation, peace.

Recibido: 16 de noviembre de 2022.

Aceptado: 20 de diciembre de 2022.

IMPERIOS Y ESTADOS Y LAS NUEVAS RELACIONES INTERNACIONALES*

Empires and States and the new international relations

STELIO MANGIAMELI

*Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho público
Universidad de Téramo*

«non gli Stati ma gli imperi sono i veri
‘creatori’ del diritto internazionale». Carl Schmitt, L’ordinamento dei grandi spazi, 1941, ora in *Stato Grande Spazio Nomos*, 167

«La storia della maggior parte delle civiltà è un susseguirsi di ascese e cadute di imperi».

Henry Kissinger, *World Order*, 2014, 1.

SUMARIO:

- I. El pluralismo de los grandes espacios y las formas de lo político: imperios y Estados.
- II. La afirmación de la forma de Estado y la Paz de Westfalia.
- III. El Estado, monopolio de la fuerza y del derecho.
- IV. De la ruptura del Jus publicum europaeum al Derecho Internacional y Cosmopolita.
- V. El estatuto de la comunidad internacional y los límites espaciales y temporales del concepto de Estado: nuevos desafíos.
- VI. Las características del imperio como sistema político de gobierno: el principio de no injerencia y la doctrina Monroe.
- VII. A continuación: la idea política imperial; el derecho de intervención.
- VIII. La peculiaridad de los elementos constitutivos del imperio: relaciones territoriales, personales y gubernamentales.
- IX. La definición de imperio.
- X. Forma de Estado y actualidad del imperio como sistema político.
- XI. El papel de los Estados y las “nuevas relaciones entre grandes potencias”.

* Traducido del italiano por Marta Lucena Pérez.

I. EL PLURALISMO DE LOS GRANDES ESPACIOS Y LAS FORMAS DE LO POLÍTICO: IMPERIOS Y ESTADOS

En un célebre ensayo, escrito en los primeros años de la Guerra Fría, Carl Schmitt preconizaba el fin de la “realidad política concreta” que ésta había creado, a saber, la de una “inquietante dualidad”, y planteaba la cuestión política observando que “no podemos dejar de preguntarnos adónde conduciría la disolución de la tensión dualista”¹.

La cuestión partía de la idea omnipresente en Estados Unidos, expresada ya a principios de los años treinta, de que, gracias al progreso tecnológico, que hace que “cada potencia sea cada vez más poderosa”², “la Tierra no es hoy más grande de lo que era en 1861, al estallar la Guerra de Secesión, cuando los Estados Unidos de América ya eran demasiado pequeños para el conflicto entre los Estados del Norte y del Sur”, con la consecuencia de que “la Tierra es hoy demasiado pequeña para dos sistemas opuestos”³.

Con razón, Schmitt rechaza esta idea de la unidad del mundo bajo un único poder político en el plano filosófico y espiritual y recuerda el pragmatismo americano “conscientemente pluralista”, que rechazaba la anticuada idea de la unidad del mundo y veía la verdadera filosofía moderna en la “multiplicidad de cosmovisiones posibles”⁴.

Para quienes, como Schmitt, creían en la irreprimibilidad de lo “político” a partir de la condición humana, es decir, de la dialéctica “amigo-enemigo”, la refutación de la visión de la unidad del mundo, preconizada por la política estadounidense, no podía limitarse a la crítica de un orden filosófico, sino que también abordaba con

1 C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, 1952, trad. it., en *Stato, Grande spazio*, Nomos, Milano, Adelphi, 2015, pp. 269 ss.

2 Observa C. SCHMITT: “El deseo de una unidad global y funcional del mundo corresponde a la cosmovisión tecnoindustrial dominante en la actualidad. El desarrollo técnico conduce inexorablemente a nuevas formas de organización y centralización. Por lo tanto, si la tecnología, y no la política, es realmente la destructora de la humanidad, el problema de la unidad puede considerarse ya resuelto”, p. 272.

3 Esta es la posición panintervencionista expresada por el ministro de Asuntos Exteriores estadounidense, HARRY L. STIMSON, en 1932 y que C. SCHMITT ya la había tratado en otro ensayo muy importante, *Mutamenti distruttura del diritto internazionale*, 1943, trad. it., en *Stato, Grande spazio*, Nomos, pp. 215 ss, y retomada y aclarada en un discurso posterior en 1941.

4 C. SCHMITT. “En el curso de treinta años, es decir, en el espacio de una sola generación, el país más rico del mundo y con el potencial bélico más fuerte del planeta ha pasado del pluralismo a la unidad” *L'unità del mondo*, 1952, p. 275.

realismo la condición del mundo, afirmando que “la tierra siempre será más grande que los Estados Unidos de América. (...) siempre representará mucho más que la suma de los puntos de vista y horizontes sobre los que descansa la alternativa del actual dualismo mundial”⁵.

Pero en Schmitt hay también una capacidad de visión poco común en los científicos sociales y es lo que hace de él no sólo un pensador actual, sino en cierto modo profético. Así, en pocas líneas nos deja una descripción del mundo actual. Dice: “No es este el lugar para examinar las múltiples posibilidades concebibles en teoría y realizables en la práctica. Sobre vendría una discusión política sobre diversas cuestiones, como el estatuto y la importancia de China, o de la India, o de Europa, o de la Commonwealth británica, o del mundo hispano-lusitano, o del bloque árabe, y quizás otros pasos inesperados en la dirección de una pluralidad de grandes espacios”⁶.

Este, junto a Estados Unidos y Rusia, es precisamente el mundo “multipolar” de hoy; y ha tardado, en comparación con las palabras escritas por Schmitt en 1952, unos sesenta años en hacerse plenamente visible. Un conjunto de grandes espacios, gobernados de diversas maneras, pero todos con pretensiones imperiales, o al menos de poder.

Para ver con claridad esta realidad, han sido necesarios muchos acontecimientos ocurridos unos pocos años después de que el constitucionalista de Plettenberg hubiera fallecido. Empezando por la caída del Muro de Berlín (9 de noviembre de 1989), la disolución de Yugoslavia (1990) y la de la Unión Soviética (diciembre de 1991); después, las dos guerras del Golfo, la primera en 1991 y la segunda en 2003, intercaladas con el atentado contra las “Torres Gemelas” (11 de septiembre de 2001) y la ocupación de Afganistán por los estadounidenses y los occidentales (octubre de 2001), donde los soviéticos habían combatido anteriormente durante una década (1979-1989). A estos acontecimientos, por mencionar sólo las principales inestabilidades mundiales, siguió también la formación del Isis, que se formó entre la guerra civil en Siria, vástago de las primaveras árabes, y la ocupación de Irak, dando lugar también durante un tiempo al Estado Islámico (Daesh) y al Califato (2014).

En el mismo periodo de tiempo, casi como una ley de contrapeso, el comercio internacional se reorganizó y, a partir de 1995, involucró a una serie de realidades consideradas emergentes, como Sudáfrica, India y Brasil (1995), mientras que China fue admitida unos años más tarde (2001) y, finalmente, la Federación Rusa también entró en el comercio mundial (2012).

5 C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, 1952, p. 276.

6 *Ibid.*

El comercio internacional, en sí mismo, no estabiliza naturalmente el mundo, sino que casi parece excitar sus contrastes hasta un punto de ruptura; y el conflicto ruso-ucraniano parece ser un ejemplo de esta tensión resultante de la globalización, en la que todas las realidades de poder acaban implicándose al mismo tiempo.

Es evidente que la globalización no está vinculada en absoluto a un sistema de constituciones civilizadas, como piensa Teubner⁷, sino que es la consecuencia de una competencia económica ya feroz, que se exacerba aún más con el uso de tecnologías cada vez más penetrantes en la condición humana. Todo el crecimiento económico mundial ha estado siempre marcado por el desarrollo tecnológico, y en la era de la globalización, las entradas de los grandes *trusts* económicos son consecuencia de la más alta tecnología: de la investigación espacial a Internet; del sistema de transporte y logística a la energía; del medio ambiente a la alimentación; de la medicina a las relaciones sociales.

Al mismo tiempo, tanto el imponente desarrollo tecnológico como el dominio ejercido por las multinacionales, incluso en la conformación de las necesidades colectivas e individuales, presuponen no solo enormes recursos financieros, sino sobre todo un gran poder político que sólo unas pocas entidades en el mundo son capaces de suplantar y que desde el punto de vista de la ciencia política se califican con esa particularidad política definida como “imperio”⁸.

Los imperios, sin embargo, no suplantaron esa forma política particular, nacida entre los siglos XVI y XVII, que son los Estados, sino que determinaron una superposición de estructuras por la que imperios y Estados se mueven en el mismo espacio internacional, con muchas superposiciones y teniendo en cuenta las interdependencias. Además, imperios y Estados se han formado y relacionado en virtud de los complejos acontecimientos históricos que se movieron inicialmente al hilo del desarrollo de la economía mercantil y de la superación de las autoridades universales, y que encontraron su equilibrio en la formación del *Ius publicum europaeum* y condujeron posteriormente a la ruptura de éste, aunque en la continuidad de ciertas formas y principios que se han trasladado a la moderna comunidad internacional y al moderno Derecho internacional⁹.

7 Véase G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando editore, 2005.

8 Véase a este respecto la contribución de M. HARDT, A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2001; referencias útiles también en M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari, Laterza, 2012, pp. 13 ss.

9 Véase H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, 2014, trad. it, Milano, Mondadori, 2015.

Como primera aproximación, y antes de profundizar en el tema, se puede observar que los imperios del presente se parecen más a los del pasado, mientras que los Estados actuales parecen ser algo profundamente distinto de lo que eran tras la conclusión de la Guerra de los Treinta Años con la Paz de Westfalia (1648)¹⁰.

II. LA AFIRMACIÓN DE LA FORMA DE ESTADO Y LA PAZ DE WESTFALIA

Como es bien sabido, el último acontecimiento referido, la Paz de Westfalia, acabó definitivamente con cualquier recomposición imperial de Europa, pues en las sangrientas batallas que se habían librado hasta su amargo final, ninguna entidad había logrado imponerse y reunificar el imperio atravesado por la división religiosa determinada por la Reforma¹¹.

El título de Emperador, que había servido para gobernar el continente europeo desde Carlomagno en adelante, sobrevivió formalmente hasta 1806¹², pero en realidad, entre Osnabrück y Münster, se había establecido un nuevo orden con una forma política distinta del imperio. Por este motivo, la Paz de Westfalia debe considerarse un punto de inflexión en la historia de la ciencia del Derecho Constitucional y de la política. En efecto, se estableció que el Estado y sólo el Estado sería la base del nuevo orden europeo, el *Ius publicum europaeum*, y ya no sería la voluntad de Dios la que regiría la legitimidad del poder.

El Estado nació como fórmula política alternativa al imperio. De hecho, tras ocho siglos de existencia el imperio se desmoronó a consecuencia de innumerables guerras, de las cuales las de religión fueron decisivas para determinar su colapso.

10 Sobre la Guerra de los Treinta Años y la Paz de Westfalia véase T. HELFFERICH (ed.), *The Thirty Years War: A Documentary History*, Indianapolis, Hackett, 2009; P.H. WILSON, *The Thirty Years War: Europe's Tragedy*, Cambridge, Harvard University Press, Massachusetts, 2009.

11 Ya antes de la Paz de Westfalia, J. BODIN (*Les Six Livres de la République*, 1576, trad. it., *I sei Libri dello Stato*, Turín, UTET, 1964, II, p. 644) nos da esta visión de la época: “Se puede decir simplemente que cuando el imperio está enteramente dividido en facciones y partes beligerantes, y los príncipes toman el campo unos contra otros (lo que ocurre con bastante frecuencia), el Estado municipal de las ciudades y la jurisdicción subordinada de los príncipes da lugar a muchas pequeñas aristocracias y monarquías particulares, y cada miembro del imperio se convierte en un Estado soberano por derecho propio”.

12 El imperio siguió existiendo, al menos formalmente, durante siglo y medio más, hasta que el Tratado de Presburgo (diciembre de 1805) entre Napoleón y Francisco II decretó su reducción a instancias de los franceses, y llegó a su fin (a partir del 6 de agosto de 1806) con la renuncia del emperador austriaco.

Por supuesto, la Paz de Westfalia siguió al hecho a la formación del Estado y no la precedió. En el momento de la estipulación de los tres tratados, las grandes monarquías europeas ya llevaban varios siglos formando Estados –Francia, España, Inglaterra–. La persistencia de una cierta fragmentación en Alemania e Italia, donde también hubo intentos de unificación estatal, se debió a la presencia de las dos autoridades universales, el Papa y el Emperador, que se disputaban el poder último ante los hombres y ante Dios.

De hecho, el Estado nació, tras muchos intentos y formas intermedias, como un hecho que se sustancia en el uso de la fuerza y en la violación del orden jurídico, y se acompaña del principio de eficacia¹³. La conquista de tierras vecinas, más propiamente lo que Carl Schmitt denomina apropiación de tierras, con la suplantación de títulos ilegítimos, ha representado la forma en que los agregados territoriales han asumido el carácter de Estado¹⁴. Italia, en la época de la decadencia de las dos autoridades universales, el papado y el imperio, ofrecía muchos ejemplos de esta tradición primitiva, y no es casualidad que encontremos en Maquiavelo el uso moderno de la palabra “Estado” como forma política, en el inicio del *Príncipe*, que puede ser una república o una monarquía¹⁵.

La concentración de tierras bajo un solo señor, según los dictados de la monarquía patrimonial, fue el modo de formación del Estado practicado por las grandes monarquías continentales. En este sentido, se siguieron dos caminos: por un lado, el que obedecía a los dictados del principio dinástico, de sucesión de títulos por vía femenina y a través de matrimonios, no exentos de intrigas palaciegas; por otro, mediante guerras de conquista de territorios y poblaciones contiguas y continuas, para extender el poder. Era entonces mérito de estos señores que obtenían la posesión de tierras y títulos bajo una corona, haciéndose pasar por soberanos, deshacerse, dentro de sus fronteras, de los restos de los derechos feudales y de las prerrogativas constitucionales de las ciudades libres, para hacer de su poder algo absoluto e incontestable¹⁶.

13 Sobre este punto, véase la reconstrucción de M. WEBER, *Sociologia del diritto, in Economia e Società*, vol. 3, trad.it., Torino, Comunità, 1980.

14 El recordado ensayo de CARL SCHMITT de 1950, “Nehmen / Teilen / Weilen”, muy importante para la relación entre economía y poder, fue traducido como “Appropriazione – divisione – produzione”, en *Le categorie del Prínceps*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 295 ss.

15 Precisamente, así dice el *Príncipe*, 1513, “Todos los estados, todos los dominios que han tenido y tienen poder sobre los hombres, han sido y son o repúblicas o principados”.

16 Desde este punto de vista, el ejemplo más apropiado es el de la experiencia francesa de Luis XIV (P.R.CAMPBELL, *Luigi XIV e la Francia del suo tempo*, Il Mulino, Bolonia, 1997), aunque un ejemplo aún más temprano es el de la monarquía inglesa de los Tudor, que limitó las prerrogativas de

No es casualidad que la elaboración conceptual que cristaliza esta orientación política gire en torno a la noción de “soberanía” y se deba ante todo al francés Jean Bodin, que veía en este elemento y en su absolutización monárquica, por oposición a la dispersión del poder que aportaba la democracia, la fuerza cohesionadora y unificadora de la comunidad política y consideraba este elemento, perpetuo e ilimitado, necesario para tener un Estado¹⁷.

Los partidarios de la soberanía (absoluta), además, remontan las características de ésta a la posición del emperador (*rex in regno suo superiore non recognoscens imperator est*), es decir, una vez rota la unidad del mundo medieval (*universitas humanitatis*) y desaparecido el emperador como señor universal (*dominus mundi*), el rey dispondría de su propia plenitud de poderes (*plenitudo potestatis*) dentro de su reino¹⁸. De ahí, también, la recuperación de los principios del derecho romano, que conferían al emperador la cualidad de fuente del derecho (“*Quod principi placuit*

los barones y reforzó la corte y la administración central del Estado, entrando a menudo en conflicto con el antiguo Parlamento (véase D. LENDSAY KEIR, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, London, A. y C. BLACK, 6.^a ed., 1961, pp. 94 ss.; C. OGILVIE, *The King's Government and the Common Law 1471-1641*, Oxford, B. Blackwell, 1958, pp. 73 ss.).

17 Evidentemente, la formulación de “soberanía” en J. BODIN, *Sei libri dello Stato*, cit., I, 345 y ss. Se sirve de toda la elaboración antigua y medieval. BODIN, para quien “el Estado es el gobierno justo de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano”, vol. I, p. 179, contrapone repetidamente monarquía y democracia y les da una configuración singular cuando califica el régimen monárquico (la llamada “monarquía real”) de “monarquía soberana” vol. I, p. 179. Contrastó monarquía y democracia y les da una configuración singular cuando describe el régimen monárquico (la llamada “monarquía regia”) como la obediencia del monarca a las leyes de la naturaleza, la misma obediencia que el monarca exige a sus súbditos con respecto a ellos, “dejando a cada uno la libertad personal que le da la naturaleza y la propiedad de lo que le pertenece”, vol. II, p. 579 y luego argumenta que, combinando monarquía y gobierno democrático, se lograría una “unión de la que resulta la forma más estable de monarquía”, vol. II, pp. 660-61. En este contexto, sin embargo, también tendrían cabida los estados generales como órganos puramente consultivos, así como las corporaciones, comunidades, formas intermedias de asociación entre el estado y sus súbditos vol. II, pp. 284-286. Como conclusión, sin embargo, BODIN, comparando las tres formas de gobierno, afirma que “la monarquía absoluta pura es el Estado más seguro y, sin comparación, el mejor de todos”, vol. VI, p. 483; y de la democracia, animada por el principio igualitario, escribe que “no hay odios más grandes ni enemistades más radicales que las que se crean entre iguales”, vol. VI, p. 463.

18 Sobre este punto puede consultarse el valioso trabajo de E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni, 1966; así como H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, vol. I, trad. it., Bolonia, il Mulino, 1998, dedicado al origen del derecho europeo en los siglos XI y XII.

legis habet vigorem", Inst. 1, 2, 6) y le consideraban *legibus solutus*, no obligado a cumplir las leyes (Dig. 1, 3, 31)¹⁹.

Con la Paz de Westfalia, por la que se definirían los (nuevos) títulos legítimos de ejercicio del poder estatal, este concepto de soberanía política se aplicaría no sólo en el interior del Estado, sino también en las relaciones exteriores entre Estados, ya que su reconocimiento mutuo sobre una base política, y ya no religiosa, implicaba el respeto de la soberanía del otro y, con ello, la realización de la paz entre Estados, vinculada a la no injerencia en los asuntos internos.

Se crearon así las condiciones previas para la formación de una comunidad de Estados basada en el principio del equilibrio, en la que había que garantizar que los sujetos jurídicamente iguales mantuvieran su estatus sin el dominio o la hegemonía de uno sobre los demás. El principio de que los Estados –según las convicciones de Hugh Gratius– eran capaces de hacer la guerra y de hacer la paz²⁰ se equilibraba también con la norma de que la paz tenía prioridad sobre el conflicto y que este

19 Obviamente, en el mundo romano, la *lex de imperio* constituyó la exhumación de los poderes de los antiguos emperadores romanos votados por el pueblo (*lex curiata*), que siempre había sido el depositario último de todo poder, y por eso al poder absoluto del imperio se contraponía, en la misma compilación justiniana, el de un poder ordenado según la ley y el de un emperador que se reconocía subordinado a la ley según las palabras de la constitución *digna vox* (Cod. 1, 14, 4). En la Edad Media, por tanto, surgieron dos tendencias diferentes: la primera (expresada por AZONE) según la cual el emperador romano, aunque *legibus solutus*, estaba obligado por la ley (Summa ad Inst. proemium, § 1), porque debía tener siempre presente (§ 17) que había obtenido su elección por la fortuna y su autoridad (*authoritas*) por la concesión espontánea del *populus*, con la llamada *lex regia de imperio*, teniendo presente que el pueblo, con la concesión (*translatio*) de las facultades de gobierno al *Prínceps*, no había abdicado completamente del ejercicio de su poder originario (Summa ad Cod. 1, 14, § 8); la segunda (siguiendo las enseñanzas de Irnerio y sus discípulos) según la cual, por el contrario, el emperador reivindicaba *omnis iurisdictio et omnis districtus*, todo poder y para todo territorio, incluidos los derechos fiscales, los nombramientos para todos los cargos y funciones públicas y la asignación de los feudos vacantes. En este contexto, al término *Iurisdictio* se le daba el significado de poder supremo del imperio, incluso sobre las ciudades y monarquías sometidas a él (estos eran los principios expresados en la *Constitutio de regalibus* y la *Constitutio de pacis*, publicadas por FEDERICO BARBAROSSA en 1158 en Roncaglia; véase P. GRILLO, *Le guerre del Barbarossa. I comuni contro l'Imperatore*, Bari, Laterza, 2014).

20 La elaboración de U. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 1625, proporcionó la base científica para la Paz de Westfalia (véase la edición latina editada por P.C. MOLHUYSEN, publicada en Lugduni Batavorum, por A.W. SIJTHOFF, 1919; así como U. GROTIUS, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, a cura de F. ARICI, F. TODESCAN, introducción de G. FASSÒ, Padova, Cedam, 2010).

último debía estar dominado por la acción conjunta de los Estados para proteger la seguridad colectiva y preservar o restablecer el equilibrio.

Evidentemente, la guerra siguió siendo el modo final de resolución de conflictos, y también hubo guerras en siglos posteriores por conquistas territoriales y reordenación de fronteras, pero el objetivo de las relaciones europeas era, no obstante, el retorno al estado de paz y la consecución de un nuevo equilibrio. Este principio, que siguió siendo la piedra angular del sistema europeo y luego del derecho internacional, se aplicó incluso cuando la Francia napoleónica fue derrotada, se admitió de forma particular en el Congreso de Viena; la única excepción que ha conocido la historia europea, y de la que derivó el drama de la Segunda Guerra Mundial, es la de Alemania, que fue castigada en el Tratado de Versalles de 1919 con la privación de la subjetividad internacional²¹.

Con los tratados de la Paz de Westfalia, por tanto, se produce el reconocimiento mutuo de los Estados y el establecimiento del principio dinástico, que fue el medio para pacificar el continente, ya que se pudo admitir la existencia de Estados con príncipes protestantes junto a Estados con príncipes católicos, basándose en la reinterpretación del principio “cuius regio eius religio” con elementos de tolerancia.

Así pues, la Paz de Westfalia desmorona tanto la idea imperial como la de una autoridad religiosa que decide sobre el poder temporal y redacta un nuevo orden mundial (en realidad, europeo) basado en la secularización del poder político y en la legitimidad de la monarquía absoluta, en cuyo contexto se inscribe el éxito de la forma Estado.

Para ello, era necesario definir una comunidad de Estados basada en la territorialización del poder político y la no injerencia en los asuntos internos, así como en las relaciones entre súbditos y soberano.

Sería la redacción del *Leviatán* de Thomas Hobbes, apenas tres años después de la firma de los tratados de paz (1651), la que daría al Estado la legitimidad de este poder absoluto interno con su concepción contractualista, en la que la cesión de derechos por parte de los individuos tenía que ser casi total, con la sola exclusión del derecho a la vida, para que la formación de un poder absoluto pudiera asegurar la convivencia y la paz respecto a las pasiones antisociales de los hombres individuales en estado de naturaleza. De hecho, la justificación del poder absoluto era la realización de la coexistencia pacífica entre los individuos y la preservación del grupo humano bajo la autoridad del Estado²².

21 Véase H. KISSINGER, *Ordine Mondiale*, 2014.

22 Véase T. HOBBES, *Leviatano*, 1651, trad. it., Bari, Laterza, 2008.

III. EL ESTADO, MONOPOLIO DE LA FUERZA Y DEL DERECHO

Las lecciones de la historia nos llevan a considerar que la base del Estado era la coacción, con el uso o la amenaza de la fuerza, y no el derecho, y esto sigue siendo válido hoy en día, aunque ahora hablamos del uso legal de la fuerza²³.

La concentración de poder se convierte en el elemento más peculiar del Estado. El Estado se identifica con el proceso político de unificación del poder.

En este sentido, el Estado no se funda en la identidad de una comunidad, como comúnmente se cree, y habría que esperar otros dos siglos después de Westfalia para que el principio de nacionalidad se convirtiera en el principio legitimador del Estado²⁴, expresado por la soberanía de la nación, según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁵.

23 Para un tratamiento clásico, véase R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, I, pp. 69 ss.; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Berlin, Springer, 1922, pp. 145 ss. y 192 ss; C. SCHMITT, “Teología política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità”, 1934, en *Le categorie del politico*, pp. 29 ss.; *Idem*, “Staat als ein konkreter, aneine geschichtliche Epoche gebundener Begriff”, 1941, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 375 ss., donde remonta la noción de Estado al “concepto dominante de unidad política” desde la segunda mitad del siglo XVI hasta el siglo XX; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Springer, 1925, pp. 7 ss. y 16 ss, insiste particularmente en el tema de la coacción, traduciéndolo en un carácter de “derecho”, tanto estatal como internacional (véase *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, 1941, trad. it., Milano Giuffrè, 2009).

24 Entre los primeros de la doctrina italiana G.D. ROMAGNOSI, *La Scienza delle Costituzioni* (1815-1847), luego en *Idem, Opere*, vol. ottavo, Palermo, S. DI MARZO editore, 1861, p. 142; véase también C ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione italiana*, en Arch. Dir. Pubbl. 1937, pp. 409 y ss.; y G. LOMBARDI, “Principio di nazionalità e fondamento della legittimità dello Stato”, en *Nazionalità, popoli e autonomie nelle tradizioni d'Italia e Spagna*, Atti del Convegno per il XXX anniversario dello Statuto della Regione autonoma della Sardegna, Alghero 29-31 marzo 1978, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 44-56.

25 Véase Art. 3 - El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. Véase también el art. 3 de la Constitución francesa, 1958. (La soberanía nacional pertenece al pueblo, que la ejerce por medio de sus representantes y por referéndum. // Ninguna fracción del pueblo ni ningún individuo puede ejercerla) y el preámbulo de la Constitución de 1946 (La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se ajusta a las normas del derecho internacional público. No hará la guerra con fines de conquista, ni empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo. // A reserva de reciprocidad, Francia consiente en las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz), véase É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF),

Incluso cuando el derecho a la autodeterminación de los pueblos²⁶ se convierte en el criterio para la emancipación de las colonias en el orden jurídico internacional, en comparación con los Estados europeos, con procesos cuestionables de construcción del Estado y de construcción de la nación²⁷, la formación del Estado da lugar, no tanto a los vínculos de existencia o de interés de un grupo humano, sino esencialmente a la sujeción de los individuos al poder y a la realización del monopolio de la fuerza del Estado, entendido éste como la capacidad material de hacer y no como la facultad de realizar. Estos aspectos, aún hoy, identifican la unificación política propiciada por la forma estatal.

Incluso la referencia, para la experiencia estatal, a antiguas formas de gobierno no es en absoluto relevante para el concepto esencial de “Estado”. En efecto, la circunstancia de que al Estado pueda atribuirse, como en el gobierno de las antiguas ciudades griegas, tanto una forma de gobierno monárquica como aristocrática o democrática, en función de las opciones tomadas en la organización interna del poder, no cambia la sustancia del fenómeno estatal, ya que lo que importa es siempre la capacidad de unificación política de la voluntad del Estado que las diferentes formas de gobierno son capaces de alcanzar.

Evidentemente, desde muchos puntos de vista, las formas de gobierno que la teoría política ha ideado y que la historia ha invertido son diferentes entre sí de forma muy considerable, pero esto no esto no quita que tanto la decisión del monarca

2003, pp. 89-138; y para las implicaciones internacionales J. COMBACAU, *Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'État, en Pouvoir* 1997, pp. 48 y ss.

26 Sobre este punto véase G. ARANGIO RUIZ, “Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)”, en *Encycl. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, *ad vocem* F. LATTANZI, “Autodeterminazione dei popoli”, en *Digesto disc. pubbl.*, vol. II, Turín, 1987, 4, 5, 6. II, Turín, 1987, pp. 4 ss; G. PALMISANO, *Nazione Unite e autodeterminazione interna*, Giuffrè, Milán, 1997, *passim*; D.E. TOSI, *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Nápoles, Jovene, 2007, 251 ss; para una visión concisa de los clásicos sobre el principio en cuestión, véase R. MCCORQUO-DALE (ed.), *Self-Determination in International Law*, Aldershot and Burlington, Vt, ASHGA-TE/DARTMOUTH, 2000; así como ad voc. AMBRUSTER, “Selbstbestimmungsrecht”, en *Wörterbuch des Völkerrechts*, von K. Strupp, 2. Aufl. von H.J. Schlochauer, Bd. 3, De Gruyter, Berlín 1962, pp. 250 y ss.

27 Véase R. GROTHENHUIS, *Nation-Building as Necessary Effort in Fragile States*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2016; S. ROKKAN, D. W. URWIN (eds.), *Economy, territory, identity: Politics of West European peripheries*, London, SAGE, 1983; E.S. WELLHOFER, “Core and Periphery: Territorial Dimensions in Politics”, *Urban Studies*, 1989, vol. 26, núm. 3, pp. 340-355, para los cuales la idea de una “nation-building in the European style was a luxury when not a catastrophe” (La formación nacional al estilo europeo fue un lujo, sino una catástrofe).

como la deliberación de un consejo de notables o de una asamblea popular tengan un significado para el Estado no solo por representar un acto de voluntad, y como tal arbitrario y absoluto, sino por el efecto político que produce, es decir, si ese acto de voluntad arbitrario y absoluto es imputable al Estado, su observancia es obligatoria y, en su caso, su cumplimiento puede ser forzoso.

Esta voluntad estatal, cualquiera que sea la forma en que se construya, puede no ser una forma violenta, pero no por ello deja de ser una forma coercitiva y la fuerza es siempre la garantía de su ejecución, incluso cuando a esta voluntad se le atribuye el carácter de ley, es decir, de acto del ordenamiento jurídico²⁸.

Vale la pena señalar en este punto que el encuentro entre el Estado y el derecho, por el cual se afirma que el Estado tiene “un sistema jurídico”, tiene lugar lentamente y sólo a través de una serie continua de rupturas con el sistema anterior, dando lugar al conflicto entre la ley y el derecho, que son más evidentes en la tradición del derecho civil, pero que también ha infectado eventualmente a la tradición del *common law*²⁹. Este proceso de adquisición del derecho se considera ahora un hecho consolidado logrado por el Estado. Al igual que ocurre con la fuerza, el monopolio del derecho, en el sentido mismo de que sólo el Estado detenta el uso legal de la fuerza y, al mismo tiempo, la determinación de la validez del derecho, y es de este modo como el poder físico y el poder jurídico acaban solapándose³⁰.

28 Véase H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it., Torino, Einaudi, 1972.

29 Véase en este punto M. WEBER, *Sociologia del diritto*, pp. 153 ss.

30 Véase V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padua Cedam, 1970, que, remitiéndose a la teoría clásica del Estado, subraya que el ordenamiento jurídico del Estado es “impenetrable”, con la consecuencia de que en los casos en que el Derecho interno del Estado se mide con los acuerdos internacionales que ha suscrito, el Estado está sujeto a una obligación de Derecho internacional (*pacta servanda sunt*), en virtud de la cual el Estado, precisamente a causa de la impenetrabilidad del ordenamiento jurídico, debe adaptar su ordenamiento jurídico a las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado (sobre la “adaptación” del Derecho interno al Derecho internacional, véase A. M. C., p. 1). A. D’ATENA, “L’adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale”, en *Lezioni di Diritto costituzionale*, 4. ed., Turín, Giappichelli, 2018, pp. 179 y ss.; la doctrina, en este sentido, habla de la “transformación” del Derecho internacional en Derecho interno, véase por todos, H. KELSEN, *La transformation du droit international en droit interne*, en *Revue générale de droit international public*, 1936, pp. 5-49.

IV. DE LA RUPTURA DEL JUS PUBLICUM EUROPAEUM AL DERECHO INTERNACIONAL Y COSMOPOLITA

La afirmación del Estado como forma política trascendente y general conduce a la idea de que el mundo entero está dividido en Estados, todos igualmente situados, dotados de *ius belli* y participantes en la comunidad internacional.

En realidad, un análisis más profundo pone fácilmente de relieve que el Estado es una categoría histórica, propia del mundo occidental, más concretamente de Europa, que en su origen se consideró concluida en la *societas christianorum*, regulada por el *ius publicum europaeum*. De hecho, los principios de los Tratados de Westfalia dieron origen a una comunidad europea de nuevo tipo en comparación con el Imperio, caracterizada por la coexistencia de soberanos católicos y protestantes, con una legitimación mutua, atestiguada por el intercambio de embajadores y la organización de conferencias; caracterizada por la participación en pie de igualdad de todos los Estados admitidos, salvaguardando un equilibrio que impedía que cada participante asumiera una posición hegemónica, y por el principio de no injerencia en los asuntos internos, en las relaciones entre el soberano y sus súbditos.

Sin embargo, estas normas, que caracterizaban el *ius publicum europaeum*, excluían todas las demás identidades políticas existentes en el mundo, tanto al oeste como al este de Europa. Esta circunstancia permitió a los Estados europeos tratar a otras entidades políticas y pueblos no europeos como indignos del respeto debido a los Estados europeos y a los cristianos. De este modo, los europeos armados pudieron llevar a cabo campañas de conquista³¹.

Aunque la cuestión se planteó en primer lugar con las tierras conquistadas por España, fueron Inglaterra y Francia en particular quienes pasaron a ocupar tierras partiendo del supuesto de que ciertos territorios eran *terra nullius*³². Estas potencias

31 Sobre este punto C. SCHMITT, *Il nomos della Terra. Nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, 1950, trad. it., Milano, Adelphi, 1991.

32 Esto había dado lugar a una larga disquisición sobre la subjetividad y los derechos de los indios y la legitimidad de la conquista, véase F. DE VITORIA, *Relectio de Indis. La Questione degli Indios*, crítica de texto de L. PEREÑA, Bari, Levante Editori, 1996, respecto a la tesis dominante de que aquellas tierras debían ser consideradas como *terrae nullius* y como tales ocupadas libremente en desafío a las poblaciones indígenas. Sobre el pensamiento de Francisco De Vitoria, véase G. BARBERINI, “Principi di diritto internazionale nell'ateología cattolica”, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, pp. 1 ss.; C. BRANDÃO, “Introdução ao estudo dos direitos humanos”, en C. BRANDÃO (Coord.), *Direitos Humanos e Fundamentais en perspectiva*, São Paulo 2014, pp. 1-14; A.M. PALAMIDESI, *Alle origini del diritto internazionale. Il contributo di Vitoria e Suárez alla moderna dottrina internazionalistica*, Roma, Aracne, 2010, pp. 94-112.

han practicado durante mucho tiempo una forma de política de ocupación mundial, trasladando la idea imperial fuera de Europa, como en el caso de América Latina, Australia y Nueva Zelanda, y Nueva Francia. Además, ha habido casos en los que las grandes potencias europeas se han apoderado de territorios y grupos humanos ajenos a su nacionalidad, como en el caso de la India, Indochina y otras posesiones asiáticas y africanas.

Todo esto sucedió porque los estados europeos encontraron fuera del continente las herramientas para buscar formas de dominación de unos sobre otros, y fue la construcción de imperios el gran proyecto de las grandes potencias que les había impulsado a actuar a partir de la conquista de las Américas.

Además, el dominio de los mares se había convertido en un juego abierto, gracias también a la fundamentación de Grocio³³ sobre la libertad absoluta de los mares, hecha en favor del comercio holandés, frente a la autolimitación terrestre, por la que las empresas y compañías para el dominio de las colonias, la trata de esclavos y la piratería o la guerra de razias parecían totalmente legítimas, aunque crearan una fricción precisamente sobre el principio cardinal de las relaciones internacionales, el acuerdo y el arbitraje para la resolución de conflictos³⁴.

A fin de cuentas, todos estos acontecimientos significaron que se superaron los límites de la Sociedad Cristiana Europea y de su derecho público cuando Francia reconoció la soberanía de los Estados Unidos de América en 1779, tras la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, en contra de la opinión de Inglaterra, que pretendía considerar a los Estados Unidos como una colonia rebelde y como tal carente de legitimidad en virtud del derecho público europeo; Francia, a este respecto, afirmaría de forma concluyente que la independencia de los Estados Unidos «était pronuncée et établie par le fait» (fue pronunciada y establecida por el hecho) independientemente de la forma constitucional (legal o ilegal) por la que dicha independencia se hubiera realizado³⁵.

A partir de ese acto, se pasó de una Comunidad Europea a una Comunidad Internacional, y el nuevo escenario internacional, gracias a la reducción de la legi-

33 Véase U. GROZIO, *Mare liberum. Dissertazione sulla libertà del mare o del diritto che hanno gli olandesi al commercio con le Indie* (1609), trad. it., Napoli, Liguori, 2007.

34 Para la diferencia entre “tierra” y “mar” véase C. SCHMITT, *Terra e mare. Una considerazione sulla storia del mondo*, 1942, trad. it., Milano, Giuffrè, 1986.

35 En el intercambio de notas entre las dos potencias, Francia justificó su acto ya en 1778 afirmando que los Estados Unidos estaban “en plena posesión de la independencia pronunciada por su acta del 4 de julio de 1776” (véase R. QUADRI, *Stato (diritto internazionale)*, en N.D.I., XII, 1, UTET, Turín, 1941, párr. 1 y más detalles al respecto).

timidad a una situación de hecho y a los cálculos de poder, tuvo la capacidad de poner también al resto del mundo, al mundo no europeo, bajo la protección de un Derecho internacional heredero de los principios del Derecho público europeo³⁶.

Ciertamente, el desarrollo del derecho internacional aún tuvo que enfrentarse al drama de las dos guerras mundiales para redefinirse como derecho de las naciones civilizadas³⁷, prohibir la guerra como comportamiento internacionalmente lícito³⁸, reordenar el mar, descubrir el multilateralismo y conseguir concluir acuerdos sobre comercio internacional y crear las primeras instituciones económicas y monetarias internacionales³⁹. A ello contribuyeron los Catorce Puntos del Presidente Woodrow Wilson (1918) al término de la Primera Guerra Mundial y las Cuatro Libertades de la Carta de Atlanta (1941) enunciadas por el Presidente Franklin D. Roosevelt y firmada por Winston Churchill; con estos actos se diseñó un orden mundial en el que el primer punto era la renuncia a la expansión territorial, se reafirmaba el principio de autodeterminación interna y externa, se perseguía la preservación de la paz y la renuncia al uso de la fuerza y se sentaban las bases de un sistema de seguridad general basado en la cooperación⁴⁰.

Fue así como, después de la Segunda Guerra Mundial, se consolidaron los elementos del derecho cosmopolita introducidos entre las dos guerras y se encontró un vínculo entre las naciones, tras el fracaso de la Sociedad de Naciones (1919), dando lugar a la Organización de las Naciones Unidas (1945), que debía poner en práctica

36 Esto también era bastante sencillo, ya que los principios westfalianos tenían un carácter más procedimental que valorativo y podían aplicarse fácilmente a todas las relaciones entre entidades dotadas de poder político. De hecho, eran normas que garantizaban una fuerte fluidez en las relaciones entre Estados, combinada con el pragmatismo, que en sí mismo tenía un carácter ecuménico, véase H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, 2014, trad. it. Mondadori, Milano, 2015, p. 78.

37 Véase la letra c) del artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, 1945, que hace referencia a “*los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*” como fuente del derecho aplicado por el Tribunal, junto con los convenios internacionales y “*la costumbre internacional que dé fe de una práctica general aceptada como derecho*”.

38 La referencia es al Tratado de París de 27 de agosto de 1928 (que entró en vigor el 24 de julio de 1929), también conocido como Pacto Briand-Kellogg (*Tratado general sobre la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional*), que prohibió la guerra como instrumento de resolución de conflictos internacionales (véase O.A. HATHAWAY, S.J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, 2017, trad. it., Vicenza, Neri Pozza Editore, 2018).

39 Me remito a S. MANGIAMELI, “Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo”, en *Diritto e Società*, 2020, pp., 1 ss.

40 H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, 2014, pp. 87 ss.

los principios que formaban el nuevo orden mundial. “Los Miembros se abstendrán en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”) y, en cualquier caso, sometidas a un estricto control y, sobre todo, a una forma de gestión colectiva y general (preámbulo, sexto considerando y Título VII de la Carta).

Poco después se codificaron los derechos humanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que recogió los principios de la Revolución Francesa (art. 1, “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotados de razón y conciencia y deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”), pero también los primeros principios de la tradición jurídica europea (la Carta de Derechos inglesa-*Bill of Rights*) y los de la tradición americana (en particular, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América), incluido el derecho a la democracia y al autogobierno (art. 21)⁴¹.

Esto no ha impedido que la humanidad haya evitado hasta ahora las tragedias de la guerra, pero también ha permitido hacer consideraciones y evaluaciones del comportamiento de los Estados y sus gobernantes, en términos jurídicos, a partir de la forma en que han tratado a los seres humanos.

Con el final de la Segunda Guerra Mundial, en efecto, la concepción estadio-céntrica del Derecho internacional y la visión dogmática y absoluta de la soberanía de los Estados, vinculada a la mera eficacia, parecieron insuficientes para legitimar el ejercicio del poder interno desde el punto de vista de la comunidad internacional; y éste fue el vehículo para introducir formas de constitucionalización en los procesos internacionales, para los que “el individuo, y no el Estado, debe ser –en lo sucesivo– el sujeto central y la unidad moral del Derecho internacional”⁴².

41 Véase también Convenciones de la ONU - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 25 “Todo ciudadano tendrá el derecho, y se le dará la oportunidad, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones irrazonables: (a) participar en la dirección de los asuntos públicos, personalmente o por medio de representantes libremente escogidos; (b) votar y ser elegido, en elecciones auténticas y periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; (c) tener acceso, en condiciones de igualdad general, a los cargos públicos de su país” (Pacto adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 23 de marzo de 1976; Estados Partes hasta 2000: 147).

42 Véase J. KLABNERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; U. HALTERN, “Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende”, *AöR*, 2003, pp. 541. Sobre la constitucionalización del derecho internacional, véase M. KUMM, “The Legitimacy of International Law: A Constitutiona-

Así, se intenta identificar normas (reglas y principios) de potencial calidad constitucional, creadas tanto por los Estados como por otros actores, que deberían situarse por encima de las normas internacionales ordinarias. Sin embargo, no está claro si estas normas jurídicas obtienen un reconocimiento específico dentro del sistema jurídico, o si dan lugar a un conjunto de principios materiales, y si su carácter “constitucional” se debe a su ejecución por vía jurisdiccional⁴³.

A estas formas de constitucionalización, en el ámbito del derecho internacional, se debe, por una parte, el vínculo entre el reconocimiento de derechos a los individuos y la producción normativa, que comienza a regirse por un principio de prevalencia de los derechos (garantizados por las cartas internacionales) sobre el sistema de fuentes internas. Es en este contexto, por otra parte, en el que surgen las denominadas “formas internacionales de ayuda constitucional”⁴⁴, gracias a las cuales la comunidad internacional, a través de la presión multilateral, consigue progresivamente garantizar, en situaciones de crisis, el desarrollo democrático y el reconocimiento de los derechos fundamentales en el seno de los Estados⁴⁵.

list Framework of Analysis”, *The European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, núm. 5, pp. 907-931; A. VON BOGDANDY, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, 2006, vol. 47, núm. 1, pp. 223-242; M. KNAUFF, “Konstitutionalisierung im innerund überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?”, *ZaöRV*, núm. 68, 2008, pp. 453-490; A. STONE SWEET, “Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, núm. 2, pp. 621-645; J. HABERMAS, “Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas”, *ZaöRV*, núm. 72, 2012, pp. 1-44; G. ZICCIARDI CAPALDO, “From International Constitutionalism to Global Constitutionalism: Vision and Modernity of the Thought of Rolando Quadri”, en G. ZICCIARDI CAPALDO (ed.), *The Global Community. Yearbook for International Law and Jurisprudence*, vol. II, 2014, pp. 230-255.

43 Véase A. PETERS, K. ARMINGEON, “Introduction–Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, núm. 2, pp. 385-395; A. PETERS, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, núm. 2, pp. 397-411; *Idem*, “Foreign Relations Law and Global Constitutionalism”, *American Journal of International Law*, 2017, pp. 331-335.

44 Véase J.A. FROWEIN, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”, en K. DICKE, W. HUMMER, D. GIRSBERGER, K. BOELE-WOELKI, C. ENGEL, JOCHEN A. FROWEIN (Hrsg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg 2000, pp. 427-447.

45 Esto incluye también esa forma particular (europea) de ayuda constitucional representada por el Convenio de Lomé, por el que los países de África, el Caribe y el Pacífico (un total de 78 Estados) mantienen relaciones estables con la Unión Europea y han establecido una asociación estrecha,

Por otra parte, el constitucionalismo ha potenciado el papel de la Corte Internacional de Justicia (1945), que, desde este punto de vista y con todas las imperfecciones inherentes a los tribunales internacionales, era casi una consecuencia necesaria de esta nueva forma de ver las relaciones internacionales, que se vio reforzada por la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se formuló en 1998 en forma de tratado universal abierto y que entró en vigor en 2002⁴⁶.

V. ESTATUTO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y LOS LÍMITES ESPACIALES Y TEMPORALES DEL CONCEPTO DE ESTADO: NUEVOS DESAFÍOS

Las características de la comunidad internacional y del Estado deben considerarse, en este punto, dentro de un marco espacial y temporal definido, para que ambos conceptos tengan sentido y significado. El Estado moderno de origen europeo es la formación a la que debemos referirnos; comienza a existir efectivamente a través de la construcción de “fronteras” definidas, que son trazadas por agregaciones de unidades políticas más pequeñas y legitimadas por el reconocimiento mutuo de los Estados en la comunidad internacional.

En el mundo contemporáneo vemos la conservación de su carácter original, pero también medimos su inadecuación espacial y temporal; el gobierno soberano se ha abierto a las tensiones del comercio internacional y parece ceder terreno en favor de los poderes económicos y financieros. Incluso la comunidad internacional parece estar en crisis y desarmada, ya que el derecho internacional aparenta estar anulado por las reglas de los *trusts*.

Además, los procesos de construcción del Estado y de la nación demuestran que existen distintos grados de estatalidad, que hay Estados fuertes y Estados débiles, y la historia también muestra intentos de construir Estados que han fracasado.

profunda y compleja. En concreto, la cooperación gira en torno a dos polos principales: la cooperación económica y comercial y la cooperación al desarrollo. Pero lo más significativo es que, en su forma más reciente, el Convenio de Lomé IV, firmado en 1989 por una duración de 10 años, introdujo, entre sus muchas innovaciones, la promoción de los derechos humanos y el respeto de la democracia como elementos clave de la asociación, al tiempo que se incluían en la cooperación nuevos objetivos, como el fortalecimiento del papel de la mujer y la protección del medio ambiente. Otra innovación importante fue la llamada cooperación descentralizada, expresada por la participación de otros actores, como la sociedad civil, en el proceso de desarrollo.

46 A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, “Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung”, *ZaöRV*, 2010, pp. 1-49.

En el presente, el propio futuro del Estado-nación parece problemático con respecto a las nuevas cuestiones de tamaño, espacio y territorialidad⁴⁷. Tanto las estructuras institucionales y organizativas supraestatales como las infraestatales parecen ser cada vez más relevantes a la hora de explicar los procesos y resultados colectivos en el mundo actual. En efecto, las primeras tienden a regir las interdependencias y complejidades entre Estados creadas por los procesos de internacionalización de la economía, mientras que las segundas, en un contexto en el que el proteccionismo estatal en la economía ha desaparecido y el poder redistributivo de los Estados parece severamente limitado, constituyen la autoridad política más cercana a la que puede dirigirse la demanda de bienes y servicios públicos⁴⁸.

Además, el desarrollo tecnológico, por un lado, ha acelerado el crecimiento de los factores de interdependencia y, por otro, ha dado lugar a formas de confrontación sin precedentes entre los Estados.

Estos procesos caracterizan desde hace tiempo y de forma visible las vicisitudes de los Estados y, al determinar propensiones agregativas en la escena mundial, contribuyen a alcanzar la medida de un imperio. Son muchos los proyectos de ordenar el *Grossraum*, no sólo mediante la anexión directa, sino también con otras formas de control sobre las unidades políticas existentes, dando lugar en el siglo XXI al fenómeno de las grandes potencias⁴⁹.

Frente a la hipótesis de la centralidad del Estado, que se relaciona con y en una comunidad internacional basada en la costumbre internacional y en los principios de igualdad de soberanía, integridad territorial, no intervención y plena jurisdicción interna, desde hace algún tiempo se presta cada vez más atención a las formas políticas alternativas que tienen un impacto directo sobre el Estado y la Comunidad Internacional.

Por un lado, están los enfoques centrados en la sociedad dentro del orden estatal, que intentan reducir el papel público en relación con el poder privado para las políticas públicas y que sitúan la intervención pública en una posición de paridad, cuando no de subordinación, con la intervención privada, por lo que

47 Véase a este respecto la excelente contribución de M. MICHETTI, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Turín, Giappichelli, 2021.

48 S. MANGIAMELLI, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, pp. 4 ss. y 8 ss.

49 Sobre esta cuestión sigue siendo fundamental la aportación de C. SCHMITT, “L’ordinamento dei grandispazi nel diritto internazionale. Con divieto di intervento per potenze straniere. Un contributo sul concetto di Impero nel diritto internazionale”, 1941, trad. it., in *Stato, grande spazio*, Nomos, Milano, Adelphi, 2015, pp., 101-213.

las relaciones entre ambas se basarían en la interdependencia, la negociación y la confianza⁵⁰.

Por otra parte, en el ámbito supranacional, ganan terreno las ideas de la prevalencia de fuerzas (organizaciones no gubernamentales transnacionales, *trusts* de diversa índole, fundaciones soberanas, etc.) capaces de dotarse de un orden propio, que pasaría por encima del derecho de los Estados y del orden internacional, que ellas mismas producirían y que podrían exigir obediencia del mismo modo que las disposiciones estatales. Se ha hablado, en este sentido, de un “derecho mundial sin Estado”⁵¹.

Las tensiones generadas por los procesos de internacionalización de la economía (la globalización) están, pues, relacionadas con el tema de la “soberanía”, y estas tensiones serían independientes de las relaciones recíprocas entre Estado y Derecho internacional, dependiendo de la compleja relación entre los diferentes “mundos” que se han constituido en la sociedad y a los que se atribuye un carácter institucional, pero no político⁵².

Esto haría problemático el valor de las instituciones de la política internacional y las de la política estatal, no sólo porque los *trusts* que determinan los impulsos económicos y financieros pueden ser más poderosos que muchos gobiernos estatales y omnipresentes en términos territoriales y culturales, capaces de influir en la opinión pública y de ejercer un poder de vigilancia sobre los individuos, de modo que la cuestión de los derechos constitucionales y humanos tiende a perder importancia política, sino sobre todo porque no es en absoluto cierto que se limiten al perfil social e institucional, sin implicaciones políticas. De hecho, los *trusts*, cuando no son emanaciones directas del poder político, como en el caso de los “fondos soberanos”, siempre deben su fuerza global a un fuerte apoyo político que sólo puede provenir de Estados de talla imperial⁵³.

50 Véase J. SABIN, “Society-Centered Approaches to Political Science Research in the Northwest Territories”, paper, May 2011 (<https://www.semanticscholar.org/paper/Society-Centered-Approaches-to-Political-Science-in-Sabin/4702605333e45e1b5a8dbdd7e6c12df12dbac899>); H. LACHER, *Putting the state in its place: the critique of state-centrism and its limits*, in *Review of International Studies*, 2003, pp. 521-541; S.D. STRYKER, *The Rationalization of the Political Field: Beyond the State- and Society-Centered Theories of Policy Change*, in *Center for Culture, Organizations and Politics (CCOP)*, UC Berkeley, 1999; J. GILBERT, C. HOWE, “Beyond «State vs. Society»: Theories of the State and New Deal Agricultural Policies”, *American Sociological Review*, 1991, pp. 204-220.

51 Véase G. TEUBNER, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012.

52 Véase G. TEUBNER, “Das Projekt der Verfassungssoziologie: Irritationen des nationalstaatlichen Konstitutionalismus”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2012.

53 Véase, aunque siguen el planteamiento de G. TEUBNER, M. HARDT, T. NEGRI, *Empire*,

El Estado se había convertido en un actor poderoso y autónomo porque la escala de la política exigía una estructura institucional y organizativa unificada para las diferentes estrategias y decisiones, especialmente en el ámbito de las relaciones internacionales o transnacionales, donde el Estado se convirtió en el único actor capaz de declarar la guerra y hacer la paz.

Esa misma escala de la política ha experimentado grandes cambios en el período más reciente, debido esencialmente a la internacionalización de la economía y a las nuevas tecnologías (sobre todo en los transportes, las telecomunicaciones y el ámbito energético), por lo que asistimos a un retorno al papel de las unidades políticas más amplias⁵⁴ y a la forma de Estado, como se viene observando desde hace tiempo, se ha convertido en sólo una de las fórmulas institucionales posibles en las complejas sociedades del mundo contemporáneo, incluso en una de las menos atractivas en ciertos casos, tanto por la fragilidad financiera, que hace inciertos los derechos, como por los límites políticos del Estado, que no parece capaz de soportar el peso de la democracia y tiende a su reducción sustancial⁵⁵.

Incluso el *ius belli*, cuya titularidad caracterizaría a todos los Estados, ha cambiado estructuralmente su fisonomía. Solo unos pocos Estados, de hecho, son capaces en la práctica de hacer la guerra, de utilizar tecnologías bélicas avanzadas y de ejercer la disuisión militar; y precisamente sólo aquellos que tienen una capacidad industrial y tecnológica muy elevada, y éstos son los Estados que se elevan al papel de potencias mundiales. Los otros Estados deben en cambio compensarlo mediante una política de alianzas para preservar su independencia, pero de hecho han renunciado al *ius belli* y han caído dentro de la relación de “protección y obediencia”⁵⁶.

pp. 79 y ss., que ofrecen una perspectiva crítica del poder económico internacional; una lectura anclada en la dimensión económica también en R. W. COX, *Production, Power and World Order: Social Forces in the Making of History*, Nueva York, Columbia University Press, 1987; S. STRANGE, “International Economics and International Relations: A Case of Mutual Neglect”, *International Affairs*, 1970, pp. 304-315.

54 Véase a propósito, S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton and Oxford, Princeton U P, 2008.

55 Véase C. CROUNCH, *Postdemocrazia*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2005; así como *Idem, Combattere la postdemocrazia*, Bari, Laterza, 2020, donde reitera que los neoliberales quieren “instituciones formalmente adecuadas para desempeñar su función básica, pero vaciadas de energía democrática”, p. 154.

56 Véase M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 131 ss. obviamente, el tema de la protección-obediencia es la piedra angular del pensamiento de T. HOBES, *Leviatano*, 1651, cit.; así como *Idem, De Cive*,

Es cierto que, en la época contemporánea, debido a las diversas modificaciones de la comunidad internacional, no es fácil hacer la guerra, ya que existe la posibilidad de juzgar el uso de la fuerza, lo que ha vuelto a poner de moda la noción de “guerra justa”⁵⁷, pero el significado de la expresión ya no es comparable al original. De hecho, la idea de “guerra justa”, reconsiderada como marco de legitimidad sobre el uso de la fuerza en los litigios internacionales, así como la distinción entre guerra de agresión y de defensa e incluso la guerra preventiva, aunque estos dos últimos adjetivos tengan implicaciones profundamente diferentes, tienen una función política y son una verdadera transferencia del *ius belli* sólo a determinados Estados que también tienen el poder de imponer el estado de guerra a los aliados. Varias misiones militares recientes, como las guerras del Golfo para destruir armas de destrucción masiva, la libertad duradera en Afganistán para combatir el terrorismo y la propia guerra ruso-ucraniana, para desnazificar Ucrania con una “operación militar especial”, son ejemplos tanto de la aplicación de una justificación de la guerra como de la titularidad real del *ius belli* sólo en manos de determinados Estados que pueden materialmente hacer la guerra aunque el resultado pueda ser incierto y sólo haya una pequeña posibilidad de victoria.

Desde el punto de vista del principio de Grotius de *Jus belli ac pacis*, por tanto, queda muy poco en la comunidad internacional actual, y esto revela, en cambio, una fragilidad de muchos Estados, frente a unos pocos Estados grandes que también actúan por ellos. Demuestra que “nuevas formas y dimensiones de agrupación política están surgiendo en la comunidad internacional, aniquilando las estructuras políticas anteriores”⁵⁸.

Pero eso no es todo. De hecho, las reglas del comercio internacional, con la *lex mercatoria*, habrían conducido a una expropiación del poder legislativo de los Estados, limitado las políticas públicas y dejado al Estado indefenso frente a su propio mercado. Estas reglas funcionaron para permitir que las fuerzas políticas y económicas internacionalizadas penetraran profundamente en la comunidad territorial y alimentaran las ambiciones imperiales, conduciendo en la comunidad internacional, al mismo tiempo, a una pérdida del significado de las fronteras como demarcación

1642, XIII, VI, trad. it., Torino, UTET, 1948, p. 273; referencias importantes también en C. SCHMITT, *Scritti su Thomas Hobbes*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1986.

57 Véase H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, 1941, trad. it., Giuffrè, Milano, 2009, pp. 37-55. En la doctrina americana, el clásico de M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, 1977, trad. it., Napoli Liguori, 1990; así como J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, 1999, trad. it., Einaudi, Torino, 2001.

58 C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, 1927, en *Stato, grande spazio*, Nomos, pp. 52 ss.

del poder soberano y a una regionalización de las relaciones internacionales⁵⁹; y, por contradictorio que pueda parecer este proceso, está en perfecta armonía con la forma política del Imperio⁶⁰.

Cabe añadir aquí que, desde el final de la Guerra Fría, no sólo no se ha puesto fin a la confrontación internacional, sino que, por el contrario, con el tiempo se han ido formando nuevas fronteras mundiales, como ponen de manifiesto los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 que elevaron el nivel de confrontación mundial, poniendo en cuestión la primacía global de Estados Unidos⁶¹. En efecto, el terrorismo mostró la posibilidad de que las construcciones políticas territoriales por la fuerza capaces de oponerse a Occidente y, al mismo tiempo determinó la convicción en Occidente de impulsar aún más las capacidades de su propio imperio, interna y externamente, en nombre de la seguridad. El nuevo orden mundial orden mundial después del 11-S se caracterizaría por la necesidad de dominación global de las grandes potencias⁶².

Posteriormente, cuando la crisis financiera y económica que estalló en septiembre de 2008 en Estados Unidos puso de manifiesto lo devastadora que podía ser la condición de interdependencia entre Estados creada por la globalización, que permitía que fenómenos económicos políticamente relevantes se propagaran sin trabas más allá de las fronteras de los propios Estados, la competencia global entre las grandes potencias se hizo aún más intensa⁶³. Esto se puso igualmente de manifiesto

59 Véase Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione: Le conseguenze sulle persone*, 1998, trad. it., Bari-Roma, Laterza, 2001; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma, Carocci, 1999; K. JOWITT, *The New World Disorder: The Leninist Extinction*, Berkeley, University of California Press, 1992.

60 Véase L. PANITCH, S. GINDIN, "Global Capitalism and American Empire", *The New Imperial Challenge*, vol. 40, Socialist Register, London, Merlin Press, 2004, pp. 1-42.

61 Véase M. A. OKUR, *Rethinking Empire After 9/11: Towards A New Ontological Image of World Order,in Perceptions*, Winter 2007, pp. 61 ss.

62 En este sentido es el artículo de M. IGNATIEFF, "The American Empire; The Burden", *The New York Times Magazine*, 5 de enero de 2003; sobre esto véase R. RAO, "The Empire Writes Back (to Michael Ignatieff)", *Millennium: Journal of International Studies*, 2004, pp. 145-166; Véase R. W. COX, "BEyond Empire and Terror: Critical Reflections on the Political Economy of World Order", *New Political Economy*, 2004, pp. 307 y ss.; sobre este punto también L. CARACCIOLI, "Ripensare il mondo.. Le provvisorie lezioni dell'11 settembre", en *Encycl. Treccani*, Libro dell'anno 2001.

63 Véase a propósito S. MANGIAMELI, "CRisi economica e distribuzione territoriale del potere politico", *AIC Rivista on-line*, núm. 4, 2013, 18.10.2013.

con la pandemia del COVID-19. De hecho, al igual que ocurrió anteriormente con el terrorismo, el caso de la pandemia y el de los problemas globales –como el cambio climático, el agotamiento de los recursos naturales, la escasez de alimentos y la degradación de la condición humana para gran parte de la humanidad– trascienden las fronteras y afectan a los Estados de forma asimétrica, ampliando las divisiones globales⁶⁴.

Todo ello ha demostrado que los límites de la política internacional, aplicada por los Estados bajo la protección del Derecho internacional, han provocado fracturas en los procesos políticos y económicos mundiales y han sido progresivamente y cada vez más incapaces de contener el uso de la fuerza en las disputas internacionales –como también han demostrado los recientes acontecimientos militares–, poniendo en tela de juicio el significado de la paz y la propia noción de seguridad internacional⁶⁵.

Estos son los factores de las nuevas fracturas mundiales en las que se mueven los inéditos imperialismos contemporáneos, que parecen desdibujar la comunidad internacional y hacer insignificantes la soberanía de los Estados y el derecho internacional. Aquí radica el quid del nuevo orden mundial que puede garantizar la coexistencia pacífica entre los pueblos y la cooperación real entre los Estados⁶⁶.

64 Véase K. SCHWAB, T. MALLERET, *COVID-19: The Great Reset*, Geneva, Word Economic Forum, 2020.

65 Véase B. BUZAN, L. HANSEN, *The Evolution of International Security Studies*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009; NAYEF R.F. AL-RODHAN, *The Five Dimensions of Global Security. Proposal for a Multi-sum Security Principle*, Berlin, LIT Verlag, 2007; G. ARCUDE, “LA sécurité entre permanence et changementen *Relations internationales*”, 2006, pp. 97-109; M. SHEEHAN, *International Security: An Analytical Survey*, London, Lynne Rienner Publishers, 2005; E. KOLODZIEJ, *Security and International Relations*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

66 Aunque el camino futuro de la comunidad internacional es incierto, debido tanto a los grandes problemas que se ciernen sobre Estados e imperios, como el cambio climático, la energía, la alimentación y la preservación de la propia humanidad, como por los retos que la comunidad científica mundial remite continuamente a los que gobiernan imperios y Estados, como la conquista del espacio, la medicina avanzada, la innovación de productos la inteligencia artificial, etc., parece sin embargo deseable que la actual multipolaridad contradictoria (de la que habla H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, 2014, pp. 363 y ss.) encuentre una solución pacífica y cooperativa sobre una nueva base de legitimidad, sabiendo que el equilibrio internacional no es el resultado natural de las tendencias actuales, sino que la reconciliación es el objetivo al que hay que aspirar en la gestión de las relaciones internacionales.

VI. LAS CARACTERÍSTICAS DEL IMPERIO COMO SISTEMA POLÍTICO DE GOBIERNO: EL PRINCIPIO DE NO INJERENCIA Y LA DOCTRINA MONROE

Desde el punto de vista de la realidad jurídica, las cuestiones debatidas permitirían afirmar que es la condición del mundo actual la que empuja a una estructura organizativa internacional basada en una serie de grandes unidades políticas, que hace problemático el Estado –en su tamaño medio–. A su vez, nos lleva a considerar esa forma política particular que es el imperio, y que estamos muy lejos de la idea de una estructura internacional de Estados soberanos situados en pie de igualdad jurídica dentro de una comunidad internacional, regida por un derecho propio, formado por costumbres y tratados (según los principios transmitidos por el modelo westfaliano); y también estamos lejos de un federalismo universal, regido por el derecho cosmopolita, señalado por Emmanuel Kant como el sistema capaz de asegurar la paz perpetua⁶⁷.

El escenario actual, que al menos en parte podemos denominar post-global, no se caracteriza en absoluto por la unidad del mundo esperada tras la caída del muro de Berlín y el fin del mundo soviético, sino que se basa en una pluralidad de unidades políticas, pero de gran tamaño, a las que pocos estados son capaces de responder, y en ese caso hablamos de estados que de hecho tienen una dimensión imperial⁶⁸.

El problema no es sólo de tamaño, o de la población que abarca un vasto territorio, sino de la “representación del espacio terrestre que domina el desarrollo actual de la política mundial”⁶⁹, que determina la organización del mundo y a la que también afectan otros factores que tienden a una disposición institucional distinta de la estatal, como la determinación de las influencias políticas que vinculan a estos Estados imponentes con otros Estados de mayor o menor tamaño. Es precisamente

67 I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795/6, Kommentar von Oliver Eberl und Peter Niesen, Berlin, 2011; para los cuales véase también M. KOSKENNIEMI, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, in Theoretical Inquiries”, *Law*, vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 9-36. Para una aproximación cosmopolita véase D. HELD, *Democrazia e ordine globale*, 1995, trad. it., Trieste, Asterios Editore, 1999; así como D. ARCHIBUGI, *The global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2008; A. S. SIEFF, “Between Global Citizenship and Empire: Toward A Political Conception of International Order”, *Journal of Politics & Society*, 2014, pp. 58-103.

68 Volvemos en este punto al cuadro dibujado por C. SCHMITT en sus escritos, recogidos en el volumen, *Stato, Grande Spazio*, Nomos.

69 C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, p. 107.

la influencia política ejercida, por medio de la tecnología, la economía y la estructura organizativa más propiamente civil y militar, lo que abre al gran Estado a la perspectiva del predominio imperial. El primer elemento de la presencia imperial se convierte, por tanto, en la capacidad de impedir la presencia de cualquier otro poder político que pueda ejercer la misma influencia sobre un espacio que no pertenece al gran Estado, sino a otros Estados, pero que está bajo su hegemonía⁷⁰.

70 El tema de la hegemonía en el derecho internacional puede considerarse uno de los más importantes y tradicionales. La Paz de Westfalia presuponía una comunidad de iguales sin hegemonía de un Estado sobre los demás. En realidad, la hegemonía es en las relaciones internacionales una constante que ha condicionado la vida misma de la comunidad internacional, y se inspira en la desigualdad sustancial de los Estados y de las fronteras, los mundos diferentes, que unen y distinguen a los Estados. La primera contribución significativa pertenece a H. TRIEPEL, *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, también existe una traducción italiana del volumen (H. TRIEPEL, *Legemonia*, Firenze, Sansoni, 1949). En volumen de Triepel tiene una perspectiva teórica e histórica desde el punto de vista del Estado en diferentes épocas, sólo en la última parte, referida a las hegemonías federales de la era moderna, aporta ideas útiles sobre las relaciones entre Estados. Para tratamientos más recientes de la hegemonía en el derecho internacional véase. R. KNOX, "Hegemony", en J. D'ASPREMONT, S. SING, G.C. MCBAIN (eds.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham-Northampton (MA), Edward Elgar Publishing, 2019; A. ZIDAR, *The World Community between Hegemony and Constitutionalism*, Chicago, Eleven International Publishing, 2019; P. ANDERSON, P., *The H-Word: The Peripeteia of Hegemony*, Londres-Nueva York, Verso, 2017; D. THÜRER, «Hegemony», en R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford, Oxford University Press, 2012; I. CLARK, "Hegemony" en *International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2011; N. KRISCH, "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order", *EJIL*, vol. 16, 2005, pp. 369-408; A. PAULUS "JUS cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation - An Attempt at a Reappraisal", *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, pp. 297-334; M. KOSKENNIELI, "International Law and Hegemony: A Reconfiguration", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, 2004, pp. 197-218; A. PAULUS, "THe War against Iraq and the Future of International Law: Hegemony or Pluralism?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 691-733; M. BYERS, G. NOLTE (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; R. FOOT, N.S. MACFARLANE, M. MASTANDUNO (eds.), *US Hegemony and International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2003; J. BUTLER, E. LACLAU, S. ŽIŽEK, *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*, Londres-Nueva York (NY), Verso, 2000; R. HIRSCHL, "THe Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment through Constitutionalisation in Culturally Divided Polities", *Stanford Journal of International Law*, vol. 36, 2000, pp. 73-118; K. GINTHER, "Hegemony", en R. BERNHARDT, (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, vol. II. II; R.O. KEOHANE, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton (NJ) Princeton University Press, 1984.

Esto sugiere que el espacio imperial va más allá del territorio del Estado y sigue siendo mayor que el territorio del gran Estado. Es lo que Carl Schmitt define como *Großraum* (gran espacio)⁷¹, en el que es el dominio de facto de un Estado lo que determina la condición de influencia, aunque también puede haber acuerdos regionales y de vecindad entre Estados que, hasta cierto punto, institucionalizan esta influencia dominante.

Cuando los británicos, al renunciar a sus posesiones en el continente, siguieron lo que puede llamarse su vocación natural, a saber, ser una potencia marítima, construyeron un imperio no basado en la contigüidad territorial y fundado en el principio de la libertad de los mares (y la libertad de comercio). Las “líneas navales” se convirtieron así en una prerrogativa a la que los británicos apelaron continuamente y que mantuvieron al menos hasta la Primera Guerra Mundial. Baste decir que, en la mesa de la Santa Alianza, ésta era la prioridad de Castlereagh, junto con la integridad de Sicilia y Holanda⁷². Este principio por el que los británicos querían mantener intactas las “líneas navales” era una prioridad para los británicos. Este principio, por el que los británicos querían mostrar su superioridad en los mares, habría supuesto un duro enfrentamiento, también a través de la traición y la piratería, con las demás potencias europeas, España y Francia en particular. Sin embargo, la ocupación y toma de posesión de nuevas tierras también se concedía a todas las potencias que quisieran vencer en mar abierto. En consecuencia, el principio de las líneas navales, querido por los ingleses, no puede considerarse como un principio jurídico de gobierno de los grandes espacios y no alteró el derecho público europeo, sino que en cierta medida pasó a formar parte de él y a ello contribuyó también la limitada tecnología de la época en el ámbito naval⁷³.

El primer ejemplo importante de creación de principios jurídicos para gobernar una gran área, en la era moderna, fue la “Doctrina Monroe”, al menos en su formulación original, basada en las declaraciones de este presidente de EE. UU en 1823 en su discurso ante el Congreso⁷⁴, cuando afirmó el principio de que los derechos e intereses de los Estados Unidos se verían afectados si los “continentes americanos”

71 C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, pp. 107 ss.

72 Véase la excelente reconstrucción de las posiciones de Castlereagh en H. KISSINGER, *La diplomazia della Restaurazione*, 1959, trad. it., Milano, Garzanti, 1973.

73 En este sentido, C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, pp.131 ss.; Id., *Mutamenti di struttura del diritto internazionale*, pp. 217 ss.

74 Véase *President James Monroe's seventh annual message to Congress on December 2, 1823*. Para leer el mensaje, basta con acceder al sitio web de los Archivos Nacionales de los Estados Unidos, <https://www.archives.gov/milestone-documents/monroe-doctrine>.

fueran objeto de una futura colonización por parte de potencias europeas en un intento de cambiar “la condición libre e independiente que han asumido”⁷⁵.

Además, se declaró una especie de neutralidad con respecto a las guerras europeas y a los intentos de reorganizar Europa tras el torbellino napoleónico (“En las guerras de las potencias europeas en asuntos que les conciernen nunca hemos tomado parte, ni está de acuerdo con nuestra política hacerlo”⁷⁶).

Pero al declarar esto, proclamando una forma de aislacionismo americano con respecto a las guerras europeas, en nombre de la salvaguarda de su propia seguridad, Monroe añadió que “con los movimientos en este hemisferio estamos necesariamente más inmediatamente conectados y por causas que deben ser obvias para todos los observadores ilustrados e imparciales”, definiendo así un espacio políticamente diferente de la vieja Europa (que era el llamado inestable “cuarto de globo”). Si allí seguía aplicándose el derecho internacional europeo, que –entre otras cosas– había permitido la colonización, en el “hemisferio occidental” debía aplicarse otro tipo de derecho internacional, en el que, bajo la tutela de Estados Unidos, debían prevalecer otros principios de gobierno distintos de los de las potencias europeas. De hecho, partiendo de la constatación de que “el sistema político de las Potencias Aliadas es sustancialmente diferente... del de los Estados Unidos”, se anunciaba la defensa de su propia forma de gobierno, “obtenida con la pérdida de tanta sangre y tesoro, y madurada por la sabiduría de sus ciudadanos más ilustrados, y bajo la cual hemos disfrutado de una felicidad sin precedentes, toda esta nación está consagrada”. A esto se añadía, por último, que cualquier intento de las potencias europeas de extender su sistema político (la monarquía) “a cualquier parte de este hemisferio” se consideraría peligroso para la paz y la seguridad de Estados Unidos. De hecho, se lanzó una advertencia a las “potencias aliadas” de que no les sería posible extender “su sistema político a ninguna parte de ninguno de los dos continentes sin poner en peligro la paz y la felicidad (de Estados Unidos)” y se añadió, con referencia a “nuestros hermanos del sur”, que “si se les dejara solos” no adoptarían el sistema político europeo por iniciativa propia. En consecuencia, cualquier intento de intervención, en cualquiera de sus formas, por parte europea, sería imposible de observar con indiferencia⁷⁷.

Finalmente, declaró Monroe:

75 Entre los primeros en considerar la importancia de la “doctrina Monroe”, véase S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, 4.^a ed., Cedam, Padua, 1939, pp. 79 ss., quien explica su origen y la considera una forma de “unión no legal”.

76 *President James Monroe's seventh annual message to Congress on December 2, 1823.*

77 *President James Monroe's seventh annual message to Congress on December 2, 1823.*

“with the Governments who have declared their independence and maintain it, and whose independence we have, on great consideration and on just principles, acknowledged, we could not view any interposition for the purpose of oppressing them, or controlling in any other manner their destiny, by any European power in any other light than as the manifestation of an unfriendly disposition toward the United States”⁷⁸.

La “doctrina Monroe” ha tenido muchas interpretaciones y ha adquirido distintos significados a lo largo del tiempo, aunque su expresión en un sentido imperial e imperialista ha estado presente desde el principio⁷⁹. En cualquier caso, es gracias a ella que el derecho público europeo queda definitivamente superado, para dar paso a un derecho internacional verdaderamente general, con la entrada de los grandes espacios orientales para los europeos y occidentales para los americanos, es decir, Asia. También gracias al principio expresado en el texto del discurso del presidente Monroe de que el “gobierno de facto” sería considerado “como el gobierno legítimo”, apartándose así definitivamente del criterio de legitimidad utilizado en el derecho público europeo⁸⁰.

78 *President James Monroe's seventh annual message to Congress on December 2, 1823* (“[Pero] con los Gobiernos que han declarado su independencia y la mantienen, y cuya independencia hemos, con gran consideración y sobre principios justos, reconocido, no podríamos ver ninguna interposición con el propósito de oprimirlos, o controlar de otro modo su destino, por parte de cualquier potencia europea bajo otra luz que la manifestación de una disposición hostil hacia los Estados Unidos”), que añadió inmediatamente después: “In the war between those new Governments and Spain we declared our neutrality at the time of their recognition, and to this we have adhered, and shall continue to adhere, provided no change shall occur which, in the judgement of the competent authorities of this Government, shall make a corresponding change on the part of the United States indispensable to their security”. (“En la guerra entre estos nuevos gobiernos y España declaramos nuestra neutralidad en el momento de su reconocimiento, y a ello nos hemos adherido, y continuaremos adhiriéndonos, siempre que no se produzca ningún cambio que, a juicio de las autoridades competentes de este Gobierno, haga indispensable un cambio correspondiente por parte de los Estados Unidos para su seguridad”).

79 Véase M.T. GILDERHUS, *The Monroe Doctrine: Meanings and Implications*, in *Presidential Studies Quarterly*, 2006, vol. 36, núm. 1, pp. 5-16.

80 En efecto, incluso en el Derecho público europeo, el criterio de legitimidad, que surgió con la Paz de Westfalia y se mantuvo vivo con el Congreso de Viena, 1814, a pesar de la sacudida napoleónica que había hecho surgir el principio de nacionalidad, fue definitivamente derrocado con la proclamación del imperio germánico (*Reich*) al término de la guerra franco-prusiana (1870-71), gracias a la cual, en lugar de la legitimidad (dinástica), se situó el “cálculo del poder” como fundamento de facto de las relaciones internacionales (véase KISSINGER, *Ordine mondiale*, pp. 77 ss.).

Sin embargo, es necesario proceder con cuidado para desentrañar los significados inherentes a la doctrina desde la perspectiva del derecho internacional y la construcción de la noción de imperio.

En primer lugar, el carácter imperial de la doctrina se deriva del “principio de no intervención” de las potencias extranjeras en un espacio que se define como el “hemisferio occidental” y que se adquiere bajo el control del poder estadounidense; y, si se tiene en cuenta que en 1823 los Estados Unidos tenían todavía una dimensión territorial bastante limitada, con una fuerte presencia en el continente septentrional de España y Francia, así como de Inglaterra en el norte, se comprende cómo la afirmación del principio en cuestión pudo representar, no sólo el trastorno de la política colonial de las potencias europeas, sino sobre todo una reescritura de las reglas del orden internacional, en torno a una nueva noción de “dominio espacial” muy diferente del dominio territorial del Estado, en el que se basaba el antiguo derecho público europeo; Tanto es así que el propio estatuto de la Sociedad de Naciones en su Art. 21 reservaba a la “doctrina Monroe primacía sobre sus propias normas”⁸¹. En este sentido, esta nueva visión de la “dominación espacial” se convirtió (y se convertiría cada vez más con el tiempo) en la idea que los Estados Unidos asumirían en relación con el resto del mundo, atribuyéndose así una tarea política mundial⁸².

En segundo lugar, al cuestionar la forma de gobierno europea e introducir un criterio de legitimación distinto del principio monárquico-dinástico, y precisamente el republicano-democrático, la doctrina reforzó la prohibición de interposición o injerencia de las potencias europeas y constituyó una nueva “preclusión” para éstas.

No pasa desapercibido que de este modo los Estados Unidos asumieron la posición dominante con un carácter revolucionario, es decir, desafiaron el statu quo en el que se había basado el viejo orden europeo, pero al mismo tiempo también desafiaron el orden interno de los Estados europeos, que seguían estancados en la cresta

81 Sobre la doctrina Monroe y su importancia para la superación del *Jus publicum europaeum*, así como por haber abierto el tema de los “grandes espacios”, véase C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit. pp. 117 ss.

82 Fue una tarea que llevó a Estados Unidos a abrazar el imperialismo con la “doctrina Monroe”, cuyos primeros actos fueron el apoyo a Benito Juárez contra el emperador Maximiliano de Austria en 1865 y la ocupación de Cuba en 1890; desde entonces, se ha producido la extensión de la “doctrina Monroe” para controlar los estados latinoamericanos y, tras las guerras mundiales, para controlar el mundo entero, hasta convertirse en una constante de la política exterior. V. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit. pp. 234 ss., que titula todo el capítulo VII “Agire per tutta l’umanità: gli Stati Uniti e il loro concetto di ordine”. Pero también M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., el capítulo sobre “La rete di poteri: la sovranità americana e il nuovo impero”, pp. 155 ss.

de la monarquía, al tiempo que surgía claramente el poder legitimador que debía recaer en el pueblo, entendido concretamente y no como una entidad abstracta⁸³.

VII. A CONTINUACIÓN: LA IDEA POLÍTICA IMPERIAL; EL DERECHO DE INTERVENCIÓN

Lo que caracteriza al imperio es, en este sentido, la capacidad de una potencia como portadora de una idea política en el ámbito internacional que se irradia más allá de sus fronteras específicas y por la que es capaz de emplear su fuerza, dándole un carácter de legitimidad y no permitiendo que potencias extranjeras la cuestionen o adopten medidas limitativas⁸⁴.

No tiene mucho sentido discutir sobre la naturaleza de todas y cada una de las ideas políticas subyacentes a la construcción imperial, ya que puede tener un contenido distinto y diferenciado: desde el principio de nacionalidad⁸⁵, a la (exportación de) democracia⁸⁶, al libre comercio⁸⁷ y, en particular, a la protección de los derechos

83 Fueron las famosas palabras del Presidente Abraham Lincoln, pronunciadas en el Discurso de Gettysburg el 19 de diciembre de 1863, al margen de una sangrienta batalla entre los ejércitos de la Unión y de la Confederación, las que representaron la gran novedad en el mundo de la presencia de los Estados Unidos de América, con sus referencias a los principios de la Declaración de Independencia de 1776: libertad y un gobierno democrático, por los que *el Discurso de Gettysburg* debía servir para animar al pueblo a luchar, para que “esta nación, bajo Dios, tenga un nuevo nacimiento de libertad, y que el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo no desaparezca de la tierra” (that this nation, under God, shall have a new birth of freedom— and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth).

84 Véase C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, pp. 117 ss. En el mismo sentido véase M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, pp. 30 ss.

85 También aquí se plantea el problema de la integridad territorial y la cuestión de la protección de las minorías, que afecta a la subjetividad internacional del Estado (C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi e il diritto internazionale*, cit. 139 ss.). H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, p. 150, también se ocupa de la cuestión y considera que el problema de la nacionalidad debe resolverse a la luz del “derecho de los pueblos a la autodeterminación tan amplia y honestamente como sea posible” y, “cuando las minorías sean inevitables, deben organizarse como entidades dotadas de derechos constitucionales”.

86 Véase F. FUKUYAMA, *Esportare la democrazia. State-building e ordine mondiale nel XXI secolo*, 2004, trad. it., Torino, Lindau, 2005.

87 Teorizada en los 14 puntos del presidente Woodrow Wilson en su discurso ante el Congreso el 8 de enero de 1918 y retomada por el presidente Franklin Delano Roosevelt en la *Carta del Atlántico*, firmada junto con el primer ministro británico Winston Churchill el 14 de agosto de 1941 (sobre la

humanos⁸⁸, etc.; estamos en presencia de ideas que cumplen la misma función política y que pueden pasar a la acción contra los adversarios del imperio, así como garantizar la paz y la solidaridad entre los “pueblos” del imperio. Lo que integra todas las “ideas políticas imperiales” sería la capacidad de captar una visión del mundo y expresar valores universales que puedan ser alimentados espiritualmente por los grupos humanos que viven dentro y fuera del imperio, con la confrontación y/o coexistencia pacífica⁸⁹.

Las implicaciones de este planteamiento son considerables, especialmente en lo que respecta al uso de la fuerza y al concepto de guerra. En efecto, la idea política imperial es por definición “justa” y éticamente pertinente, al igual que su defensa interna y externa. Cualquiera que no se dé cuenta del valor ético de la idea política que conforma el imperio es, o bien un necio, o bien un criminal al que hay que comprometer en una acción policial y, si a la idea política del imperio se opone una potencia militar contraria, la guerra para defender la idea política del imperio será por definición una “guerra justa”⁹⁰.

política exterior de los dos presidentes estadounidenses, véase H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, pp. 255 ss. y 267 ss.).

88 Sobre el tema de los derechos humanos la literatura es vastísima (véase sin embargo el reciente volumen de A.C. AMATO MANGIAMELI, *I diritti umani tra teorie e prassi*, Torino Giappichelli 2022). Aquí vale la pena señalar que la doctrina liberal considera los derechos humanos como la “espada del imperio” (véase A. BARTHOLOMEW, J. BREAKSPEAR, “Human Rights as Swords of Empire”, en *Socialist Register*, 2004, pp. 125-145), o como una rama del pensamiento neoliberal (véanse otras indicaciones en J. PITTS, “Political Theory of Empire and Imperialism”, *Annual Review of Political Science*, 2010, vol. 13, pp. 211-235).

89 Sugerencias, en este sentido, también en M. HARDT, T. NEGRI, *Impero, cit.*, pp. 30 y ss.

90 El derecho internacional de policía y la “guerra justa” se convirtieron en los puntos de referencia de la acción imperial. El primero fue teorizado por el presidente Theodor Roosevelt en su discurso anual ante el Congreso en 1904 (6 de diciembre), en el que afirmaba que las naciones del hemisferio occidental no sólo no estaban abiertas a la colonización por parte de las potencias europeas, sino que Estados Unidos tenía la responsabilidad de preservar el orden y proteger la vida y la propiedad en esos países. De ahí el llamado “Corolario Roosevelt” (o ampliación) de la Doctrina Monroe, que defendía el derecho de Estados Unidos a ejercer un “poder de policía internacional” para frenar esa “malversación crónica” (<https://www.archives.gov/milestone-documents/roosevelt-corollary>). Sobre el tema de la “guerra justa”, véanse los autores citados en la nota 55, a los que M. HARDT, T. NEGRI, *Impero, cit.*, p. 29, que hablan del “reavivado interés por el concepto de bellum justum o ‘guerra justa’ (...) que reapareció en el centro de los debates políticos, en particular al comienzo de la guerra del Golfo” y señalan que “la guerra justa ya no es, en modo alguno, un acto de defensa o de resistencia”, sino que “se ha convertido en un acto que se justifica a sí mismo”.

El imperio, por tanto, necesita para su legitimidad exhumar la noción de “guerra justa” que había quedado fuera de combate con la Paz de Westfalia y el fin de las Guerras de Religión. Para ello, debe estigmatizar, no tanto en el plano jurídico como en el moral, cualquier forma de peligro para la integridad territorial o la independencia política del imperio y estar dispuesto a combatir no sólo dentro de él, o en sus fronteras, sino en cualquier parte del mundo; y cuando esto sucede, significa que el imperio ha tomado el camino de un nuevo imperialismo. De hecho, en un sentido dinámico, la idea política de imperio y la construcción de esta forma política no se limita a la dimensión de no interferencia desde el exterior (el aspecto estático), sino que desarrolla necesariamente la necesidad de confrontación mundial, y el concepto de “guerra justa” es el medio por el que se pasa del lado estático del imperio al lado dinámico.

Desde este punto de vista, la Doctrina Monroe constituye el ejemplo perfecto, al que se adaptan otros imperios contemporáneos, como China con Taiwán y Rusia con Ucrania⁹¹. De hecho, una vez superada la primera configuración, como realidad caracterizada por el autoaislamiento, la neutralidad y la pretensión de no injerencia, el imperio pasa conscientemente al principio de la realización de su propia idea política y, partiendo del principio de “auto-defensa”, teoriza un verdadero “derecho de intervención”, entendido también como un deber hacia los demás sujetos de la comunidad internacional para hacer realidad los valores universales de los que el imperio es portador. Esto, sin embargo, transforma al imperio en gendarme de esos valores y retrotrae las acciones militares imperiales a un sistema de policía general, invalidando también el concepto mismo de guerra heredado de Westfalia. En efecto, cuando el valor universal del imperio debe ser defendido, no sólo la “guerra es justa”, sino que, sobre todo se despoja al adversario de la dignidad de combatiente enemigo,

91 De ahí también la particular posición expresada por H. KISSINGER (“TO settle the Ukraine crisis, start at the end”, en *Washington Post*, 5 de marzo de 2014) sobre las relaciones entre Europa, Ucrania y Rusia, tras la anexión rusa de Crimea, encaminada a otorgar a Ucrania un papel de Estado intermedio entre la Unión Europea y Rusia, con la tarea de relacionar a las dos grandes entidades y con el objetivo de atraer a Rusia a la órbita europea. Sin embargo, en su reciente entrevista sobre el conflicto ruso-ucraniano (“HENRY Kissinger Is Worried About ‘Disequilibrium’”, en *Wall Street Journal*, 16.08.2022), ve la necesidad de defender a Ucrania como si ya formara parte de la UE y de la OTAN. No obstante, en opinión del gran diplomático, sigue existiendo la ambición de recuperar la relación con Rusia, véanse las opiniones expresadas en la presentación de su libro *Leadership* en Londres, recogida por el *Corriere della Sera*, 28.06.2022, 13, para lo cual es necesario “reintegrar a Moscú en el sistema europeo”.

para considerarlo como un proscrito⁹², un criminal, y la guerra se convierte, por tanto, siempre en una operación policial⁹³.

VIII. LA PECULIARIDAD DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL IMPERIO: RELACIONES TERRITORIALES, PERSONALES Y GUBERNAMENTALES

Si se tiene en cuenta este perfil, se comprende fácilmente que el imperio implica efectivamente una relación territorial, personal y de gobierno como el Estado, pero esta relación parece diferir en varios aspectos de la establecida por la teoría del Estado.

a) En primer lugar, mientras que en la esfera estatal el territorio está determinado por fronteras en las que se ejerce el poder sobre los individuos que residen en él, en el caso del imperio el territorio trasciende los límites geográficos y se extiende en el “espacio” mediante fronteras lineales, como fue el caso del meridiano 20 oeste, que determinó el hemisferio occidental más allá del cual las potencias europeas ya no podían ejercer su libertad política, y el del ecuador, que definió las líneas de amistad para indicar un espacio no pacífico en el que podían tener lugar luchas despiadadas por el dominio, sin menoscabo de la paz europea. A las fronteras lineales, sin embargo, hay que añadir ahora el poder del imperio para delimitar fronteras espacialmente distintas⁹⁴; además, el territorio del imperio no sólo es relevante para el dominio sobre los hombres que allí residen, sino que él mismo es objeto de dominación y control, derivado de la pretensión de no injerencia⁹⁵.

92 Este concepto lo expresa J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, p. 83, quien los diferencia de los “pueblos liberales razonables”, los “pueblos decentes” y las “sociedades desfavorecidas por condiciones desfavorables” y quien teoriza, en referencia a los derechos humanos, cómo “la fuerza política (moral) de estos derechos se extiende a todas las sociedades... incluidos los Estados fuera de la ley. Un Estado fuera de la ley que viole estos derechos debe ser condenado y, en los casos más graves, puede ser objeto de sanciones severas, hasta la intervención militar directa”.

93 Véase la significativa aportación de C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, 1938, trad. it., Bari, Laterza, 2008.

94 Observa C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi e il diritto internazionale*, p. 169, “el ‘imperio’ no es simplemente un Estado ampliado, del mismo modo que el gran espacio no es sólo un pequeño espacio ampliado. El imperio tampoco se identifica con el gran espacio, elevándose así por encima tanto del Estado espacial caracterizado por la exclusividad de su territorio estatal como del suelo nacional de un solo pueblo”.

95 Sobre las diferentes teorías del territorio en relación con el Estado, véase M. MICHETTI, *Organizzazione del potere e territorio*, 2021, pp. 1 ss.

El dominio y control sobre el territorio, por tanto, en el caso del imperio tiene un carácter móvil y, si bien en principio éste se formaba sobre la base de la continuidad territorial, según la antigua lógica que había llevado a la formación de las grandes monarquías continentales, ahora las nuevas tecnologías del transporte, la navegación y la aeronáutica superan los inconvenientes que incluso el antiguo imperio Británico había encontrado, ya que ahora las líneas navales, aéreas y espaciales también pueden ser dominadas, controladas y disputadas⁹⁶.

Es la idea de espacio que se ha afirmado a lo largo del tiempo la que nos conduce hacia un ámbito más complejo que no conoce las limitaciones del derecho internacional general. En nombre de su idea política, de hecho, el imperio se siente legitimado a toda forma de intervención necesaria para su seguridad en todas las partes de la tierra, en todos los mares y en el espacio aéreo y, para ello, las tecnologías avanzadas y el armamento sofisticado permiten un control tan extenso como milimétrico, con el peligro constante de la guerra total⁹⁷.

96 Ya habla con claridad C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale* pp. 160 ss.; pero todos los autores que se ocupan de la globalización, desde U. BECK (*Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma, Carocci, 1999, p. 24) hacia abajo, subrayan cómo con la globalización los Estados nacionales están condicionados y conectados transversalmente, por sus posibilidades de poder, sus identidades y redes. Sobre todo, la especificidad del proceso de globalización consiste en su extensión, densidad y estabilidad empíricamente detectables de las redes regionales-globales de relaciones mutuas y su de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y sus flujos de imágenes a nivel cultural, político, financiero, militar y económico (véase también Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, pp. 73-74; J. STIGLITZ, "RIdefinire il ruolo dello Stato. Cosa debe fare? Come deve agire? Come dovrebbero essere prese le decisione?", *Global & Local Economic Review*, 2001, pp. 11-49; así como el pequeño volumen que recoge varios escritos, Id., *Globalizzazione*, Roma, Donzelli, 2011; J. BUTLER, G. C. SPIVAK, *Who sings the Nation-State? Language, Politics, Belonging*, Calcuta, Seagull Books, 2007. En su volumen H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, pp. 327 ss., dedica un capítulo entero al tema "Tecnología, equilibrio y conciencia humana", donde también aborda la cuestión de una política exterior en la era digital.

97 Interesante las consideraciones críticas de C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, pp. 4 ss. sobre la cuestión de la guerra total, conectada con la de la guerra justa. En consecuencia, la guerra justa total deriva de una pretensión moral que los gobernantes del imperio plantean y muy a menudo trasladan a las instituciones internacionales (cfr. art. 42 de la Carta de la ONU), bajo la protección de la seguridad colectiva (cfr. M. KOSKENNIEMI, "THe Place of Law in Collective Security", *Michigan Journal of International Law*, 1996, pp. 455-490; CHARLES A. KUPCHAN, Y CLIFFORD A. KUPCHAN, "THe Promise of Collective Security", *International Security*, 1995, núm. 20, pp. 52-61; A. HURRELL, "Collective Security and International Order Revisited", *International Relations*, 1992, pp. 37 ss.; véase también L.W. MWAGWABI, "The Theory of Collective Security and

b) La pertenencia de un pueblo a un Estado implica el principio de derecho internacional, relacionado con el concepto de pueblo, del “derecho de autodeterminación”. En el caso del imperio, lo que se necesita es un pueblo que mantenga su propia identidad, pero que al mismo tiempo apoye la idea imperial y la no injerencia de potencias extranjeras y, por lo tanto, ejerza vigilancia sobre una población mayor, sobre otros pueblos⁹⁸. El imperio es un sistema político que no pretende la asimilación de las diferentes poblaciones y permite que los diferentes grupos étnicos mantengan sus respectivas tradiciones populares. Sólo actúa como protector de las realidades políticas individuales, adquiriendo así el papel central en el contexto del complejo sistema internacional al que da lugar⁹⁹.

c) La soberanía de todo Estado consiste en un poder absoluto de mando político sobre un grupo humano situado dentro de unas fronteras determinadas, y en el derecho internacional la soberanía se plasma en el carácter de impenetrabilidad del ordenamiento jurídico estatal. La soberanía garantiza la participación del Estado en la comunidad internacional en la que, en pie de igualdad, goza de una libertad asistida por el derecho¹⁰⁰.

Cuando la soberanía estatal entra en contacto con el poder imperial, pierde su carácter absoluto y surgen limitaciones de la autonomía soberana que son visibles en

its Limitation in Explaining International Organisation: A Critical Analysis”, 7 de noviembre de 2010. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2948271>; A. ORAKHELASHVILI, “Essence and Definition of Collective Security”, en *Collective Security*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 4-24; J. C. EBEGBULEM, “THe Failure of Collective Security in the Post World Wars I and II International System”, en *Transcience*, 2011, 2, pp. 23-29).

98 Véase C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, pp. 147 ss.

99 Véase C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, p. 164.

100 La doctrina internacionalista está de acuerdo en este punto, véase R. QUADRI, *Stato (diritto internazionale)*, p. 819 (quien se refiere al “derecho genérico de libertad [del Estado] que asume direcciones fundamentales. A veces se manifiesta como un derecho exclusivo a realizar determinadas actividades respecto de las cuales cualquier impedimento por parte de otros Estados tiene el carácter de un acto ilícito; otras veces, en cambio, se ejerce en concurrencia con los derechos de otros sujetos. Como principio general, puede decirse que el derecho internacional atribuye al Estado el derecho a realizar todas las actividades respecto de las cuales no existe limitación jurídica internacional. En el caso de la libertad concurrente, el límite jurídico viene dado por la igual libertad de los demás sujetos”), R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1945, pp. 82 ss., para quien la palabra soberanía expresa una característica propia del Estado en el ordenamiento jurídico interno, mientras que en el ámbito internacional puede hacerse referencia a los conceptos de “originalidad”, “independencia”, “igualdad”, “libertad” y “autonomía”.

las esferas nacional e internacional. Se puede decir que la soberanía, en contacto con el poder imperial, tiende a volverse “porosa”, porque debe ofrecer el espacio para que este poder penetre y se convierta en determinante de la acción política¹⁰¹.

La soberanía del imperio, en cambio, aparece como discontinua y marginal; opera como un poder de último recurso y absoluto. El dominio territorial y espacial del imperio puede parecerse mucho a la soberanía del pasado, y de hecho en la dimensión contemporánea se presenta muy a menudo como una jurisdicción no plena, sino en competencia con otras autoridades políticas presentes, por lo que éstas también ejercen su propia jurisdicción dentro de los límites de su propia competencia y pueden requerir formas de colaboración¹⁰².

Sin embargo, en caso de conflicto, la relación entre las jurisdicciones se resuelve sistemáticamente a favor del poder imperial, que se convierte en un poder jerárquicamente superior cuando es necesario, y el control sobre las demás autoridades políticas se transforma en este caso en una verdadera exigencia de obediencia y su colaboración adopta la forma de colaboración coercitiva.

Al actuar de este modo, el imperio no tiene ningún interés en sustituir a las demás autoridades políticas presentes en su seno y, por lo tanto, no lleva a cabo la unificación política, sino que simplemente pretende, si es necesario, prevalecer y mantener esta condición (jerárquica) permanente y visible. Esto ocurre, de hecho, de dos maneras diferentes y concurrentes: la primera viene determinada por la mayor capacidad económica que el imperio tiende necesariamente a acumular; baste pensar en la circunstancia de que la moneda imperial no sustituye a las monedas locales, sino que tiende a convertirse en la moneda de referencia y de cambio¹⁰³. La segunda es la de la capacidad policial y militar del imperio, que tampoco en este caso sustituye a la policía y al ejército de los Estados, sino que los gobierna y los manda, y si es necesario interviene en ellos para resolver los conflictos y garantizar la paz; pero también en el plano externo, el imperio posee una posición dominante en la comunidad internacional, capaz de mantener la confrontación internacional, incluidas todas las relaciones de poder¹⁰⁴.

101 Véase J. M. COLOMER, *Empires Versus States*, en *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Online, Jun 2017.

102 Se pueden encontrar indicaciones útiles a este respecto en M. HARDT, T. NEGRI, *Impero, cit.*, pp. 175 ss., que dedican un capítulo entero a la soberanía del imperio.

103 Véase J. PITTS, “Political Theory of Empire and Imperialism”, *Annual Review of Political Science*, 2010, núm. 13, pp. 211-235; J.L. COHEN, “WHose Sovereignty? Empire Versus International Law”, *Ethics & International Affairs*, 2004, núm. 18, pp. 1-24.

104 Al menos hasta cierto punto, ciertamente superior al de cualquier Estado, pero no tanto

El imperio, en las relaciones internacionales, tiende a atenuar el principio de autolimitación en el que se basa el reconocimiento mutuo en la comunidad internacional, apenas asume el carácter de potencia “estática”, que preserva el statu quo a menos que esté en franca decadencia, hace de toda situación de conflicto internacional un estado de excepción que puede requerir su intervención y, sobre todo, mantiene siempre para sí una libertad de acción¹⁰⁵.

IX. LA DEFINICIÓN DE IMPERIO

A partir de este amplio esquema, se puede derivar una definición de la noción de imperio como forma política, por la que se concibe, a diferencia del Estado, como un sistema de gobierno político muy amplio con un gobierno formado en fronteras móviles, con múltiples niveles institucionales y jurisdicciones superpuestas¹⁰⁶.

Además del tamaño del territorio y de la población, lo que caracteriza a un imperio es la ausencia de fronteras fijas y permanentes, o de zonas de influencia también fijas y permanentes, de modo que la dimensión imperial puede expandirse, pero también reducirse. Por consiguiente, el territorio no puede considerarse un elemento definitorio del imperio y puede decirse que el concepto de “frontera” es más apropiado para un imperio que el de “límite”¹⁰⁷.

Además, un imperio está formado por una combinación de diferentes grupos y múltiples entidades territoriales conectadas con el centro de forma asimétrica; es de-

como para ser omnipotente, véanse, a este respecto, las consideraciones de M. IGNATIEFF, *The American Empire; The Burden*, 2023, quien, reflexionando sobre el tema del imperio tras el 11 de septiembre, señaló cómo “The secretary of defense may be right when he warns the North Koreans that America is capable of fighting on two fronts – in Korea and Iraq – simultaneously, but Americans at home cannot be overjoyed at such a prospect, and if two fronts are possible at once, a much larger number of fronts is not. If conflict in Iraq, North Korea or both becomes a possibility, Al Qaeda can be counted on to seek to strike a busy and overextended empire in the back. What this suggests is not just that overwhelming power never confers the security it promises but also that even the overwhelmingly powerful need friends and allies”.

105 Este es el supuesto al que se puede llegar siguiendo la lección de H. KISSINGER, *La diplomazia della Restaurazione*, cit., *passim*.

106 Véase J. M. COLOMER, *Empires Versus States*, pp. 6 ss.

107 Sobre la diferencia entre “límite” y “frontera” en la doctrina del Derecho público, véase G. LOMBARDI, “Spazio e frontiera tra egualanza e privilegio: problema costituzionali fra storia e diritto”, en *Scritti in onore de Vezio Crisafulli*, Padua, Cedam, 1985, vol. II, pp. 477-495. II, pp. 477-495, ahora en *Idem, Scritti scelti*, editado por E. PALICI DI SUNI y S. SICARDI, Nápoles, ESI, 2011, pp. 539 ss.

cir, las unidades que componen el imperio se conectan con el centro según diferentes fórmulas institucionales, que van desde la federación a la alianza y desde el acuerdo comercial al acuerdo secreto.

Por último, otro elemento que caracteriza al imperio es un surtido de jurisdicciones multinivel a menudo superpuestas. Dentro de un imperio no suele haber autoridades que legislen con poderes exclusivos, y la autoridad central, salvo cuando no necesita actuar directamente, puede gobernar indirectamente a través de poderes locales, que desarrollan un gobierno autónomo sobre asuntos importantes.

Podemos decir que en esta forma la distribución del poder es difusa. Sin embargo, en el imperio existe un centro de poder que domina y controla las diferentes formas de poder. El “centro del imperio” es suficientemente autónomo frente a los Estados y también es capaz de actuar como entidad política en la comunidad internacional, de regularla y de imponerla incluso por la fuerza. Evidentemente, el imperio no se basa tanto en la fuerza *per se*, como en la representación de la fuerza estrechamente vinculada a la realización de la idea política en la que se basa y que da forma a su regulación.

En el imperio existen también las “periferias”, sometidas a un control continuo, ya sea por la presencia directa de las fuerzas armadas imperiales, justificada mediante alianzas estratégicas, o por los mismos medios por los que se ejerce la vigilancia sobre los Estados adversarios. También es útil para el control de las periferias el apoyo económico y financiero de éstas o de las fuerzas políticas que ejercen el poder político en las periferias en nombre del imperio.

Para que esta afirmación sea precisa, el carácter del poder imperial –que es, como poder, un derecho de mando y coerción dirigido a los hombres y a las congregaciones y formaciones que viven dentro del imperio– debe presentarse como inclusivo, pero no unificador de la diversidad, permitiendo que cada unidad, según su forma (es decir, ciudad, provincia, región, estado, federación, etc.), pueda mantener sus propias características. Además, el poder imperial debe ser tal que produzca consenso, tenga capacidad para dirigir a otras autoridades políticas y a la opinión pública y provoque una forma de disuasión preventiva. Todo ello con el fin de evitar conflictos y garantizar el mantenimiento de la paz imperial.

A diferencia del Estado, que tiende a la unidad de la república (*una et indivisibilis Res publica*), el imperio tiende a una república compuesta (*composita Res publica*), formada por unidades preexistentes en todo el territorio y organizadas con fórmulas institucionales diferentes; por tanto, es más capaz que el Estado de acomodar las diferencias entre las poblaciones.

Cuando actúa diplomáticamente, además de no concentrar el poder en torno a un único centro, tiene en cuenta las diferentes entidades políticas y su poder e inten-

ta continuamente mantener un equilibrio entre las diferentes partes y el conjunto; y de nuevo, en lugar de confiar en sí mismo como autoridad suprema y única fuente de derecho, el imperio constituye un régimen basado en la división de poderes, las negociaciones y la jurisprudencia (que constituye una acomodación del derecho al azar). Por último, el imperio, en lugar de utilizar su poder para crear un monopolio político, una jurisdicción exclusiva y una administración uniforme, se caracteriza por ser una forma de gobierno que requiere la colaboración y considera la (inter) dependencia entre las partes¹⁰⁸.

La historia enseña que el imperio se ha formado en muchas ocasiones para la defensa, es decir, para asegurar la cooperación entre pueblos que deben unirse para luchar contra un enemigo común y éste es un rasgo común con las Federaciones; pero las guerras libradas por el imperio no siempre son útiles para todos sus componentes¹⁰⁹.

108 Puede decirse que todos estos aspectos dependen de la conexión entre “Ordnung” y “Ortung”, es decir, entre el orden concreto y la localización (C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, pp. 19-29). En una visión actualizada por el pleno despliegue de la internacionalización de la economía, puede hacerse referencia al concepto de “glocalización”, término introducido en el debate sobre la globalización por el sociólogo ROLAND ROBERTSON (*Globalizzazione: teoria sociale e cultura globale*, 1992, trad. it, Trieste,Asterios Editore, 1999) y retomado por Z. BAUMAN (*Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma,Armando editore, 2005; *Idem*, “On Glocalization: or Globalization for some, Localization for some Others”, *Thesis Eleven*, vol. 54, núm. 1, 1998, 37-49).

109 Imperio y federación, en efecto, tienen muchos elementos comunes que los caracterizan. Ambas formas políticas se basan en múltiples niveles de gobierno (gobierno multinivel), ordenados a diferentes escalas territoriales y con algunos solapamientos; se basan en el principio de la distinción de poderes y, al mismo tiempo, en la colaboración vertical entre el centro y la periferia, así como en la colaboración horizontal entre las distintas unidades políticas. Sin embargo, el imperio es una fórmula política que difiere de la Federación, ya que esta última repite las características del Estado, como fronteras fijas y reconocidas, y se basa en la paridad jurídica de los Estados miembros; mientras que el imperio no tiene fronteras fijas, presenta diferentes conexiones con las entidades político-territoriales que engloba y se caracteriza por las asimetrías institucionales relativas al territorio y la economía, así como a los poderes otorgados a las distintas unidades. H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, pp. 117 ss., contrapone el Estado federal como forma (unitaria) de Estado y la confederación como formación de Derecho internacional. La tesis kelseniana, sin embargo, tiene una peculiaridad propia que se explica también por la experiencia del federalismo austriaco, pero sobre todo por su concepción del derecho, expresada en *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, 1920, trad. it., Milano, Giuffré, 1989, e successivamente en *La pace attraverso il diritto*, 1944, trad. it., Torino, Giappichelli, 1990.

Por último, el imperio tiene en común con el Estado (ya que ambos son formas políticas) que puede ordenarse internamente de manera democrática o autocrática, así como según un régimen mixto, y desde este punto de vista no es en absoluto hostil a los principios del constitucionalismo, la libertad y el reconocimiento de los derechos¹¹⁰.

Un imperio en el sentido moderno, por tanto, puede ser una “comunidad de derecho” democrática, puede englobar la red de ciudades, regiones con su autonomía y los Estados, tanto grandes como pequeños, garantizando una no competencia y, debido a la interdependencia provocada por la internacionalización de la economía, que no puede ser satisfecha por un actor unitario, en sí mismo concluido y de tamaño limitado, el imperio representa una forma política capaz de fomentar la cooperación transnacional y la coexistencia pacífica. Esta conclusión –como puede comprenderse fácilmente– se ajusta muy bien al caso de la Unión Europea¹¹¹, aunque parece sufrir una serie de dificultades debidas a las carencias políticas de los Tratados europeos y los acontecimientos de la crisis económica, la pandemia y ahora la guerra ruso-ucraniana¹¹².

110 Véase en este sentido J. M. COLOMER, *Empires Versus States*, pp. 2 ss.

111 La expresión “comunidad de Derecho” referida a la Unión Europea se debe al Tribunal de Justicia de la UE (sentencia de 23 de abril de 1986, asunto 294/83, *Les Verts contra Parlamento*, Rec. 1986; también dictamen de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, p. I-6079, p. 19). Sobre la configuración de la Unión Europea como un “imperio”, véase U. BECK, E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita. Società e politica nella seconda modernità*, 2004, trad. it., Roma, Carocci, 2006; así como J. ZIELONKA, *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2006. El carácter asimétrico del sistema europeo, que lo asemeja a un imperio, merece un examen independiente en profundidad, en relación con la formación de un verdadero centro europeo que sólo podría producirse mediante un proceso de federalización de la Unión Europea. En efecto, la realidad europea muestra cómo el proceso de integración europea está siempre a caballo entre la constitucionalización y el retorno al Derecho internacional (véase S. MANGIAMELI, “IL sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?”, *Diritto e Società*, vol. 1, 2016, pp. 11-58).

112 Véase A. WIRSCHING, *Demokratie und Globalisierung. Europa seit 1989*, München, BECK, 2015; así como, S. MANGIAMELI, “The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration”, en *Idem* (ed.), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Heidelberg, Springer, 2017, pp. 189 ss.; *Idem*, “COVID-19 and European Union. The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European Integration”, IPOF, vol. 1, 2021, pp. 17-48.

X. FORMA DE ESTADO Y ACTUALIDAD DEL IMPERIO COMO SISTEMA POLÍTICO

Con el fin de los grandes imperios continentales, la conclusión del colonialismo y la formación de los Estados, tanto en la primera como en la segunda posguerra, la propia noción de “imperio” parece haber desaparecido de la mente de los estudiosos de las formas políticas constitucionales y haber caído en el olvido del pensamiento político.

La prevalencia de la forma estatal, por un lado, y la presencia de una comunidad internacional compuesta únicamente por Estados, con algunas excepciones limitadas, por otro, sugerían la propia extinción de la idea imperial y un retorno al modelo clásico de Derecho internacional. Por otro lado, los actuales procesos de globalización, incluidas las diversas fracturas que los caracterizan, muestran cómo la propia idea de “imperio”¹¹³ puede considerarse plenamente pertinente.

La profecía de Carl Schmitt, mencionada al inicio, se ha realizado totalmente y hoy podemos contar una comunidad internacional compuesta por Estados en el sentido más tradicional del término, cuya soberanía, sin embargo, está condicionada por la complejidad y la interdependencia globales, y por grandes Estados de dimensión imperial que adquieren esta conciencia y exigen ejercer una mayor influencia en las opciones del mundo. Junto a estos Estados se encuentran verdaderos imperios que despliegan su soberanía sobre los demás sujetos de la comunidad internacional, actúan en oposición al mundo global y lo condicionan.

Asistimos así a un orden internacional compuesto que requiere una reflexión constante y exhaustiva sobre los dos órdenes jurídicos, el imperio y el Estado, que son difficilmente comparables o de situar uno junto al otro. Ambos representan dos categorías conceptuales que se remontan al pasado, al menos al medieval y al moderno, por no hablar de los imperios más antiguos; ambos constituyen dos sistemas de gobierno, aunque diferentes; ambos expresan una fuerte actualidad, debido a los procesos de internacionalización de la economía; de ahí el interés de la reflexión.

Los juristas públicos contemporáneos, especialmente los continentales, tienen una formación científica fuertemente “estado-céntrica”. Este enfoque, si alguna vez

¹¹³ Véanse a este respecto las contribuciones aparecidas todas ellas en *Ethics & International Affairs*, 2003, vol. 17, núm. 2, bajo el título *The Revival of Empire*, 34, debidas a J. PURDY, “Liberal Empire: Assessing the Arguments”, pp. 35 ss.; P. B. MEHTA, “Empire and Moral Identity”, pp. 49 ss.; J. B. ELSHTAIN, “International Justice as Equal Regard and the Use of Force”, pp. 63 ss.; R.H. WADE, *The “Invisible Hand of the American Empire”*, pp. 77 ss.; D.S. GREWAL, *Network Power and Globalization*, pp. 89 ss.

lo fue, ciertamente ya no es adecuado, basta pensar en la producción y aplicación de normas jurídicas, de las que sólo una pequeña parte son realmente atribuibles a las fuentes del Derecho estatal. Pero la tradición, los límites de la política, la fragilidad de la sociedad y el modelo de formación cultural, por muy integradores que sean de temas como la internacionalización de la economía (con la *lex mercatoria*, las TIC, la mundialización y la globalización) y la propia integración europea (nacida de la teoría ordoliberal), siguen empujando a los estudiosos hacia la dimensión estatal. El Derecho estatal (*Staatsrecht*) es su disciplina. Esta disciplina se encierra en sí misma y no considera las interdependencias en las que vive hoy el Estado, o –si las considera– las ve como una forma de excepción al paradigma central, que sigue siendo el estatal.

La miopía de la política contemporánea, además, cree muy a menudo que escularse en el mito de la “soberanía” puede ser una forma de garantizar los derechos (especialmente los derechos sociales), según la tendencia del soberanismo de izquierdas, y también de restablecer el orden en la comunidad internacional, según la tendencia del soberanismo de derechas.

Esto, de hecho, está provocando un retraso considerable en la comprensión de los fenómenos jurídico-institucionales que impregnán a diario nuestras sociedades y culmina, muy a menudo, en respuestas a problemas, que no tienen ninguna posibilidad de éxito. Así, la idea misma de que las interdependencias pueden abordarse con un renacimiento de la idea de nación o de soberanía nacional y con eslóganes de que el gobierno debe pensar primero en sus ciudadanos, evoca una idea de fronteras y de extranjeros de otra época.

El replanteamiento del Estado, además, es una necesidad desde hace mucho tiempo; ya en los años ochenta, las ciencias sociales reclamaban un “retorno del Estado”, es decir, se preguntaban cómo revivir la forma estatal, no sólo internamente, sino también en el contexto internacional; e incluso más recientemente, la crisis pandémica y el conflicto ruso-ucraniano han llevado a la idea de un retorno del Estado con una reexpansión de la esfera pública y económica nacional¹¹⁴.

En efecto, como es lógico pensar, la crisis del Estado fue también el espejo de una crisis de la comunidad internacional, que entró en tensión precisamente con el orden determinado por el final de la Segunda Guerra Mundial y la formación de los bloques bajo el marco de la “guerra fría”, basada en la oposición entre la economía capitalista y la economía planificada y socialista, y en la distinción entre democracia

114 En este sentido S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, il Mulino, 2016; *Idem, La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2021, II ed., pp. 397 ss.; así como G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022.

liberal y democracia popular. Aunque existía otra posición en la escena internacional, la de los “países no alineados” y los diversos movimientos políticos que perseguían la llamada “tercera vía”.

Esto fue así al menos hasta la caída del Muro de Berlín (9 de noviembre de 1989), que estuvo ligada a la progresiva disolución de los bloques y a la acentuación durante los años noventa de un modelo global, que impuso también la consideración de realidades no estatales y no plenamente estatales (piénsese en África) en el escenario de la comunidad internacional, y vio la expansión del comercio internacional, dando lugar al fenómeno de las economías emergentes de los países BRICS.

Hoy en día, tras los acontecimientos relacionados con el ataque a las torres gemelas (11 de septiembre de 2001), como la iniciativa occidental contra Irán, Iraq y Afganistán, el califato de Al Qaeda y el intento de formar un Estado islámico, y los acontecimientos posteriores relacionados con la crisis económico-financiera de los derivados producidos por los bancos de negocios estadounidenses, el estallido de la pandemia de China, el fin de la presencia occidental en Afganistán y, más recientemente, la guerra ruso-ucraniana, asistimos a fracturas en el mundo globalizado que ponen en cuestión el precario equilibrio internacional surgido tras el fin del bloque soviético y que perfilan nuevos enfrentamientos en la comunidad internacional que conciernen principalmente a esas mismas unidades para las que se puede utilizar la palabra “imperio”¹¹⁵. Estas realidades son ahora una fuerza definitoria en la comunidad internacional y condicionan la formación y aplicación del derecho internacional, obligando a los gobiernos nacionales de los Estados a hacer frente a conflictos y problemas sin precedentes en sus comunidades.

Ciertamente, son muchas las sombras políticas y económicas que se proyectan a diario, no solo sobre la seguridad internacional, sino también sobre cuestiones económico-sociales fundamentales que afectan a los individuos, como la energía, el medio ambiente, la alimentación, la salud, las materias primas y, no menos importante, sobre los propios derechos humanos, por no hablar de los “miedos” derivados de las condiciones internacionales, como las migraciones, los virus y la penetración de la privacidad que alimentan la desigualdad social, el miedo al otro y la inseguridad privada¹¹⁶.

115 Este es el punto de aterrizaje del libro de H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, pp. 359 ss.

116 Véase Z. BAUMAN, *Danni collaterali. Diseguaglianze sociali nell'età globale*, 2011, trad. it., Bari, Laterza, 2013; así como D. QUAMMEN, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, 2012, trad. it., Milano, Adelphi, 2014; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* 2019, trad. it., Luiss University Press, Roma, 2019.

Cuando surge un conflicto en torno a estas cuestiones, las fuerzas imperiales están directamente implicadas y cualquier “desequilibrio” político debe resolverse mediante la búsqueda de un nuevo equilibrio, según un antiguo modelo que pretende sustituir el conflicto (la guerra) por las relaciones internacionales.

En este sentido, es interesante observar cómo la presencia de conflictos, incluso armados, no ha interrumpido ni bloqueado completamente los procesos de internacionalización de la economía, pero las fracturas no sanadas por las relaciones internacionales contemporáneas parecen consolidar la tendencia a la formación de verdaderas plataformas geopolíticas o bloques regionales que determinan, si no fronteras políticas reales, al menos “fronteras”, incluidas las ideológicas y culturales.

XI. EL PAPEL DE LOS ESTADOS Y LAS “NUEVAS RELACIONES ENTRE GRANDES POTENCIAS”

Todo ello permite aceptar la idea de que existe una actualidad del imperio, como formación que determina un orden político peculiar e impone a los Estados y a la comunidad internacional una forma diferente y nueva de relacionarse.

De hecho, la historia de la comunidad internacional desde Westfalia siempre ha conocido la tensión entre Estados para alcanzar dimensiones y movimientos imperiales.

Europa, también desde este punto de vista, constituye un ejemplo histórico, ya que el equilibrio westfaliano se basaba precisamente en la proximidad de grandes y pequeños Estados, con la propia Austria-Hungría pretendiendo conservar el título de Sacro Imperio Romano Germánico y, bajo este marco, proseguir una política de expansionismo territorial; al igual que Francia, que reclamó y obtuvo las tierras españolas del norte (Flandes) y del sur (Perpiñán y Rossignol), y como Prusia, que obtuvo ciertas ventajas territoriales de los tratados de paz, que más tarde consolidó fusionándose con Brandeburgo y realizando la continuidad territorial de sus posesiones.

En cuanto a los ausentes en las negociaciones de la Paz de Westfalia, Inglaterra, Rusia y Polonia, la primera era desde hacía tiempo un imperio que se perfeccionaría más tarde con la unión de Inglaterra y Escocia en Gran Bretaña en 1707; y Rusia, con Pedro I, en 1721, ascendió al rango de imperio tras su victoria sobre Suecia; mientras que Polonia (*rectius*: la Confederación Polaco-Lituana) no llegó al Congreso de Viena, debido a la tercera partición (1795) y a pesar del intento de Napoleón de crear el Gran Ducado de Varsovia.

La Francia de Napoleón reclamó el título imperial (1804) y en el Tratado de la Paz de Presburgo, firmado el 26 de diciembre de 1805, Austria se vio obligada a

retirar el título imperial del Sacro Imperio Romano Germánico y, al mismo tiempo, a reconocer a Napoleón como emperador.

Cuando se llega a la Europa del Congreso de Viena (1815), las formaciones imperiales estaban plenamente reconocidas y tenían a su lado un complejo de Estados que lo eran, entre ellos Prusia, y que no podían aspirar a un crecimiento territorial que les hiciera competir con los imperios presentes en el Congreso.

En ese sistema, en el que Metternich, por Austria, y Castlereagh, por Gran Bretaña, aspiraban a la construcción de un equilibrio europeo a largo plazo, la función de los Estados en relación con los imperios era impedir un enfrentamiento directo de estos últimos y, por tanto, su función era de interposición, para evitar un choque directo entre imperios en caso de conflicto. La “diplomacia de la Restauración”, en este sentido, había dotado a Europa de un ordenamiento definido por los límites que Estados e imperios se dieron conjuntamente para salvaguardar la paz alcanzada tras las convulsiones napoleónicas¹¹⁷.

No es casualidad que, con la posterior creación del Imperio Alemán por Prusia (1871), esta condición cambiara al disolverse la presencia de Estados en la Europa continental, con lo que los cuatro imperios continentales vecinos entraron en un estado de tensión creciente. Prusia, que había seguido una política de expansión territorial desde la Paz de Westfalia, llegó a ser la potencia europea más fuerte con la proclamación del Reich alemán, gracias a sus victorias en los campos de batalla¹¹⁸. Estas disputas se contuvieron mientras la política exterior alemana estuvo dirigida por el canciller Bismarck, pero las tensiones en las relaciones europeas se hicieron cada vez más manifiestas tras su marcha, debido al conflicto con el káiser Guillermo II (1890). En sólo cinco años (1914-1919), la catástrofe de la Primera Guerra Mundial marcó el fin de tres imperios y la toma definitiva de Alsacia-Lorena por Francia, que entretanto se había convertido (de nuevo) en república.

¿Existe un paralelismo entre aquella realidad europea y el mundo global actual?

117 H. KISSINGER, *La diplomazia della Restaurazione*.

118 Primero contra Dinamarca (1864-65) y Austria (1866), de la que surgió la primera formación federal alemana, el Norddeutscher Bund, y más tarde contra Francia (1871), de la que obtuvo Alsacia-Lorena. La Constitución del Norddeutscher Bund (16 de abril de 1867) consolidó la forma de Estado federal y estableció la forma de gobierno de cancillería con un parlamento bicameral en el que una cámara representaba directamente a los ciudadanos (Bundestag) y la otra a los Estados a través de representantes de los respectivos gobiernos nacionales (Bundesrath). Esta estructura federal y gubernamental fue confirmada en la Constitución del Reich (16 de abril de 1911), con la adhesión a la Federación de los estados del sur de Alemania, a excepción de Austria.

Si tomamos el criterio expresado por Henry L. Stimson, en 1941, y consideramos que el mundo se ha vuelto menos extenso y disperso que en el pasado y más próximo e interdependiente, podríamos responder afirmativamente.

El mundo global de hoy también se compone de Estados e imperios, y son estos últimos los que guían las opciones políticas internacionales y, muy a menudo, nacionales. Sin embargo, los Estados aún pueden interponerse entre los imperios y funcionar en el orden internacional, bien como componentes conflictivos y enfrentados, generando tensiones de poder y peligro de guerra, socavando el equilibrio y el funcionamiento del propio orden internacional; bien como mediadores de posibles compromisos entre imperios, dando lugar a períodos de equilibrio y paz y seguridad, aumentando la flexibilidad de las relaciones internacionales, la legitimidad del reconocimiento mutuo entre imperios y su cooperación.

Un síntoma inequívoco de desequilibrio en el orden y las tendencias multipolares se produce cuando las acciones de los Estados y el comportamiento de los propios imperios conducen a la confrontación directa, ya que ello significa que el mundo evoluciona hacia bloques regionales o plataformas geopolíticas rígidas, que concentran el poder, reducen el ámbito de los actores internacionales y acentúan el deseo y los peligros de sobrevaloración recíproca también mediante el uso defatigante de operaciones militares¹¹⁹.

Los conflictos regionales de la última década, incluida la guerra ruso-ucraniana, parecen un claro síntoma de esta condición crítica de las relaciones internacionales.

El mayor peligro, en las condiciones actuales, es que tales crisis, entre otras cosas por el nivel tecnológico alcanzado, acaben implicando a toda la humanidad con efectos catastróficos para ganadores y perdedores o, peor aún, de tal forma que no haya ganadores.

A parte del objetivo de la coexistencia pacífica de la comunidad internacional, cabe señalar que los Estados contemporáneos no pueden soportar durante mucho tiempo un frente armado, ni siquiera limitado, y la necesidad de alternar períodos de guerra con períodos de tregua es una necesidad de supervivencia. Incluso los imperios más poderosos, para los que a veces puede haber varios conflictos armados simultáneos, pueden sufrir la misma condición de insuficiencia y verse abocados a preferir una tregua y las negociaciones de paz a la continuación de las operaciones militares.

Esta circunstancia fáctica, sin embargo, no aleja por sí sola el peligro de una “guerra global total” –como aquella a la que aludía Carl Schmitt–, sobre todo si se

119 Véase H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, p. 369.

basa en la absolutización de una idea o identidad política, con sus valores, que hacen incompatible y contradictoria la convivencia.

La única manera de intentar evitar un desenlace fatal y mantener la coexistencia pacífica internacional parece ser mediante la relativización de cada postura, sin intentos de convertir mundos con inspiraciones diferentes y sin violar los “intereses vitales” de cada entidad de la comunidad internacional¹²⁰.

En consecuencia, paradójicamente, deberíamos aceptar como un hecho que los derechos humanos y la democracia son entendidos de manera diferente por Estados que han firmado las mismas cartas internacionales y se sientan juntos en la Asamblea de la ONU.

Para mantener las relaciones internacionales en este punto, debería ser suficiente, ante todo, el consenso sobre problemas comunes que sólo se pueden abordar conjuntamente, como el medio ambiente, la energía, la alimentación, la salud, las divisiones territoriales y la salud, brechas territoriales y migraciones, etc. Del mismo modo que corresponde a la comunidad internacional ocuparse de todas aquellas interdependencias que han resultado del desarrollo de la ciencia y la tecnología, el uso que cada miembro de la comunidad internacional hace de ellos. En este sentido, a los organismos modificados genéticamente, las vacunas, la energía nuclear, las TIC, las vías de comunicación, espacio, etc., para comprender la importancia de la colaboración internacional; y, por último, la comunidad internacional debe encargarse de promover la conservación del planeta, la tarea de salvaguardar los recursos naturales y la misión de valorizar las culturas y tradiciones de los pueblos de la tierra.

Para cumplir estas tareas y evitar tensiones y conflictos entre Estados e imperios, es necesario que las funciones concretas de la comunidad internacional sean aceptadas como límites por todas las entidades, grandes o pequeñas, que la integran, y que las relaciones entre ellas estén determinadas por un conjunto de normas de procedimiento que garanticen a todos los participantes la misma neutralidad y apertura que el *Juspublicum europaeum* aseguró a los Estados europeos en la época de la Paz de Westfalia.

En el Acuerdo EE. UU.-China (2013) también hay un compromiso solemne de construir “un nuevo tipo de relaciones entre grandes potencias”¹²¹. La expresión

120 En este sentido, la propuesta de H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, p. 150, es la de una progresiva legalización de las relaciones internacionales a través de acuerdos que, en caso de controversia, puedan dar lugar a una resolución de conflictos “conforme a derecho” ante un “tribunal internacional con jurisdicción obligatoria”.

121 El concepto de “nuevo tipo de relación” se presentó por primera vez durante el segundo “Diálogo Estratégico y Económico” entre China y Estados Unidos en mayo de 2010, y fue reiterado dos años después por Xi Jinping durante su visita a Estados Unidos como vicepresidente. El llama-

es algo sugerente, pero su contenido no está totalmente definido y, en cualquier caso, no se hace extensivo a otras grandes potencias y sigue sin ser jurídicamente vinculante.

También es posible que estas “nuevas relaciones”, al igual que las relaciones westfalianas originales, pasen por alto la cuestión de la legitimidad del poder, según la cual, “para lograr un auténtico orden mundial, sus componentes, al tiempo que mantienen sus propios valores, deben adquirir una segunda cultura que sea global, estructural y jurídica: un concepto de orden que trascienda las perspectivas y los ideales de cualquier región o nación”¹²².

Si éste es el punto de llegada del actual escenario internacional, entonces hay que concluir que lo mejor es la competencia, formada por Estados e imperios juntos, que se mantiene dentro de unas condiciones aceptables para que el equilibrio de poder sea siempre calculable sobre la base de la paz. Pero si esto es cierto, no sólo las relaciones económicas de la globalización, es decir, los mercados y los intercambios financieros, sino también el alcance y la calidad de la legitimidad de que goza cada miembro de la comunidad internacional y que da lugar al equilibrio de poder de la propia comunidad, se convierte en un elemento de la competencia internacional¹²³.

miento a configurar el nuevo modelo de relaciones entre grandes potencias pretendía subrayar que, aunque este tipo de diplomacia no tenía precedentes, sin duda se convertiría en un referente para el futuro (P. MATTIS, “Out with the New, In with the Old: Interpreting China’s New Type of International Relations”, *China Brief*, vol. XIII, núm. 9, 25 de abril de 2013). En la reunión de junio de 2013 entre Xi Jinping y Obama, el presidente chino definió el nuevo modelo de relaciones en tres principios fundamentales de las relaciones entre ambos Estados: evitar el conflicto, respeto mutuo y cooperación beneficiosa para ambas partes (REN XIAO, “Modeling a ‘New Type of Great Power Relations’: A Chinese Viewpoint”, *The Asian Forum*, 4 de octubre de 2013).

122 H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, 2014, p. 371.

123 Así, por un lado, se trata de establecer un sistema formal de relaciones, libre de todo juicio de valor y juicios de valor y vinculado a un sistema procedural compartido, en definitiva, calcar los rasgos del sistema de Westfalia, adaptado a un mundo que ya no es el de la Europa del siglo XVII. En este sentido, lo que habría que garantizar, sería esencialmente un sistema de relaciones internacionales auténticamente multipolar, basado en el equilibrio de poder y el concierto de poderes que correspondería a los Estados e imperios conjuntamente gestionar y garantizar. Por otra parte, precisamente por este lado debería seguir siendo competitivas. En este sentido, las relaciones internacionales deberían basarse en entidades que han innovado en las formas de ejercer el poder. No se trata simplemente de la eficacia de la estructura de gobierno de cada país, sino los valores políticos que revierten y determinan además del atractivo del modelo, la legitimidad y la calidad de las relaciones internacionales. En este sentido, por ejemplo, puede concluirse que en una Comunidad pacificada subsiste una clara distinción entre sistemas que dan lugar al desarrollo de los derechos de libertad y a una democracia

Resumen

En la segunda mitad del siglo pasado, aunque el mundo parecía estar dividido en dos bloques, la idea misma de imperio parecía haber desaparecido de la escena política y del panorama de los estudiosos del derecho internacional.

En realidad, estudiosos sagaces como Carl Schmitt, al tiempo que vaticinaban el fin del “inquietante dualismo” creado tras el final de la Segunda Guerra Mundial, imaginaban un mundo con formaciones políticas que se correspondían con “grandes espacios”; una realidad que se hizo patente tras los acontecimientos que siguieron a la caída del Muro de Berlín.

En este nuevo escenario, que hunde sus raíces en un derecho internacional fundado en el reconocimiento del poder de facto, la idea de imperio como forma política ha surgido a partir de connotaciones históricas precisas y ha trazado un entramado institucional que condiciona las relaciones internacionales actuales.

Palabras clave

Estado; imperio; comunidad internacional; fin del dualismo; nuevas relaciones internacionales.

Abstract

In the second half of the last century, even if the world appeared to be divided into two blocks, the very idea of Empire seemed to come out of the political scenario and the panorama of international law scholars. The return to a community of states placed in conditions of equality according to the scheme inherited from Westphalia was taken for granted.

In reality, careful scholars such as Carl Schmitt, while predicting the end of the “disturbing dualism” created after the end of the Second World War, imagined a world with political formations which corresponded to “large spaces”; a reality that became evident following the events following the fall of the Berlin Wall.

In this new scenario, which has its roots in international law based on the recognition of de facto power, the idea of Empire as a polity has re-emerged, based on very specific historical connotations, and has drawn an institutional set-up that conditions current international relations.

Keywords

State; empire; international community; end of dualism; new international relations.

Recibido: 20 de marzo de 2023

Aceptado: 10 de abril de 2023

real y generalizada, y sistemas que se inspiran en valores autoritarios de mando y control (Véase J. MICKLETHWAIT, A. WOOLDRIDGE, A. WOOLDRIDGE, *The Fourth Revolution. The Global Race to Reinvent the State*, New York, Penguin Press, 2014; J. MICKLETHWAIT y A. WOOLDRIDGE, “The Virus Should Wake Up the West”, Bloomberg, 13 April 2020 (<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-04-13/coronavirus-pandemic-is-wake-up-call-to-reinvent-the-state>); K. SCHWAB, T. MALLERET, “COVID-19: The Great Reset”, pp. 89 ss; G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, pp. 93 ss.).

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y FUENTES DEL DERECHO

Artificial intelligence and sources of Law

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Catedrático acreditado de Derecho Constitucional

Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción y cuestiones preliminares.
- II. Las fuentes del Derecho y la ordenación de la inteligencia artificial.
- III. La incidencia de la inteligencia artificial en las fuentes del Derecho.
- IV. La inteligencia artificial como fuente del Derecho.
- V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES PRELIMINARES¹

Una cosa es aceptar, de manera pacífica, la creciente relevancia de la inteligencia artificial (en adelante IA) al respecto de la cultura, la economía, la salud, el progreso científico, las relaciones sociales, la política y el propio Derecho², y otra asumir, sin más, las consecuencias a las que tal incidencia nos lleve al tiempo en los ámbitos recién indicados. Es preciso, por tanto, reflexionar sobre esas consecuencias. Al respecto de esto, y en cuanto al Derecho constitucional, no plantea ya dudas el intensísimo influjo que la IA está provocando en los derechos fundamentales³, como con relación al sistema democrático en sí⁴; dos pilares básicos del constitucionalismo

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación: “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la Democracia pluralista y la Constitución” (PID2019-106118GB-I00).

2 P.e., R. LÓPEZ DE MÁNTARAS, C. SIERRA y P. ALMEDA, “IA: els interrogants que ens interpel·len”, *Idees: Revista de Temes Contemporanis*, núm. 48, 2020.

3 Entre otros, M.Á. PRESNO LINERA, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons / Fundación Giménez Abad, Madrid, 2022.

4 Así, F. BALAGUER CALLEJÓN, “O impacto dos novos mediadores da era digital na liberdade de expressão”, *Espaço Jurídico: Journal of Law*, vol. 23, núm. 1, 2022, pp. 179 ss.; también J.A.

democrático-pluralístico de posguerra⁵, y sobre los que la IA viene expresando una inusitada capacidad disruptiva y transformadora que pone en riesgo elementos claves de aquél⁶. Pero la relevancia de la AI en el Derecho constitucional aún puede ser, si no más importante más amplia y vasta, según comienza a apuntarse en relación con la capacidad de la Constitución normativa para ordenar jurídica y efectivamente el poder –hoy en la sombra– de la sociedad digital en cierres (Balaguer Callejón)⁷. Y desde tal perspectiva, que abordemos entonces en estas páginas la particular incidencia de la IA al respecto de las fuentes del Derecho, dada no solo la natural disposición de estas para asumir y catalizar los cambios que se dan en la realidad que contextualiza el Derecho en cada momento histórico⁸, sino por corresponderse a la propia “esencia del Derecho” (Díez-Picazo)⁹.

Mientras el referido influjo de la IA con relación a los derechos fundamentales y el principio democrático entraña con una dimensión sustantiva del Derecho constitucional (al afectar directamente a contenidos jurídicos), a la par que es manifiesta y explícita para la misma ciudadanía, en el caso de las fuentes se da desde una consideración más formal, interna y hasta menos evidente al respecto de aquél, al actuar ahora sobre su propia articulación jurídica y su ulterior desarrollo normativo. A estos efectos, la aproximación al tema va a requerir de una perspectiva menos directa y más compleja, por cuanto que reconducida a una pluralidad de fenómenos y cuestiones capaces de evidenciar los cambios e impacto de la IA con relación a las fuentes del Derecho, y así que sean tres las vías que proponemos a la hora de abordar la relevancia de la IA en el sistema constitucional de fuentes: una,

MONTILLA MARTOS, “Inteligencia Artificial y derechos de participación política”, *De Lege Ferenda: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 2023.

5 P.e., véase P. RIDOLA, “Constitucionalismo y Estado Constitucional”, A. Pérez Miras (trad.), en AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2020, pp. 69 ss.

6 Así, O. POLLICINO y G. DE GREGORI, “Constitutional Law in the Algorithmic Society”, en AA.VV. *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 3 ss.

7 F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022, pp. 32 ss.

8 Cf. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 23.

9 L. DÍEZ-PICAZO, “La Doctrina de las fuentes del Derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 37, núm. 4, 1984, p. 933.

la regulación de la IA al respecto de las fuentes del Derecho a través de las cuales se lleva y/o debería llevarse a cabo; otra, cómo incide específicamente ahora la IA en las fuentes del Derecho al desarrollar estas precisamente tal regulación; y la última, la consideración, incluso, de la IA como fuente del Derecho¹⁰. En cuanto a las dos primeras (ambas se involucran al referirse realmente las dos a la regulación jurídica de la IA, mas desde distinta perspectiva), ciertamente, no son cuestiones nuevas, pues son propias de la relación que desde hace tiempo se da entre globalización, economía y tecnología respecto a las fuentes del Derecho¹¹, sin perjuicio de que puedan advertirse particularidades propias para el caso de la IA. Otra cosa es la señalada potencial consideración de la IA como fuente del Derecho, como cuestión auténticamente original. Pero antes de proceder con tales temas, y a modo de cuestiones preliminares al asunto a tratar, consideramos oportuno partir de una concepción adecuada de la IA a nivel jurídico-constitucional, además de recordar qué entendemos por fuentes del Derecho.

Respecto a qué comprendemos por IA a los efectos de estas páginas, aun siendo esta un producto en desarrollo por la tecnología, requiere de una aproximación jurídica propia en tanto que materia llamada a ocupar un papel específico en el tráfico jurídico, en general, y en el sistema constitucional, en particular¹²; otra cosa es que para tal aproximación a la IA, como realidad nueva que es para el Derecho, se haya de tener en cuenta previamente lo que desde la misma informática se entienda o pretenda por tal¹³. Así, y al margen de la distinción de una hipotética IA “general” o

10 Para otra perspectiva, la relativa a los procesos regulatorios de la IA, las modalidades de regulación de la IA y los enfoques regulatorios de la IA, véase A. REICHMAN y G. SARTOR, “Algorithms and Regulation”, en AA.VV. *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society...* cit., pp. 131 ss.

11 Véase J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Sobre la Constitución normativa y la tecnología”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257 ss.; “Tecnología, democracia y fuentes del derecho”, en AA.VV. *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003) (I)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 467 ss.; “Ordenamientos privados y Derecho constitucional”, en AA.VV. *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela (I)*, Civitas / Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 607 ss.; y *De la ley al reglamento delegado...* cit., pp. 228 ss.

12 Nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 64, núm. 2, 2016, pp. 255-256.

13 En tanto que perspectiva de conocimiento en la que la IA ha nacido, y así tener un conocimiento básico sobre qué consiste, para luego procurar ya un concepto jurídico de tales realidades capaz de trascender su origen, en tanto que instrumental al Derecho y a la Ciencia jurídica. Sobre el uso de

“fuerte” y la más realista “específica” o “débil”, como de sus tipos actuales “*Machine Learning*” (en el que el software se entrena con datos a fin de reconocer patrones que luego aplica) o “*Deep Learning*” (en el que el software razona y llega a aprender por sí mismo)¹⁴, es de resaltar que desde la informática se venga buscando la imitación, mediante algoritmos digitalizados, de capacidades y funciones como la creatividad, el aprendizaje, el entendimiento, la sensibilidad, la percepción y/o el lenguaje¹⁵; y no sólo desde la condición humana de tales facultades¹⁶, sino desde una visión más abierta a la propia naturaleza y su funcionamiento¹⁷. Fuera del ámbito tecnológico, pero entroncado con espacios en los que la IA comienza a incidir, como es la economía y el comercio, se advierten ya algunas aproximaciones sobre ella; es el caso de la OCDE y de sus “Principios sobre Inteligencia Artificial”, de mayo de 2019, y en los que por tal se entiende aquel sistema basado en una máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, respecto a ciertos objetivos definidos por los humanos¹⁸. Y finalmente, que a nivel jurídico también comiencen a aparecer algunos conceptos sobre la IA, como por ejemplo el que ofrece la “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial” aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de noviembre de 2021 (París), y en la que se definen los sistemas de IA como “tecnologías de procesamiento de la información que integran modelos y algoritmos que producen una

perspectivas extrajurídicas al respecto del Derecho Constitucional, véase F. BALAGUER CALLEJÓN, pero ahora “Constitución normativa y ciencia del derecho”, en AA.VV. *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico. I*, Tecnos, Madrid, 1997, en especial pp. 89 ss.

14 Para una aproximación al desarrollo de la IA desde mediados del S. XX hasta la primera década de este, véase N.J. NILSSON, *The quest for Artificial Intelligence. A history of ideas and achievements*, Cambridge University Press, Cambridge / New York, 2009; y ya, para el salto que ha dado en estos últimos, B. DELIPETREV, C. TSINARAKI y U. KOSTIĆ, *AI Watch. Historical Evolution of Artificial Intelligence. Analysis of the three main paradigm shifts in AI*, European Commission / Joint Research Centre, Ispra, 2020, pp. 11 ss.

15 Cfr. S.J. RUSSELL y P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4.^a ed., Pearson, Hoboken, 2022.

16 Otra cosa es que la IA razona como un humano o de otra forma, tal como nos recuerda M. ACOSTA, en “Inteligencia artificial. La cibernetica del ser vivo y de la máquina”, *Naturaleza y Libertad: Revista de Estudios Interdisciplinares*, núm. 12, 2019, pp. 13 ss.

17 Cfr. S. CIRUELA MARTÍN, “La sabiduría de la Naturaleza. Ciencia Cognitiva”, *Revista Electrónica de Divulgación*, vol. 2, núm. 3, 2008, pp. 81-83.

18 OECD, *Artificial Intelligence in Society*, OECD Publishing, Paris, 2019, p. 23.

capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtuales” (art. 2.a)¹⁹. O con ocasión de los incipientes procesos regulatorios que se van abriendo paso al respecto de aquella, como es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/206 final), de 21 de abril de 2021 (en adelante, PRIA), que por IA se comprenda.

“el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa” (art. 3.1)²⁰.

No obstante el gran interés que suscitan los anteriores conceptos jurídicos de la IA, nos resultan un tanto concretos ante la finalidad normativa a la que sirven, como al tipo de IA predominante al momento que pretenden regular y de sus posibles aplicaciones, y de ahí el riesgo de su obsolescencia jurídica al tiempo como consecuencia de nuevos avances tecnológicos que se puedan dar²¹, además de poder incurrir en

19 Sigue diciendo: “Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con diferentes grados de autonomía, mediante la modelización y representación del conocimiento y la explotación de datos y el cálculo de correlaciones. Pueden incluir varios métodos como por ejemplo, aunque no exclusivamente: i) el aprendizaje automático, incluido el aprendizaje profundo y el aprendizaje de refuerzo; ii) el razonamiento automático, incluidas la planificación, la programación, la representación del conocimiento y el razonamiento, la búsqueda y la optimización. / Los sistemas de IA pueden utilizarse en los sistemas ciberfísicos, incluidos la Internet de las cosas, los sistemas robóticos, la robótica social y las interfaces entre seres humanos y ordenadores, que comportan el control, la percepción, el procesamiento de los datos recogidos por sensores y el funcionamiento de los actuadores en el entorno en que operan los sistemas de IA”.

20 Anexo I Técnicas y estrategias de inteligencia artificial mencionados en el art. 3.1 PRIA: “Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. / Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). / Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización”.

21 Cf. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “El futuro jurídico de internet: Una aproximación cons-

una potencial restricción desproporcionada del principio de neutralidad tecnológica según determinados desarrollos futuros de IA²². Por ello es por lo que consideremos más adecuado, y especialmente al respecto del Derecho constitucional, una aproximación más sencilla, abierta y apta para cubrir manifestaciones más diversas de la IA, a la vez que pueda adaptarse mejor a nuevos cambios²³; y en tal sentido, que entendamos por IA: el proceso informático (como software o sistema de software) capaz de aprender y evaluar información, para así alcanzar conclusiones sobre ella con cierta autonomía²⁴. A diferencia de otros programas informáticos, las IA no se limitan a ejecutar órdenes diseñadas por algoritmos y en los que la solución es única tras un mero procesamiento de datos (p. ej., un cálculo matemático, la gestión de una base de datos o un automatismo digital). En la IA, en cambio, y previo aprendizaje y entrenamiento con datos expresamente aportados a tales efectos, se examina la información, y es a partir de ello que luego se construya o procese de manera artificial y autónoma una respuesta apropiada. Y decimos “apropiada”, por cuanto que, en caso contrario, el de respuesta inapropiada o inadecuada, no tiene por qué suponer un mal funcionamiento o diseño de la IA²⁵; no en vano, el algoritmo, como

titucional a la neutralidad de la red”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26, 2016, pp. 198-199.

22 Sobre tal principio, véase J.C. HERNÁNDEZ PEÑA, *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial...* cit., pp. 101 ss.

23 Como así plantea la propia PRIA en su art. 4 (y sobre lo que volveremos más adelante).

24 No en vano, cualquier IA acaba por evaluar información sin perjuicio del proceso de aprendizaje y razonamiento que la guíe (*Machine Learning* o *Deep Learning*), de cómo obtenga la información (pues esta puede ser suministrada por una persona, o ser obtenida automáticamente), de qué pase luego con ello (dado que la evaluación puede limitarse a una valoración o bien dar lugar a concretas decisiones), de si el proceso es singular o compuesto por varias (formando sistemas complejos de IA), de si ella se incorpora o no a una máquina con cierta autonomía (cómo no, un robot), o, e incluso, de si es capaz de abstraer y crear a partir de dicha evaluación de información (música, sin ir más lejos, o pintura). Así tan IA es hoy el personaje secundario que acompaña al avatar del jugador de no pocos videojuegos, como un coche de conducción autónoma de nivel 5, un asistente digital en el hogar o en el móvil, o un software capaz de detectar un cáncer de piel a partir de una foto de un lunar, predecir una situación de riesgo o peligro, o de crear, incluso, una imagen a modo de cuadro en NFT; y ello, con cierta capacidad propia y autónoma de funcionamiento, tal como destaca M. BARRIO ANDRÉS, en “Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, especialmente p. 9.

25 Piénsese en una IA programada para jugar al ajedrez, pues puede perder una partida aun habiéndola jugado bien. Otra cosa es que se advierta un problema de programación del algoritmo, de entrenamiento o de los datos con los que esta hubiera aprendido, y entonces que sí se pueda hablar de

expresión matemática que es, y de estar bien formulado y entrenado (claro), nunca puede errar, y más cuando el resultado siempre es expresión y estimación, a su vez, de probabilidades estadísticas²⁶.

Por todo ello es muy importante ser capaces de fiscalizar adecuadamente el diseño, la programación, los datos y el proceso de entrenamiento de una IA, además de explicar el funcionamiento lógico que ha tenido su software; y no únicamente a efectos de dilucidar, en su caso, responsabilidades (lo cual ya es relevante jurídicamente)²⁷, sino simplemente para poder conocer cómo efectivamente funciona una IA, especialmente ante la dificultad que se viene advirtiendo en no pocos casos: la llamada *black box*²⁸. Esto supone, de por sí, uno de los aspectos más disruptivos de la IA al respecto del Derecho, en general, y del Derecho constitucional, en particular; y es que con la IA estamos ante auténticos procesos autónomos de evaluación de información, que finalmente pueden incidir en situaciones y bienes de tanto interés constitucional, como son los referidos derechos fundamentales (según se ha referido al inicio de estas páginas)²⁹, y ello rompiendo, además, con la cadena jurídica causa-efecto, que hasta ahora debía darse siempre entre toda acción pública o privada y su consecuencia jurídica, al concebirse aquella técnica, potencialmente autónoma a la intervención y al control humano³⁰. Por esta razón, se debe poder estar en disposi-

un mal funcionamiento por un mal diseño; como también es distinto que el algoritmo directamente haya sido diseñado para un fin espurio (recuérdese el escándalo de la Cambridge Analytica), y este al tiempo produzca un daño, pero precisamente porque funciona correctamente (es decir, conforme a lo que había sido diseñado).

26 No en vano, estamos en el campo de la ciencia y la tecnología (que no del Derecho), y en este es que las respuestas (salvo en el caso de las leyes naturales) se expresen porcentualmente; sobre el diverso lenguaje de la Ciencia y el Derecho en tal sentido, véase J. ESTEVE PARDO, “Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público”, en AA.VV. *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 33 ss.

27 Así, J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Los robots y la responsabilidad civil extracontractual”, en AA.VV. *Derecho de los Robots*, La Ley / Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 107 ss.; y J.M. MUÑOZ VELA, *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial (Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica)*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 201 ss.

28 Véase p.e., J. TEJERO, “Unwrapping black-box models: A case study in credit risk”, *Estabilidad Financiera*, núm. 43, 2022, pp. 91 ss.

29 Cfr. A. SIMONCINI y E. LONGO, “Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society”, en AA.VV. *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society... cit.*, pp. 27 ss.

30 Cfr. E. GOÑI HUARTE, “La causalidad incierta en la responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 58, 2022.

ción de explicar cómo razonan las IA cuando su funcionamiento y lógica sean parte de una actividad pública, pues esta queda, con carácter abstracto (no se olvide), sujeta a Derecho y bajo control jurídico (sin más, arts. 9.3, 103.1 y 106.1 CE)³¹; y así, finalmente, que la aceptación y la viabilidad jurídica de la IA al respecto de su utilización por los poderes públicos dependa, en principio, de su potencial explicabilidad (o lo que es igual, de si es o no una IA explicable, en tanto que comprensible en su funcionamiento), además del grado de transparencia que ofrezca el propio sector público sobre las IA que utilice (Cotino Hueso)³².

En cuanto a las fuentes del Derecho ahora y, en especial, a la luz de constituciones normativas que vienen a definir sus sistemas de fuentes (como es la nuestra), aquellas son, recordemos, los distintos procesos a través de los cuales se producen, modifican y derogan las normas jurídicas de/por sus respectivos ordenamientos jurídicos; y ello conforme establecen los propios ordenamientos y, en especial, sus constituciones al respecto de ellas mismas y sus fuentes primarias, mediante normas sobre producción jurídica que ordenan dichos procesos normativos³³. De este modo, a través del estudio de las fuentes del Derecho, no solo se alcanza conocimiento sobre cuáles sean las normas jurídicas, sino que se consigue cierta sistematicidad en las mismas, a partir de la afirmación de un régimen jurídico de la norma jurídica, según la fuente que la produce, pues es esta la que le da una concreta eficacia jurídica frente a las demás que conforman el ordenamiento jurídico; pero también, con ello, que el

31 En general, sobre tal control, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo (I)*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1986, pp. 409 ss.; y ya al respecto de la IA, J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “Oscuridad algorítmica en el sector público”, en AA.VV. *La disruptión tecnológica en la Administración Pública. Retos y desafíos de la Inteligencia Artificial*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 41 ss.

32 L. COTINO HUESO, “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial. Elementos conceptuales, generales y de género”, en AA.VV. *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25 ss. También, véase A. BOIX PALOP, “Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 90 ss.; y J.I. HERCE MAZA, “Buena administración de la transparencia de los algoritmos de la Administración Pública: un instrumento para el control de las cajas negras decisionales”, en AA.VV. *La disruptión tecnológica en la Administración Pública... cit.*, pp. 123 ss.

33 Entre otros: V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale (II.1 L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti normative)*, F. Crisafulli (ed.), CEDAM, Milani, 1993; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2000; o F. SORRENTINO, *Le fonti del Diritto Amministrativo*, en *Trattato di Diritto Amministrativo (XXXV)*, CEDAM, Milani, 2004.

peso jurídico de la norma no dependa de su contenido, sino de la fuente a la que pertenece³⁴. Esto, a su vez, y al respecto del principio democrático, permite conectar las normas jurídicas con relación no ya a su origen democrático en abstracto, dado que todo el Derecho propio de un sistema democrático debe encontrar su fundamento en el pueblo (p. ej., arts. 1.2 y 117.1 CE), sino en cuanto al grado de pluralismo político que las distintas fuentes del Derecho suponen según la intervención de mayorías y minorías en los respectivos procesos normativos; y así, que el principio democrático alcance a la norma jurídica tanto en su contenido, lo que regula, como al respecto de su régimen jurídico o capacidad a la hora interactuar con otras de su mismo ordenamiento³⁵. El problema es, sin embargo, que tal modelo de las fuentes entra en la actualidad, si no en crisis, sí que en transformación al amparo del intenso pluralismo ordinamental en el que nos encontramos; y no solo porque el Derecho sea hoy expresión de una diversidad de órdenes normativos públicos, pero también privados, en constante interacción y contaminación, sino por cómo ello acaba influyendo, a su vez, en las referidas fuentes de los ordenamientos constitucionales³⁶.

Señalado lo anterior, es que quepa entonces desarrollar el esquema anteriormente propuesto, reflexionando primero sobre la regulación de la IA a través de las distintas fuentes del Derecho, y por cómo incide luego la IA en los diversos procedimientos normativos que conforman dichas fuentes del Derecho; y ello tanto desde su perspectiva formal o procedimental del Derecho, como desde su dimensión democrática, de manera que al recapacitar sobre la IA y las fuentes del Derecho acabemos especulando sobre quién, cómo y hasta dónde quepa regular la IA³⁷; y con esto, por tanto, sobre nuestro propio futuro, inmersos –como estamos– en una nueva realidad digital en construcción y de la que no debemos quedar al margen³⁸. Pero también que posteriormente reflexionemos (según lo adelantado) al respecto de la

34 Así, p.e., F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II. Principios del ordenamiento constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 48 ss.

35 Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado... cit.*, pp. 57-58.

36 Otra vez J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, mas ahora *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: El derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2021.

37 De interés, A.L. TERRONES RODRÍGUEZ, “Inteligencia artificial, responsabilidad y compromiso cívico y democrático”, *CTS: Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, vol. 15, núm. 44, 2020, pp. 253 ss.

38 Nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero “Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional”, *Revista da AJURIS*, vol. 49, núm. 152, 2022, pp. 405 ss.

potencial consideración de la IA como fuente del Derecho, en cuanto que participe de una u otra forma, como en mayor o en menor grado, de procedimientos públicos en los que cabe percibir auténticos procesos normativos; sin duda, el aspecto más disruptivo de la IA con relación al sistema constitucional de las fuentes del Derecho.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA ORDENACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Antes de proceder con la regulación de la IA a través de las distintas fuentes del Derecho, cabe adelantar cómo esta se ordena de acuerdo con dos ejes, el horizontal y el vertical, y a dos criterios, el funcional y el democrático; y con ello entronca con el principio de subsidiariedad, al suponer quién debiera hacer dicha regulación³⁹. Y es que (conforme lo referido) el carácter extremadamente técnico de la IA como objeto de normación, además de su dimensión económica y global⁴⁰, inciden fuertemente al respecto (al igual a cómo la IA repercute en las diversas fuentes del Derecho que la regulan, según se vea luego en el siguiente epígrafe).

Desde tal condición tecnológica y económica de la IA destaca así, desde sus inicios, el carácter primariamente privado de su regulación. Resultando originariamente la IA como mero resultado, primero, del progreso científico, y luego de su impulso económico (al hilo de su explotación), y ello de acuerdo con el marco jurídico conformado por las libertades de investigación y empresa (arts. 20.1.b y 38 CE), junto al derecho a la propiedad privada (art. 33 CE)⁴¹. De ahí que su desarrollo técnico no fuera inicialmente regulado hasta que los propios científicos e ingenieros informáticos advirtieran de sus riesgos, en especial para las personas⁴², produciendo,

39 Véase P. RIDOLA, “Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica” junto a A.A. CERVATI y S. P. PANUNZIO, en *Studi sulla riforma costituzionale (Itinerari e temi per l’innovazione costituzionale in Italia)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 194 ss. También de interés, sobre cómo se articula tal principio en la Unión Europea, y así al respecto de su incidencia en la gobernanza normativa de la IA en Europa, F. BALAGUER CALLEJÓN, “La subsidiariedad en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 31, 2019, pp. 89 ss.

40 Cfr. otra vez F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo... cit.*, pp. 105 ss.

41 Acerca de tales derechos como fundamento de una dimensión liberal del progreso tecnológico (en el que cabría integrar, al menos inicialmente, el nacimiento, el desarrollo y la explotación de la IA), véase J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Los fundamentos del ‘progreso informático’ en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 342 ss.

42 De interés, E. YUDKOWSKY, “Artificial Intelligence as a Positive and Negative Factor in Global Risk”, en AA.VV. *In Global Catastrophic Risks*, Oxford University Press, New York, 2008, pp.

entonces, la aparición a los años de las primeras declaraciones éticas elaboradas por grupos científicos intentando limitar ciertos progresos en IA (como los “*Asilomar AI Principles*”, de 17 de enero de 2017, al amparo del “*Future of Life Institute*” y apoyada por más de 2.000 investigadores), como de auténticos códigos éticos de carácter más amplio (p. ej., la Declaración sobre inteligencia artificial, robótica y sistemas “autónomos” del Grupo europeo sobre ética en ciencia y nuevas tecnologías de la Comisión Europea, de 9 de marzo de 2018, y las ulteriores Directrices Éticas para una IA Fiable, del Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, de junio de 2018; la Declaración de Montreal para el desarrollo responsable de Inteligencia Artificial, de diciembre de 2018; la Guía del Instituto de ingenieros electrónicos y eléctricos, de 2019; los referidos Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial, de mayo de 2019; o los Principios de Inteligencia Artificial de Beijing, de septiembre de 2020)⁴³. De ahí, al tiempo, el impulso de tales normas éticas como manifestación de procesos autorregulatorios, dado el carácter técnico de la materia, como de los intereses económico-privados que las impulsan⁴⁴; y a la par, la potencial consideración de aquellas como auténticas normas jurídicas, pero de carácter privado (tal como sucede con las llamadas normas técnicas)⁴⁵. Otra cosa es que, también, dichas normas éticas se vean promocionadas por los propios poderes públicos a modo de regulación híbrida, y a modo de resultado, así, de la colaboración público-privada, como por ejemplo se plantea en la propia PRIA (art. 69)⁴⁶.

Esto último, a su vez, nos lleva, por sí, a una primera propuesta de regulación pública, de carácter general y a nivel europeo respecto de la IA: la referida PRIA⁴⁷.

308 ss.; y, especialmente, N. BOSTROM, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

43 Sobre aquella y estas declaraciones, J. VALLS PRIETO, *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2021, Cap. III.

44 En torno a esta, véase J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación (Génesis y efectos)*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002; o H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Jovene Editore, Napoli, 2009.

45 Ya J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional...* cit., pp. 69 ss., y 102.

46 Sobre la colaboración normativa entre particulares y poderes públicos que se viene dando en materia digital, véase W. HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, E. Knörr Argote (trad.), Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 127 ss.

47 Con carácter general, sobre la PRIA, véase V. VARGAS, “Entre la confianza ciudadana y el impulso tecnológico. Retos jurídicos de la Inteligencia Artificial a la luz de la propuesta de Reglamento de la UE”, *IUS ET SCIENTIA, Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 8, núm. 1, 2022, pp. 176

Un auténtico hito con relación a la ordenación pública de la IA, pues, más allá del contenido de la misma (como del que finalmente resulte de su definitiva aprobación)⁴⁸, supone un intento arduo por asumir desde lo público y la legitimidad democrática el destino del desarrollo, la comercialización y el uso de la IA en el ámbito público y privado de la Unión Europea, respecto a una materia hasta ahora en exclusivas manos de los particulares; y esto tras un proceso de reflexión pública y política que se remonta a 2017 (Propuesta del Parlamento Europeo a la Comisión Europea en pro de una Directiva sobre Robótica)⁴⁹, a fin de, frente a los desarrollos norteamericano y chino que de la IA se dan, construir un mercado europeo de aquella a partir de un modelo de IA segura, fiable y respetuosa con los derechos de las personas (Exp. Mot. 1.1 PRIA)⁵⁰. Y a estos efectos, y siguiendo el antecedente del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), que se haya optado directamente por el Reglamento, en vez de la Directiva (art. 288 TFUE)⁵¹, a fin de reducir la capacidad normativa de los Estados (Exp. Mot. 2.4 PRIA) y con ello garantizar mejor no solo los derechos de los ciudadanos europeos, sino la seguridad

ss.; M. DE HOYOS SANCHO, “El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia artificial, los sistemas de alto riesgo y la creación de un ecosistema de confianza”, en AA.VV. *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 403 ss.; L. REYES RICO, “La inteligencia artificial y su futuro marco regulatorio”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 95, 2022, pp. 121 ss.; y, especialmente, J.C. HERNÁNDEZ PEÑA, *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanza*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2022.

48 La PRIA fue presentada por la Comisión en abril de 2021, registrándose en el Parlamento el 27 de abril e iniciándose el correspondiente procedimiento legislativo ordinario (2021/0106/COD), aún abierto al momento de escribir estas páginas (marzo de 2023).

49 Aprobación por el Parlamento Europeo, el 27 de enero de 2017, de un Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, de 31 de mayo de 2016 (5015/2103). Sobre ello, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Derecho constitucional, desarrollo informático e Inteligencia Artificial: aproximación a la Propuesta del Parlamento Europeo a favor de la una regulación sobre robótica”, en AA.VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 21 ss.; y A.M. ARANSAY ALEJANDRE, “Antecedentes y propuestas para la regulación jurídica de los robots”, en AA.VV. *Derecho de los Robots... cit.*, pp. 87 ss.

50 P.e., S. RUIZ TARRÍAS, “La búsqueda de un modelo regulatorio de la IA en la Unión Europea”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 57, 2023, pp. 91 ss.

51 Sobre ambas fuentes, por todos, véase R. ALONSO GARCÍA y P.A. SÁENZ DE SANTA-MARÍA, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, respectivamente pp. 34 ss., y 172 ss.

del mercado de la IA en Europa⁵², al buscar evitar con esto su fragmentación jurídica⁵³. Con todo, resultaría adecuado que, al tiempo, se hiciera referencia específica a la IA en el Derecho originario de la Unión Europea dada su tremenda importancia del mismo modo como, por ejemplo, se hace respecto de la tecnología espacial (art. 189 TFUE); y más cuando, se guarda silencio en relación con la informática como tal, sin perjuicio, eso sí, de múltiples referencias a sus riesgos para los ciudadanos (p. ej., arts. 3.2, 8, y 21.1 CDFUE, o 83.1 TFUE)⁵⁴.

Todavía en el ámbito europeo, pero ahora en una dimensión más internacional, se advierte cómo la IA va asimismo abriéndose camino jurídico, como acontece con ocasión de la Recomendación CM/Rec (2020) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos, el 8 de abril de 2020. Y en esta línea, y ya a nivel mundial, que esté también la referida Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO, de 23 de noviembre de 2021.

Por otra parte, y finalmente en el ámbito nacional y constitucional, ante el aun silencio de las constituciones⁵⁵, es oportuno que estas, dada su especial posición y función en sus respectivos ordenamientos jurídicos y sistemas de fuentes del Derecho⁵⁶, hagan referencia a la IA en razón a la enorme incidencia que esta ya tiene, y tendrá, en el Derecho constitucional (según se indicaba al comienzo de estas páginas); de este modo, y sin perjuicio de los marcos jurídicos que sobre la IA prosperen

52 No en vano, el mercado de la IA es la primera base jurídica de la PRIA. *Cfr.* art. 114 TFUE, conforme Exp. Mot. 2.1 PRIA: “Su objetivo primordial es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas armonizadas, en particular en lo que respecta al desarrollo, la introducción en el mercado de la Unión y el uso de productos y servicios que empleen tecnologías de IA o se suministren como sistemas de IA independientes”. También, véase art. 1 PRIA.

53 Así es que la Exp. Mot. 1.1 PRIA hable expresamente de “facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado”. Además, véase Exp. Mot. 2.2 PRIA.

54 *Cfr.* J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Los fundamentos del ‘progreso informático’ en la Unión Europea... *cit.*, 2017, pp. 348 y 350; y con carácter más general, sobre tal perspectiva negativa de la informática en el *Derecho primario* de la Unión Europea, ‘Innovación digital, ciudadanía e integración europea’”, en AA.VV. *Europa, società aperta (I Problemi attuali e prospettive future)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 423 ss.

55 Ni si quiera la fallida propuesta de Constitución en Chile de 2022, especialmente interesada en torno al progreso digital y sus efectos en la ciudadanía (p.e., arts. 33, 48, 86, 88, 89, 90, 152 o 216), llega a hablar de la IA.

56 P.e., I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel España, Barcelona, 1987.

tanto a nivel regional (como es el referido en Europa), como global, es adecuado que en las constituciones estatales quepa encontrarse las bases jurídicas formales y materiales de la ordenación nacional de la IA⁵⁷. Otra cosa es cómo se presente y desenvuelva tal constitucionalización de la IA de acuerdo a su referido carácter técnico y globalizante, y ello a fin de que dicha constitucionalización sea normativamente efectiva; así, que tal vez baste con una referencia de tipo principal sobre la IA que permita luego su expansión sobre el resto del orbe constitucional a la luz de la interpretación sistemática de la Constitución, a la par que sirva de fundamento y límite a la ulterior normativa jurídico-nacional llamada a regular con mayor precisión la IA. En este punto, ahora (y sin perjuicio también de la normativa europea e internacional sobre la IA) sería la Ley la fuente llamada a desarrollar el marco jurídico de la IA. Y no solo al amparo de las reservas de ley involucradas a la hora de limitar derechos implicados con relación y al respecto de las IA⁵⁸, sino a la luz de la especial importancia política de dicha regulación y su relevancia para el entero sistema democrático-pluralista⁵⁹; es el caso, por ejemplo, del artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, relativo a la IA y al uso de “mecanismos de toma de decisión automatizados”. Otra cosa será, asimismo, una normativa de más detalle sobre la IA, y en especial dada su condición altamente técnica y cambiante (a tenor de su constante progreso), de modo que sea entonces el Reglamento, y en colaboración siempre con la Ley, la fuente del Derecho propia u ordinaria de la IA.

III. LA INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS FUENTES DEL DERECHO

La referida caracterización de la IA desde la globalización, la tecnología y la economía, además de su disruptiva naturaleza, vienen a su vez a incidir en las referidas fuentes del Derecho al momento de su regulación por estas (conforme se

57 Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo...* cit., pp. 181 ss.

58 Pues no se trata solo de que se pueda limitar legalmente derechos fundamentales mediante el uso de IAs, sino que a la sombra de los riesgos que suponen las IAs se limite legalmente también los referidos derechos a la investigación científica, a la propiedad privada y a la libre empresa (así, art. 53.1 CE). A tales efectos, acerca del sentido constitucional hoy de la reserva de ley, véase F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos)*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 104 ss.

59 Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Reivindicando la ley”, en AA.VV. *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín II*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 859 ss.

ha señalado antes). Empezando por los diversos espacios desde los que se norma la IA, junto con la dimensión privada o particular de esta a la sombra de la autorregulación, es que, finalmente, la IA impulse su regulación desde una pluralidad de ordenamientos privados y públicos, nacionales y regionales (según se lo referido), de forma que el estatuto o marco jurídico de la IA resulte de la convergencia y comunicación dialéctica de dichos ordenamientos⁶⁰. Y ello, sin perder de vista la vertiente económica de la IA al respecto del coste de su investigación, como de su ulterior explotación (a su vez), de modo que dicha normación o regulación garantice unos mercados lo suficientemente amplios como para permitir la imposición efectiva de ciertas limitaciones jurídicas en el diseño y la comercialización de la IA, e incluso su propia exportación a otros (a la vista del conocido como efecto “Bruselas”)⁶¹. Esto supone la necesidad de ponderar unas y otras fuentes del Derecho de unos y otros ordenamientos jurídicos, de forma que, más allá del significado y del valor constitucional de las distintas fuentes, se alcance un equilibrio entre la dimensión económica de la IA y los principios jurídicos a hacerse valer normativamente. No en vano, el riesgo de no asumir tal proyección de la IA es que, finalmente, a nivel global acabe por imponerse un modelo de IA que suponga un evidente peligro para los derechos de la persona (p. ej. el chino y el “social scoring”)⁶². Los costes del desarrollo técnico de la IA son tales, que no solo es que su investigación quede en manos privadas, generando ya una situación de dependencia tecnológica para los poderes públicos, sino que necesita de expectativas económicas en forma de beneficios; y así, que de no garantizarse una alta inversión privada (y/o pública) en IA en Europa⁶³, esta quede entonces dependiente de IA foráneas⁶⁴, pero al menos controlables desde un mercado lo suficientemente amplio como para poder imponer restricciones sustantivas a la comercialización

60 Con carácter general, véase J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional... cit.*, pp. 23 ss., y en especial p. 48.

61 Sobre tal efecto, véase A. BRADFORD, “The Brussels Effect”, *Northwestern University Law Review*, vol. 107, núm. 1, 2012.

62 Véase W. HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital... cit.*, pp. 48 ss.; también, J.C. HERNÁNDEZ PEÑA, *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial... cit.*, pp. 70 ss.

63 No en vano, uno de los objetivos expresos de la PRIA es “garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA” (Exp. Mot. 1.1).

64 Así, sobre la distancia entre la Unión Europea al respecto del desarrollo en IA por Estados Unidos, y especialmente por China, J. FOURNIER GUIMBAO, “Inteligencia artificial una carrera hacia el futuro tecnológico”, *bie3: Boletín IEEE*, núm. 23, 2021, pp. 146 ss.

y al uso de aquellas⁶⁵. Todo esto, entonces, acaba por afectar al sistema de fuentes del Derecho de ordenamientos construidos en torno a constituciones normativas (como el nuestro), pues se deja de responder directa y exclusivamente a los valores y principios constitucionales a los que directamente sirven (sin perjuicio de que el mercado también lo sea), al tenerse que lidiar con (asumiendo) elementos potencialmente espurios a ellos (como es la maximización del beneficio económico, en cuanto que fin en sí mismo, y al respecto de empresas que actúan a nivel global)⁶⁶.

Por otra parte, y al respecto de la referida investigación o desarrollo técnico en IA, es que esta, sin perjuicio de ciertos parones en el pasado (el llamado “invierno de la IA”, en las últimas décadas del anterior siglo)⁶⁷ avance y, como sucede con el más genérico progreso tecnológico, de manera imparable, de modo que la cambiante y acelerada realidad digital exija de constantes cambios normativos con los que ordenar jurídica y eficientemente las relaciones sociales y de poder que se dan en cada momento. Y así lo prevé la PRIA cuando habla expresamente de un modelo “flexible” de regulación de la IA, de forma que acabe por incluir mecanismos “que le permiten adaptarse de manera dinámica a medida que evoluciona la tecnología y surgen nuevas situaciones preocupantes” (Exp. Mot. 1.1); a tales efectos, e incluso al respecto del propio concepto de IA que presenta (nuevamente, art. 3.1 PRIA), es que establezca mecanismos que permitan una más rápida adaptación normativa, como son los actos delegados (art. 4 PRIA)⁶⁸. Obviamente en el caso del Derecho de la Unión Europea (a la vista del art. 290 TFUE), como del Derecho italiano

65 Sin duda, ello estaba ya en mente del propio Parlamento Europeo en 2017, al hilo de la referida aprobación del anterior Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de 2016 (2015/2103), por el que se instaba a la Comisión Europea para que propusiera una Directiva en torno a la Robótica; al respecto, véase J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Derecho constitucional, desarrollo informático e Inteligencia Artificial...” *cit.*, pp. 71 ss.

66 Pues de otro modo, insistimos, la IA que finalmente acabara por utilizarse mayoritariamente en Europa sería la desarrollada por otros (y conforme a postulados propios), de forma que los ciudadanos de Europa, ante su dependencia tecnológica, quedaran a merced de aquellos.

67 Cfr. AI Expert Newsletter: “W is for Winter”. Archivado el 9 noviembre de 2013 en *Wayback Machine*; sobre esto, véase R. SANGÜESA y A. GUERSENZVAIG, “AI as a Design Material: Dealing with New Agencies”, *Temes de Disseny*, núm. 35, 2019, p. 7.

68 Por su interés: “Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 73 al objeto de modificar la lista de técnicas y estrategias que figura en el anexo I, con miras a adaptar dicha lista a la evolución del mercado y los avances tecnológicos sobre la base de características que sean similares a las técnicas y las estrategias incluidas en ella”. También, pero al respecto de IAs consideradas de “alto riesgo” conforme al Anexo III PRIA, véase su art. 7.

(con su “*delegificazione*”), tal dimensión temporal de la IA no resulta complicada al prever sus respectivos sistemas de fuentes mecanismos específicamente diseñados para adaptar de manera sencilla y rápida sus normas jurídicas de primer nivel (como reglamentos, directivas y decisiones, de un lado, y leyes, de otro)⁶⁹; pero sí lo es, en cambio, de no tenerse dichos mecanismos institucionalizados, como es el supuesto del Derecho español, donde sin embargo se acaban por tolerar fenómenos normativos de deslegalización⁷⁰, o simplemente se asumen alteraciones entre las fuentes a fin de conseguir –al tiempo– mayor flexibilidad normativa (p. ej. entre ley orgánica y ordinaria, de un lado, o entre ley y reglamento, de otro)⁷¹.

Otra incidencia de la IA en las fuentes del Derecho, y quasi propia del ámbito de la IA (frente otras manifestaciones tecnológicas), es la utilización de “*sandboxes*” con los que garantizar un marco jurídico-normativo apropiado para los procesos de entrenamiento y experimentación de la IA. Y es que no siendo dichos “*sandboxes*” originarios de la IA (p. ej. en materia financiera)⁷², estos han tenido especial desarrollo en el caso de aquellas IA que tienen que ser probadas en espacios compartidos con situaciones reales y con regulaciones propias, de manera que acaben por modificarse estas para dar cabida jurídica a dichas pruebas: estos son así espacios controlados de pruebas para las IA a fin de facilitar el desarrollo, la prueba y la validación de sistemas innovadores, durante períodos limitados, antes de su definitiva introducción en el mercado y/o puesta en servicio (art. 53 PRIA); buscándose, con ello, un equilibrio regulatorio con respecto a una garantía adecuada de la responsabilidad y de la innovación⁷³. La incidencia jurídica del “*sandbox*” se encuentra, en principio, en la alteración normativa que requiere, y ello al amparo del principio de especialidad, pero también, e incluso, desde la misma excepción normativa (o “*derogazione*” italiana) al venir a autorizarse el incumplimiento de parte del régimen jurídico ordinario sobre tal actividad⁷⁴. En este ámbito, por ejemplo, estarían hoy los vehículos autónomos y

69 Véase J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado...* cit., Caps. 4 y 5.

70 Nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado...* cit., pero ahora Cap. 6.

71 Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Tecnología, democracia y fuentes del derecho...” cit., pp. 476-477 ss.

72 Ya en España, L 7/2020, del 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero.

73 Desde esta perspectiva, J. TRUBY *et al.*, “A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, pp. 270 ss.

74 Acerca de la diferencia entre *derogazione* y *abrogazione* en Italia, véase R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, 2.^a ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 260-261; asimismo de interés,

su circulación experimental en circuitos abiertos al tráfico público, mas en entornos controlados (p. ej., Instrucción VEH 2022/07 Autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general, y arts. 44 ss. RD 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos).

El problema realmente surge, entendemos, para el supuesto de extender los “*sandboxes*” más allá de entrenamientos y prácticas de las IA, de modo que la excusa tecnológica de la IA venga simplemente a justificar al tiempo una regulación diversa al margen de lo razonable y lo proporcional, o en exceso indeterminada (de algún modo, y al respecto de ejemplo anterior, la mera previsión de normas diversas que en materia de tráfico y seguridad vial deban cumplir los vehículos dotados de un sistema de conducción automatizado, conforme arts. 4.k y 5.u, y disp. final 2.^a2. k, R D Leg. 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial); o lo que es igual, como mera adecuación de la regulación a una nueva realidad digital que en proceso⁷⁵. En cuanto a la PRIA (y según lo referido más arriba), esta se refiere expresamente a los espacios controlados de pruebas para la IA a modo de entornos que faciliten “el desarrollo, la prueba y la validación de sistemas innovadores de IA durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, en virtud de un plan específico” (art. 53.1); estos –sin perjuicio de garantizar la protección de datos personales y los derechos de personas implicadas y terceras (art. 53.2 y 3), así como la capacidad de las autoridades nacionales para controlarlos (art. 53.1 y 3)– deberán de ajustarse a las modalidades y condiciones que al tiempo se establezcan mediante futuros actos de ejecución (art. 53.6), pero sin mayores especificaciones al respecto⁷⁶. Y ya en España, se han presentado diversas propuestas parlamentarias a fin de ordenar dichos espacios controlados o “*sandboxes*”: como la Proposición de Ley para la Transformación Digital de España, de 22 de junio de

sobre la especialidad en tanto que derogación parcial normativa, A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, 3.^a ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 65-67.

75 Desde esta perspectiva, véase A. MERLINO, “La regulatory sandbox in un recente parere del Consiglio di Stato”, *Giustizia Amministrativa*, 2021, en <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/merlino-la-regulatory-sandbox-in-un-recente-parere-del-consiglio-di-stato>; y ya, desde una perspectiva más crítica, S. RANCHORDAS, “Experimental lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes”, *EU Law Live, Weekend Edition*, 22 October 2021, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 12/2021, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3963810.

76 Cfr. J.C. HERNÁNDEZ PEÑA, *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial... cit.*, pp. 203-205.

2021 (122/000148)⁷⁷, o la más específica Proposición no de Ley sobre la Gobernanza de la Inteligencia Artificial, de 20 de diciembre de 2022 (161/004617); pero también, entendemos, la genérica iniciativa del Estado español (nada más y nada menos) como programa piloto al respecto de la regulación de la IA a nivel europeo (según se presentara ante la Comisión Europea el 27 de junio de 2022).

Asimismo, como consecuencia de la altísima tecnificación de la IA es el protagonismo (y como sucede, por lo demás, en otros muchos sectores muy tecnificados de la realidad) de técnicos (en este caso, ingenieros informáticos) en la elaboración de normas relativas al tema, como, e incluso, la previsión de la atribución de competencias normativas sobre ello a órganos técnicos, a la vista del reconocimiento de la potestad reglamentaria en manos de agencias independientes⁷⁸. En tal sentido, precisamente, la PRIA regula un Comité Europeo de Inteligencia Artificial (arts. 3.42, 53.5 y 56-58. PRIA), además de prever otras autoridades de supervisión a nivel nacional (arts. 3.42 y 43, 53.5 y 59. PRIA)⁷⁹; y ya en España, y en esta línea, la institucionalización de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (disp. adic. centésimo trigésima L 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022). Ciertamente, dicha normativa reglamentaria y técnica no subvierte formalmente los sistemas de fuentes constitucionales; en tal sentido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/2019, de 22 de mayo de 2019, expresamente ha rechazado que una agencia técnica e independiente, como es la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), pueda, mediante el ejercicio de competencias propias (art. 55 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) sustituir la labor del legislador, en especial en casos de reservas de ley (FJ núm. 8.c.ii)⁸⁰. Sin embargo,

77 Art. 16.1: “Se promoverá la creación de un *Sandbox* multisectorial, abierto a todo tipo de innovación, que permita crear condiciones seguras para que puedan probarse innovaciones de base tecnológica bajo vigilancia de los supervisores”.

78 P.e., P. GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE, *Los reglamentos de las administraciones independientes. Sector financiero, reguladores y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, autoridades de protección*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013.

79 Sobre tal órgano y sus relaciones con las respectivas Autoridades nacionales, véase J.C. HERNÁNDEZ PEÑA, *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial...* cit., pp. 173 ss.

80 “La insuficiencia legal que venimos analizando tampoco puede ser colmada, en ejercicio de sus potestades, por la Agencia Española de Protección de Datos. La agencia es la autoridad administrativa independiente a la que se encomienda la interpretación y aplicación de la normativa de protección de datos (arts. 57 y 58 RGPD y 44 y sigs. LOPDyGDD), y su potestad normativa, mediante la aprobación de circulares, está circunscrita al dictado de ‘disposiciones que fijen los criterios a que responderá la

materialmente, cabe advertir cierta capacidad de impulso jurídico sobre el ámbito sustantivo sobre el que dichas agencias actúan (tal como sucede con ocasión de la referida AEPD), al ir conformando en su actuación un cuerpo normativo propio sobre sus respectivos ámbitos materiales⁸¹. Y ello, además, desde la dificultad que supone la activación de la responsabilidad política al respecto de dicha normativa, no solo por el carácter independiente de estas agencias, sino por el supuesto carácter técnico del criterio que marca su labor⁸². Aunque esta objeción no afecta únicamente a estas agencias, pues acaba interesando a cualquier actuación pública que se toma a tenor de criterios técnicos (recuérdese las medidas normativas sanitarias adoptadas durante la pandemia)⁸³, sí que, entendemos, perturba el modo de conferirse tal responsabilidad al verse removida del circuito político y, por tanto, de su dimensión democrático-pluralista.

Por otra parte, y volviendo a la comentada autorregulación al respecto de la IA, más allá del propio interés particular de ingenieros y empresarios por darse un propio cuerpo normativo, aun de carácter ético, con el que garantizar su posición de preeminencia en el tema (a nivel económico, pero no solo), cabe que (y conforme asimismo se ha señalado) sean los propios poderes públicos los que, ante el carácter técnico de la IA, como ante su dependencia tecnológica ante aquellos, acaben por remitirles parte de la regulación de la IA (nuevamente, art. 69 PRIA); incluso,

actuación de esta autoridad' en la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la Ley Orgánica 3/2018 (artículo 55.1 LOPDyGDD). Por tanto, la circunstancia de que, con posterioridad a la interposición del presente recurso contra la ley, la presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos haya aprobado la Circular 1/2019, de 7 de marzo, para abordar esa laguna, tal como se indicó anteriormente, no puede subsanar la insuficiencia constitucional de la que adolece el artículo 58 bis LOREG introducido por la Ley Orgánica 3/2018 por lo que se refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas en el marco de actividades electorales. Una interpretación distinta vaciaría de contenido el principio de reserva legal que consagra la Constitución y que de forma reiterada ha invocado nuestra jurisprudencia previa en materia de protección de datos personales".

81 Así, R. BERMEJO BOSCH, "Análisis en la doctrina administrativa de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con el tratamiento de imágenes a través de sistema de videovigilancia", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 25, 2011, pp. 61 ss.

82 Cómo no, L.A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, pp. 117 ss.; también, con carácter general, M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel, Barcelona, 2002.

83 Cf. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, "Transformaciones, tendencias y algún recelo sobre la potestad normativa (legislativa) en los tiempos de la COVID-19", en AA.VV. *División de poderes en el Estado de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, en especial pp. 60-61.

siendo posible hablar de corregulación (al hilo del anterior RGPD y según se ha adelantado)⁸⁴. El problema no es tanto en relación con la parte más tecnológica de dicha normativa privada, por cuanto que integrada dentro de la articulación que de las normas técnicas que ofrece hoy el Derecho administrativo⁸⁵, sino al respecto de la referida dimensión ética de tal normativa privada⁸⁶; y esto por referirse a cuestiones que están previstas, de una u otra manera, por el Derecho constitucional, y ante el lance de que ingenieros y empresarios de la IA puedan ofrecer (de acuerdo a sus intereses particulares) un desarrollo normativo diverso a tales materias constitucionales⁸⁷. Un ejemplo de ello es, al hilo del progreso de los llamados vehículos autónomos⁸⁸, el debate ético abierto sobre el “dilema del tranvía” y sobre quién haya de resolverlo (poderes públicos, fabricantes o consumidores) de manera concreta (el cómo, ahora)⁸⁹, cuando esto debería considerarse ya resuelto al amparo de la dignidad y de la nulidad jurídica de decisiones previas que supongan juicios abstractos de unas personas sobre otras (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006 -115, 118 I BVR 357/05-)⁹⁰. También en línea con este retroceso de la normativa pública ante lo privado respecto de la IA, está cierta tendencia de los poderes públicos a acudir a respuestas normativas propias del “soft law”⁹¹, como es la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial de 2020 (en adelante, ENIA)⁹² o, en

84 Cfr. nuevamente W. HOFFMANN-RIEM, pero ahora *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, E. Knörr Argote (trad.), Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 167 ss.

85 Así, V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; o F. SALMONI, *Le norme tecniche*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2001.

86 De interés, L. COTINO HUESO, “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 29 ss.

87 Como así advierte A. AGUILAR CALAHORRO, “Valores constitucionales y sociedad digital”, *Revista da AJURIS*, vol. 49, núm. 152, 2022, pp. 347 ss.

88 Cfr. M. CASTELLS I MARQUÈS, “Vehículos autónomos y semiautónomos”, en AA.VV. *Inteligencia artificial: tecnología, derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 101 ss.

89 Véase R. CÁRDENAS KRENZ y V. PADILLA VERDE, “Vehículos autónomos: temas viales-dilemas vitales. La tecnología toma el volante”, *Persona y Familia*, núm. 8, 2019, en especial p. 75.

90 Entre otros, G. DOMÉNECH PASCUAL, “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 389 y ss.

91 Por todos, D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El Soft Law Administrativo (Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración)*, Civitas / Thomson, Madrid, 2008.

92 Al respecto de esta: Á. SÁNCHEZ BRAVO, “España digital 2025. Estrategia Nacional

un ámbito más genérico-digital, la Carta de Derechos Digitales de 2021⁹³. Y esto a modo de un Derecho abierto a sus actores, menos proceduralizado, más persuasivo que normativo, y buscando así más la complicidad de sus destinatarios que la clásica sujeción estrictamente jurídica (propia de nuestro clásico “*hard law*”)⁹⁴, pero con ello, el riesgo de rebajar, a su vez, la normatividad de deberes que los poderes públicos quepan deducir, de manera objetiva, del marco jurídico vigente (como p.e. a la luz del vigente derecho de las personas a participar en el progreso tecnológico,

de Inteligencia Artificial”, en AA.VV. *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 501 ss.; o J.M. GONZÁLEZ MORENO, “La ética en la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA), 2021-2023. Una revisión crítica”, en AA.VV. *La disruptión tecnológica en la Administración Pública... cit.*, pp. 205 ss.

93 Cfr. L. CABALLERO TRENADO, “La Carta de Derechos Digitales, una oportunidad de gobernanza tecnológica para España”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 6, núm. 3, 2021, pp. 407 ss. Y ya a nivel europeo, la reciente Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales de 2023.

94 Con ello se consigue impulsar u orientar políticamente una determinada acción pública, e incluso privada, mas sin determinarlas jurídicamente dado que tales normas no llegan a considerarse estrictamente vinculantes y limitativas de la actuación pública y/o privada, si bien caben ser utilizadas por los Tribunales como instrumento interpretativo o de referencia jurídica (STS, Sala Cont., Sec. 4.^a, de 31 de mayo de 2017, FD 3.2; sobre esta STS, véase R.C. CANCIO FERNÁNDEZ, “Constitucionalidad, *soft law* y elección de Jueces para el TEDH: Comentario a la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 449 ss.). Así, piénsese en la referida ENIA (como en la Carta de los Derechos Digitales), en la que viene a definirse un marco político de referencia o plan de acción a desarrollar en corto, medio y/o largo plazo en materia de IA por los respectivos agentes y poderes públicos, pero también por los particulares. Y de este modo que, de un lado, específicas actividades quepan ser orientadas y enmarcadas políticamente a partir de tales criterios, orientaciones, tendencias o previsiones, a la par que ganan en legitimidad sustantiva, mas sin llegar a resultar jurídicamente encorsetadas por éstas; y de otro, el déficit del carácter jurídico de dichas normas (junto con la condición amplia e imprecisa de ellas, de ordinario), dificultan tanto su control jurisdiccional abstracto, como su efectiva consideración como auténtico parámetro normativo-jurisdiccional con ocasión del ulterior juicio jurídico de específicas actuaciones públicas, mas sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta como elemento interpretativo (según se ha indicado más arriba). Acerca de esto último (aunque al respecto de la naturaleza de las estrategias nacionales en materia de seguridad), cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 90-91.

conforme a los arts. 27.1, *in fine*, DUDH y 15.1.b PIDESC, además del más neutro 44.2 CE)⁹⁵.

Por último, y a la sombra ahora del carácter disruptivo de la IA, se advierten cambios, incluso mutaciones, al respecto de las fuentes del Derecho que ella y la tecnología digital pueden, directa o indirectamente, estar impulsando. Dejando para el párrafo siguiente la consideración misma de la IA como fuente del Derecho, está el tema de las condiciones generales de contratación de las principales redes sociales (como Facebook, YouTube o Twitter, a tenor de su enorme influencia social, cultural, económica y política)⁹⁶ en tanto que, o a modo de, ordenación privada, no solo de la relación entre la respectiva aplicación y sus usuarios, sino entre estos mismos, y al punto de llegar a conformar auténticas comunidades sociales (virtuales)⁹⁷ e incluso auténticos foros públicos⁹⁸; y ello cuando dichas condiciones pueden actuar como base para el uso de algoritmos capaces de afectar a las libertades de expresión, información y comunicación⁹⁹. Mientras que, desde una perspectiva clásica de las fuentes del Derecho (y la eficacia *erga omnes* de las normas jurídicas resultantes de estas)¹⁰⁰, tales condiciones quedarían en el mero ámbito jurídico de la contratación entre particulares¹⁰¹; cabe, sin embargo, dar el paso de considerarlas como medios de conformación jurídica del marco normativo privado (claro) de auténticas comunidades sociales (de hasta millones de personas); y esto, en especial, si en vez de atender a dichas condiciones, cuando se trata de aplicaciones digitales de naturaleza

95 Así, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Los fundamentos del ‘progreso informático’ en la Unión Europea...” *cit.*, pp. 345 ss. Y al tiempo, en esta dimensión más positiva de la informática ahora al respecto del empoderamiento de la persona, véase la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales, de 2023.

96 Véase M.N. MATO PACÍN, “Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales”, en AA.VV. *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2020, pp. 87 ss.

97 P.e., M. MANTINI, “Movimientos sociales, comunidades virtuales y desarrollo”, *CIC: Cuadernos de Información y Comunicación*, núm. 17, 2012, pp. 135 ss.

98 Sentencia del Juez federal del Distrito de Nueva York del 23 de mayo de 2008, en el caso 1:17-cv-05205-NRB; *cfr.*, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad”, *Estudios en Derecho a la Información*, núm. 9, 2020, p. 57.

99 P.e., A. PIZZORUSSO, *Lecciones de Derecho constitucional (II)*, J. Jiménez Campo (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 148-149, y 386-387.

100 Otra vez J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “Sobre ‘youtubers’ y la neutralidad de la red”, en AA.VV. *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 195 ss.

101 *Cfr.* F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo... cit.*, pp. 37-38.

económica, nos fijamos en cambio en aquellas redes sociales que estén basadas en código abierto o libre¹⁰², al no concurrir aquí los presupuestos económicos del contrato, y al dar lugar a comunidades sociales asimilables a las otras (aunque de menor tamaño, dado su menor impacto). No en vano, cabe advertir, ya en el pasado, algún referente de cómo normas de origen privado y contractual pasaron a conformar el presupuesto de auténticas ordenaciones públicas¹⁰³.

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO FUENTE DEL DERECHO

Más allá de la ya clásica equiparación presentada por Lessig al respecto del algoritmo como nueva forma de codificación jurídica al venir a ordenar la nueva realidad digital en la que nos encontramos¹⁰⁴, está la señalada propuesta de la IA como fuente del Derecho desde la constatación de cómo a través de ella los poderes públicos realizan normas jurídicas en procedimientos públicos¹⁰⁵. Y es que, como dice Boix Palop, los

“algoritmos empleados por la Administración pública de modo no puramente instrumental producen materialmente los mismos efectos que cualquier reglamento al preordenar la decisión final del poder público y limitar el ámbito de discreción o de capacidad de determinación de quienes los han de aplicar a partir de los postulados contenidos en la programación”¹⁰⁶.

En principio, y sin entrar todavía en el fondo del asunto, es interesante destacar cómo la anterior constatación se asemeja bastante (según nosotros) a la forma con

102 P.e., R. SAN SEGUNDO MANUEL y M.A. CODINA CANET, “Conocimiento abierto: software libre frente a monopolio tecnológico”, en AA.VV. *A Ciência Aberta o contributo da Ciéncia da Informação: atas do VIII Encontro Ibérico EDICIC*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 281 ss.

103 De interés, N. MATTEUCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, F. Javier Ansútegui Roig y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, pp. 170 ss.

104 L. LESSIG, *El código y otras leyes del ciberespacio*, E. Alberola (trad.), Taurus, Madrid, 2001.

105 Véase F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo... cit.*, pp. 35 y 39.

106 “Son por ello, no ya código 2.0, que también, sino más en concreto reglamentos en un sentido jurídico material y, por ello, como tal han de ser tratados por el Derecho a la hora de regular cómo se producen, aplican y las garantías en torno a estos procesos”; A. BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, p. 237.

la que una IA precisamente evalúa imágenes al respecto de algo¹⁰⁷, dando lugar a un resultado positivo y suficiente para, a su vez, profundizar luego en él¹⁰⁸; o lo que es igual (y en nuestro caso), para que efectivamente vengamos a penetrar en la hipótesis de la IA como fuente del Derecho, o al menos en su participación.

En tal sentido, y volviendo a la proposición de Boix Palop¹⁰⁹, lo cierto es que la consideración de la IA como fuente del Derecho que él plantea viene determinada por cómo los poderes públicos que actúan jurídicamente conforme a una IA (aun instrumentalmente) acaban sujetándose también normativamente a la misma (sin perjuicio, no obstante, de la capacidad jurídica que tengan para apartarse de ella)¹¹⁰. Esto supone que la IA opere materialmente como parámetro de aquellos; y no ya por suponer la IA la producción y/o realización de normas jurídicas realmente, sino por la capacidad fáctica de esta para determinar directamente situaciones jurídico-públicas cuando la actuación de los poderes públicos se encuentre jurídicamente sujeta a la IA. Por ello es por lo que el algoritmo es considerado como si fuera una norma, pues la IA viene a actuar frente a los poderes públicos de la misma forma a cómo una norma jurídica determina la actuación de estos en cuanto que sujetos a Derecho (nuevamente, arts. 9.3, 103.1 y 106.1 CE); incluso, podríamos decir, que la IA viene a completar la norma jurídica que determina la actuación de aquellos. Esta aproximación al tema de la IA como fuente del Derecho es, sin duda, muy sugerente, pues aborda cómo la IA evalúa situaciones jurídicas no solo conforme a Derecho, sino haciéndola partícipe de la conformación del parámetro de actuación jurídica que guía a los poderes públicos; pero esto, sin responder verdaderamente (a nuestro atender) al sistema de fuentes en sentido estricto, sino en relación con cómo actúan los poderes públicos (según lo adelantado)¹¹¹. Sin embargo, lo anterior no es poco,

107 P.e., lunares potencialmente cancerígenos.

108 Y es que la evaluación de un cáncer por tal IA no supone un diagnóstico final (siguiendo con el ejemplo de la nota anterior), pero sí que es suficiente para progresar con pruebas potencialmente más intensas.

109 A. BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos...” *cit.*, p. 223 ss.

110 Así, y p.e., cuando en el caso de la app. VioGén se determina un alto grado de riesgo para una mujer, siempre conllevará la toma de medidas de protección para aquella, mientras que en el caso contrario cabe también que se adopten estas; de esta forma nos encontramos cómo la actuación conforme a la IA resulta reglada en el primer supuesto, mientras que es disponible en el segundo. Al respecto, véase M.Á. PRESNO LINERA, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial...* *cit.*, pp. 25 y 29.

111 Muy ilustrativo, al respecto, es el siguiente párrafo: “(...) la programación informática de respuestas del poder público frente a diversas situaciones, en cualquiera de sus modalidades, es una actividad estrictamente equivalente a su programación jurídica. Pautar con programas, algoritmos, en definitiva

pues supone someter el funcionamiento de la IA en el sector público a Derecho (y a su amparo a las mismas garantías que en su actuación estándar u “*offline*”)¹¹², además de, y en un paso más, asumir que cualquier evaluación compleja¹¹³ que sobre hechos o Derecho haga una IA de manera instrumental para un poder público al respecto de la configuración de una situación jurídica, venga finalmente a considerarse como parámetro jurídico de su actuación, si tal evaluación está prevista por el propio ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva formal ahora, y del entendimiento que por fuentes del Derecho hemos recordado al inicio de estas páginas (en cuanto que procesos previstos por un ordenamiento jurídico al respecto de la introducción en él de normas jurídicas, como de su modificación y derogación), salvo que estemos ante una IA que tenga por fin específico elaborar, modificar o derogar normas jurídicas, tanto para el caso de procedimientos administrativos, como de procesos juridiciales, es que, ciertamente, las IA utilizadas en ambos ámbitos públicos no sean auténticas fuentes del Derecho¹¹⁴; al fin y al cabo, de ellos no resulta o se produce expresamente, en principio, norma jurídica alguna, sino un mero acto jurídico, administrativo o judicial, de dimensión específica, que no abstracta, ni innovativa *per se*¹¹⁵. Otra cosa es lo

con un código de ceros y unos, cuáles son las condiciones y elementos que, tomados en cuenta de manera ordenada y sucesiva, determinarán unas consecuencias que van a afectar a la esfera de derechos y deberes de los ciudadanos, sean estas extraídas por medio de algoritmos y aplicando lógicas de programación más o menos complejas e inteligencia artificial que se declina y expresa por medio del código fuente o lo sean por medio de reglas y normas escritas a través de fórmulas y conceptos jurídicos que se expresan lingüísticamente y aplican deductivamente a partir de la clásica operación de subsunción hecha por los aplicadores, es materialmente lo mismo”; A. BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos...” *cit.*, p. 249.

112 Sigue diciendo el anterior párrafo: “Requiere, por esta razón, de una mismas reglas y garantías básicas y, en consecuencia, de una correcta traslación o, si se quiere, traducción, materialmente completa, de las garantías tradicionales respecto de estas últimas nos aportarán una regulación y encauadramiento satisfactorio de la actividad administrativa realizada por medio de algoritmos”; *ibidem*. Además, véase *op. cit.*, pp. 250 ss.

113 Dejando así a un lado aquellas actuaciones quasi automáticas de una IA, por cuanto que limitadas más a constatar, que a evaluar realmente; en tal sentido, *cfr.* A. BOIX PALOP, *op. cit.*, pp. 230, 235 o 249.

114 *Cfr.* A.J. HUERGO LORA, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo”, en AA.VV. *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2020, pp. 64 ss.

115 Así, sobre la abstracción y la innovación como características de las fuentes, véase A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, pp. 26 ss. y en especial 39.

que en el futuro sí pueda pasar, pues es potencial y tecnológicamente viable a la luz de la llamada IA generativa¹¹⁶; como también es distinto que en ese hipotético caso, que tal potencial IA productora de normas solo quepa constitucionalmente, en tanto que mero instrumento de aquellos poderes a los que se les confiere expresamente potestades normativas (arts. 66.2 y 97 CE), de modo que al final sean aquellos los que aprueben la norma elaborada por la IA y a los que se les impute esta (si bien, claro, con el auxilio de la IA en su producción o redacción)¹¹⁷. Únicamente entonces es que la IA pudiera considerarse, al menos (y en el futuro), como fase o parte del proceso productivo de la norma jurídica y, por tanto, para tal caso, que la IA sí quepa participar de la respectiva fuente del Derecho en la que interviene, aunque para ello, no se olvide, tendrá que haber siempre una norma sobre producción jurídica que así prevea la intervención de dicha IA en dichos hipotéticos procesos de producción de normas jurídicas¹¹⁸.

Por otra parte, y para el caso de las IA en las que su programación se integren normas jurídicas, está la falta de condición unívoca (generalmente) de dichas normas jurídicas al momento no ya de su aplicación o procesamiento por dicha IA, sino de su propia digitalización por un ingeniero informático o programador a fin de alimentar a tales IA, y de cómo sea este (el programador) el que acabe, entonces, por detallarlas (definiéndolas); y es que al trasladarse a código binario una norma jurídica todavía analógica se acaba por reducir la normal plurivocidad de la norma al concretarse al máximo su sentido (así, Hoffmann-Riem)¹¹⁹. No en vano, el informático es hoy el nuevo *escriba*

116 No en vano, ya es posible que una IA haga imágenes artísticas a partir de una serie de instrucciones o criterios que se le indican (y esto, hoy, al punto de haber ganado premios de arte; p.e., la app Midjourney), o incluso un relato de estructura y contenido más que plausible también a partir de una serie de ideas que se le dan (por ahora, la app ChatGPT); y al tiempo, que un programa con IA en unos años sea capaz de redactar disposiciones jurídicas a partir de ciertos parámetros políticos y normativos, y ello con un alto grado de adecuación y plausibilidad al respecto del resto del ordenamiento jurídico. Por último, al respecto de la IA generativa véase, p.e., J.M. TÚÑEZ LÓPEZ, M.J. UFARTE RUIZ y B. MAZZA, “Aplicación de la inteligencia artificial en comunicación”, *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 80, 2022.

117 Y tal como sucede al respecto de la IA con relación al ejercicio de la función jurisdiccional, puesto que constitucionalmente circunscrita al Poder Judicial conforme art. 117.1 y 3 CE (según se ha visto).

118 Otra cuestión es que tal norma sobre producción jurídica no tenga porqué ser expresa, pudiendo presuponerse o deducirse del mismo sistema de fuentes; y de este modo, que de advertirse dicha norma sobre producción jurídica, quepa reconocerse la IA, finalmente, como fuente de Derecho.

119 W. HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital...* cit., pp. 65 ss.

de la realidad digital que se impone y desarrolla y, al respecto de estas páginas, el que efectivamente traspone a código e integra en el algoritmo un Derecho todavía analógico en su contenido y forma. De ahí que, y sin perjuicio de lo presentado antes, al momento del propio diseño, programación y entrenamiento de una IA quepa constatar un proceso normativo informal en el que se delimita la concreción de la norma jurídica, aunque fuera de los cauces del sistema de fuentes ordinario; y, por tanto, que quepa advertirse un instante normativo al respecto del mismo momento de la programación de la IA. Ahora bien, con ello, que bien quepa postularse para el futuro una nueva y potencial forma de redacción originaria de las normas jurídicas con ocasión de su aprobación por su correspondientes fuentes del Derecho y a fin de su ulterior y adecuada digitalización, de modo que: de un lado, las normas tiendan a nacer ya unívocas, de manera que solo requieran una codificación digital simple y directa de las mismas (al no necesitar concreción ulterior alguna por el informático); y de otro, la IA no tenga ya que proceder a reducir o especificar el sentido de las normas que vaya a aplicar. Sin embargo, las normas jurídicas no se realizan de manera aislada, sino en contacto con otras de su mismo y/o distinto ordenamiento (incluso en conflicto) y, consecuentemente, que una IA que evalúe jurídicamente un caso termine por concretar la norma o normas con la o las que zanja aquel. Y es que el Derecho hoy no es ya solo el resultado complejo de relaciones normativas (recuérdese), sino el producto dinámico y dialéctico de un pluralismo ordinamental, de modo que, salvo en los supuestos de IA que actúen casi automáticamente constando situaciones jurídicas muy simples¹²⁰, lo normal será que la potencial univocidad de la norma jurídica pase a “abrirse” a otras en su realización informática, al entrar en contacto con estas en el proceso algorítmico correspondiente.

En esta perspectiva de plurivocidad normativa y al respecto de las IA que en la actuación de los poderes públicos evalúen normas jurídicas por expresa previsión normativa, es que, y desde el particular funcionamiento de dichas IA, quepa también considerar si estas, efectiva y finalmente, participan de la producción de normas jurídicas, y, con ello, su consideración como auténticas fuentes del Derecho. Empezando por el funcionamiento de la propia IA, y aun actuando en casos singulares, esta evalúa información en la que precisamente pueden encontrarse normas jurídicas (según lo recién referido) de manera abstracta; y dada la naturaleza racional e intelectiva (matemática) de la IA¹²¹, que esta siempre tienda a resolver dicha evaluación de manera universal, al entender que la respuesta concreta que ofrece en cada caso no es sino expresión de la

120 En las que las IA se limiten más a constatar, que a evaluar (según se ha advertido antes).

121 Puesto que expresión del algoritmo y al entenderse este como “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”, según la R.A.E.

mejor solución que puede dar en cada momento conforme a la evaluación porcentual posible de todas las potenciales respuestas que maneje la IA, al respecto de dicho caso y, por tanto, de otros idénticos a él. Además, y aun siendo posible las programaciones de las IA que permitan respuestas potencialmente diversas¹²², en el caso de aquellas destinadas por los poderes públicos a evaluar el Derecho o situaciones jurídicas, siempre habrían de resolver de manera tendencialmente unívoca, al entroncar con el valor justicia (1.1 CE), la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y la igualdad ante el Derecho (art. 14 CE); y, de esta forma, que tal dimensión abstracta de la IA acabe por reforzarse.

Ello nos lleva al proceso jurídico de decantación de la norma desde la mera disposición¹²³, y de la consideración que ahora dé la jurisprudencia como fuente del Derecho, tal y como teorizara Kelsen en su segunda edición de su “*Teoría pura del Derecho*”¹²⁴. Y es que la actuación jurídico-intelectual desarrollada por un actor jurídico público y, en especial, un juez, al momento de la interpretación y aplicación de una norma jurídica *ad casum*, siempre dará lugar a una ulterior decantación normativa en cuanto que definidora en abstracto de la norma jurídica finalmente resultante; por ello, cada vez que aquel aplica una norma en un caso, resolviéndolo jurídicamente, quepa entender existente un proceso o momento previo normativo en el que vendría a precipitarse una dilucidación perfecta de dicha norma¹²⁵. Esto enlaza con el deber jurídico de los actores públicos de resolver cualquier cuestión jurídica conforme a Derecho y, en especial, los jueces (art. 1.7 CC) además de como expresión de la justicia, la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, debiendo actuar también de forma tendencialmente abstracta, universalizante y *erga omnes*; y de ahí, claro, esa imagen mítica de un juez jurídicamente omnisciente que al tiempo se despliega, en cuanto que comprometido con una resolución justa y abstracta *ad casum* con ocasión de una realización pulcra de

122 P. ej. una IA destinada a juegos como el ajedrez o el go, en los que ha de desarrollar estrategias distintas para poder ganar una serie de partidas, y por tanto que cuando la IA inicie una partida lo haga desde una diversidad de opciones plausibles.

123 Entre otros, véase F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (I)*... cit., pp. 109 ss.

124 H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed., R.J. Vernengo (trad.), Editorial Porrúa / UNAM, 6.^a reimp., México, 1991, en especial pp. 240 ss. y 347 ss. Y ello, respondiendo a la cultura jurídica del *common law* durante la estancia de aquel en Norteamérica (frente a una concepción más propia del *civil law* de su obra científica previa), y por tanto al respecto de la intensa dimensión judicial que del Derecho se da allí; cf. J. RUIZ MANERO, “La función jurisdiccional en la Teoría Pura del Derecho”, en *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 19 ss.

125 “La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho”; H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*... cit., p. 354.

un Derecho hoy complejo (el juez Hércules)¹²⁶, además de en red (el juez Hermes)¹²⁷. En consecuencia, la norma jurídica a la que aquel llega en cada caso es potencialmente aplicable a todos los demás supuestos iguales que puedan presentarse ante ellos en el futuro (salvo que premeditada o temerariamente hayan buscado una respuesta injusta y/o arbitaria). Otra cosa es, obviamente, el acierto o no de la respuesta interpretativa a la que se llegue (sea un aplicador jurídico o una IA), como a su propia pluralidad, dado el también carácter plural del sujeto jurídico que ha de resolver tales casos (administra, como judicialmente), de modo que, a la postre, quepa aparecer no una, sino diversas respuestas jurídicas a partir de una misma norma jurídica; y entonces, ante ello, la articulación de instrumentos normativos (p. ej., circulares) o procesales (recursos) destinados a uniformar dicha interpretación y aplicación. Así, y en el ámbito jurisdiccional, que quepa reconocerse un mayor grado de abstracción, cuando tal actuación judicial se encuentre jurídica y efectivamente destinada, directa o indirectamente, a unificar la doctrina judicial en torno a una norma jurídica, pues en tal supuesto, el presupuesto abstracto de dicha actuación jurídica cabe entenderse predominante (p. ej., el recurso de casación en unificación de la doctrina)¹²⁸; e incluso, que se llegue entonces a considerar expresamente dicha realización del Derecho como fuente formal del mismo (arts. 1.6 CC y 5.1 LOPJ) dada su particular dimensión nomofiláctica, abstracta y *erga omnes*¹²⁹.

De esta forma abstracta es que vengan precisamente a actuar también las IA al respecto de procedimientos en los que jurídicamente se han de aplicar y realizar normas jurídicas; y más, a la luz de los referidos principios de igualdad (art. 14 CE) y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) nuevamente, necesaria y proceduralmente integrantes de su programación. No es solo, entonces, que una IA para ofrecer una evaluación jurídica sobre un caso (resolviéndolo, o simplemente informándolo)

126 R. DWORKIN, *El imperio de la justicia (De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica)*, C. Ferrari (trad.), 2.^a ed., Gedisa, Barcelona, 1992, en especial pp. 238 ss.

127 F. OST, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, I. Lifante Vidal (trad.), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169 ss.

128 Cfr. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La jurisprudencia como fuente: el recurso de casación para unificación de doctrina y la primacía del derecho comunitario (a propósito de una sts de 17 de diciembre de 1997)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 675 ss.

129 De interés, por una parte, A.M. GARCÍA CUADRADO, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho constitucional español”, *Revista General de Derecho*, núm. 548, 1990, pp. 3147 ss.; y por otra, F.J. DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 10, núm. 37, 2016, pp. 9 ss.

previamente deba decantar interpretativamente una determinada y última norma jurídica (que será la que finalmente se aplique), sino la forma o cómo lo hace en razón a su mayor grado de abstracción: de un lado, excluyendo cualquier elemento o factor escurio en la instrumentación digital de la norma jurídica (salvo que este hubiera sido dolosa o erróneamente incluido en su programación); y de otro, y a la par, siguiendo siempre un proceso informático-intelectual exclusivamente lógico o matemático (según se ha adelantado) de manera que el resultado de la evaluación jurídica de cualquier caso sea automática y perfectamente trasladable a otros iguales en el futuro. Así, a la IA le es indiferente resolver uno o miles de casos iguales a la vez, por cuanto que actúa de manera indeterminada a los distintos supuestos ante los que se enfrenta, al no considerar más aspectos que aquellos que son expresamente determinantes jurídicamente para la IA según el supuesto. Por supuesto que, al tiempo, quepa detectar respuestas erradas, e incluso otras más atinadas, de modo que la IA pueda luego, tras un proceso de re-aprendizaje, ofrecer nuevas y distintas evaluaciones jurídicas en un mismo caso (como de hecho sucede legítimamente a nivel jurisdiccional), pero siempre lo hará desde la más alta abstracción posible, de modo que en otra ocasión tal evaluación sea considerada, desde el propio momento presente (claro), como la óptima para futuros casos iguales. Con esto, además, los referidos principios de igualdad y arbitrariedad no sólo actúan como motor de un igual trato al respecto del funcionamiento de una IA, sino que también devendrían como efecto natural de un normal y adecuado funcionamiento de la misma (salvo que se observe algún sesgo en contrario u otro fallo de programación o entrenamiento, obviamente); y de ahí, precisamente, el interés positivo que para el Derecho público genera la utilización de las IA en procedimientos resolutivos, por cuanto que potencialmente más garantes de un trato igualitario a las personas.

Por tanto es que con la IA acaben por coincidir aplicación y normativización del Derecho; no en vano, la interpretación de una norma supone su concretización a la realidad que efectivamente regula¹³⁰: “la norma no es previa, no está dada al observador, sino que es el resultado de la observación; norma es la operación de selección de una solución aplicable a un caso, de entre varias posibles ofrecidas por el ordenamiento jurídico” (Serrano Moreno)¹³¹. Tal coincidencia en la realización de la norma, en su producción y aplicación, resulta pacíficamente admitida en la cultura jurídica anglosajona

130 Cf. K. HESSE, “La interpretación constitucional”, P. Cruz Villalón (trad.), en *Escritos de Derecho Constitucional*, 2.^a ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 63 ss.

131 J.L. SERRANO MORENO, *Sistemas jurídicos. Líneas básicas para una teoría general*, L.D. Ríos (ed.), Universidad Nacional del Litoral / Universidad de Granada, Buenos Aires, 2022, pp. 89-90.

al observarse el Derecho más como resolución de conflictos que como mera regulación de relaciones, pues en su realización confluyen producción y aplicación del Derecho y, con ello, la norma jurídica final. En cambio, y desde una mentalidad jurídica continental-europea, es cierto que se haya tendido a romper dicha confluencia distinguiendo entre aplicación y producción del Derecho, de modo que hayamos centrado en esta última las fuentes de este¹³²; y ello, además, desde la perspectiva cerrada del sistema de fuentes al amparo de constituciones normativas (tal como se ha advertido al comienzo de estas páginas). Asimismo, sin embargo, lo anterior, y con relación a la jurisprudencia de ciertos tribunales, es que se acabe reconociendo expresamente su naturaleza de fuente del Derecho (según lo adelantado también más arriba) dado el carácter eminentemente abstracto y nomofiláctico de la misma¹³³; y de este modo, entonces, que debamos entenderlo asimismo respecto a las IA que evalúan información conforme a Derecho, dada la total abstracción con la que deben funcionar o trabajar durante tal evaluación.

En contrapartida a lo anterior estaría la necesaria vigilancia jurídica sobre aquellas IA que, al servicio del poder público, hagan evaluaciones desde el Derecho. Y en este sentido, y al amparo de la PRIA, su consideración como IA de “alto riesgo” (art. 6.2 y Anexo III.5, 6, 7 y 8) de modo que estas estén llamadas no sólo a cumplir determinados y estrictos requisitos, sino a que sean evaluadas públicamente por terceros independientes a fin de comprobar dicho cumplimiento *ex ante*, además de someterse a otras obligaciones y controles a posteriori (Tít. III PRIA). Pero también, claro, el propio examen jurídico sobre cómo hayan funcionado efectivamente dichas IA¹³⁴, y ello con especial referencia a su alcance respecto a la interpretación de la norma jurídica que hagan al momento de realizar tales evaluaciones¹³⁵ y, en particular, su corrección jurídica¹³⁶. Otra

132 De interés, para una aproximación comparada, además de histórica, del sistema de fuentes francesas y alemán frente al inglés, véase A. ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas)*, J.L. Muñoz de Baena Simón, A. de Prada García y P. López Pietsch (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

133 P.e., S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (II. El ordenamiento jurídico)*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 114 ss.

134 Así, S. DE LA SIERRA MORÓN, “Inteligencia artificial y justicia administrativa. Una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020.

135 Además, equiparándose la IA al reglamento, dado que fuente de nivel inferior a la ley, y en consecuencia fuera del principio de imperio de la Ley (art. 117.1 CE), de modo que su control quede en manos de la jurisdicción ordinaria (conforme art. 6 LOPJ).

136 No en vano, “[e]l cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo

cosa será cómo quepa hacerse dicho control judicial a tenor del carácter técnico del funcionamiento de la IA, además de la dificultad que para explicar su funcionamiento se advierte en no pocos supuestos (como se ha comentado); y otra cosa es, también, que dichos controles previos de la IA que prevé la PRIA puedan llegar a compensar jurídica y preventivamente las dificultades de tal control jurídico y a posteriori, en tanto que garantizada inicialmente cierta confianza jurídica en el funcionamiento de la IA (al menos, con carácter *iuris tantum*). Con todo, y en su caso, es que el juez dependa ahora de expertos informáticos no ya para peritajes digitales del sistema informático en sentido estricto, cuando sea necesario (respecto al funcionamiento de la IA conforme sus algoritmos y entrenamiento), sino con relación al propio Derecho, en cuanto que interpretación y concreción de la misma norma jurídica (así, su racionamiento jurídico-digital).

Esto último nos lleva a una reflexión que excede de este trabajo, y es la preparación informática que deberían tener ya los juristas, en general¹³⁷, y los jueces y magistrados, en particular¹³⁸, en cuanto que juristas digitales ahora¹³⁹. No en vano, en poco tiempo el empleo intensivo de la IA en la actividad jurídica va a requerir tanto la condición de usuario de los juristas, como un conocimiento técnico-informático más profundo por estos; y es que los juristas están llamados a participar, junto a los informáticos, en el diseño, desarrollo, entrenamiento y pruebas de dichas IA, como en los propios equipos que luego hayan de desentrañar su ulterior funcionamiento. Además, y por otra parte, está el que el desarrollo y la explotación comercial de tales IA (las llamadas a evaluar cuestiones conforme a Derecho por los poderes públicos) se encuentra fundamentalmente en manos privadas y, por tanto, (según la referida condición de dichas IAs como fuentes del Derecho) que se plantea cierta privatización y externalización de estas, en cuanto que bajo impulso privado. Esto, en principio, se presentaría como una manifestación más de cómo el desarrollo tecnológico y digital está permitiendo o dando lugar a un traslado de actuaciones públicas al ámbito privado: así, externalizando la propia actividad y función pública, pero con la relevancia ahora que supone el referirnos al sistema de fuentes del Derecho, y al responder este no sólo a un esquema jurídico esencialmente

igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión”; K. HESSE, “La interpretación constitucional...” cit., p. 58.

137 Ya, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “La docencia del Derecho constitucional en la sociedad digital”, *Docencia y Derecho*, núm. 19, 2023.

138 P.e., A. SALOM LUCAS, “El derecho y la inteligencia artificial”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 3, 2021.

139 Y siguiendo así la estela que del *jurista tecnológico* nos propusiera ya V. FROSINI, en “El jurista en la sociedad tecnológica”, F.H. Llano Alonso (trad.), *Argumentos de Razón Técnica*, núm. 2, 1999, p. 241.

definido a nivel constitucional, sino al deber también a articularse de acuerdo a una cadena de legitimidad en la que sus eslabones conecten con el principio democrático (conforme lo señalado en la introducción). Y ello, ahora (entendemos), sin que en este caso pueda resolverse desde un mero reenvío de normas públicas a otras privadas, pues esto no se da realmente aquí; simplemente es que se está ante un supuesto de externalización (por lo menos del diseño) del proceso deductivo de la norma jurídica, de manera que esta, en su tramo final, queda en manos de un sistema informático de origen mayoritariamente privado¹⁴⁰.

Para terminar este apartado, cabría plantear cómo tales IA además de suponer retos para el Derecho, son también oportunidades para el mismo, dado que potenciales innovaciones al respecto de él: sin más, pensemos en una IA directamente diseñada y programada para evaluar conflictos entre normas jurídicas pertenecientes a ordenamientos diversos; y, con ello, no sólo resolviendo dichos conflictos, sino pudiendo llegar también a plantear nuevos modos de trazar las relaciones entre ordenamientos. Recuérdese que hoy las IA, aun tendiendo a la emulación de la inteligencia humana, acaban desarrollando estrategias y razonamientos lógicos propios, lo que bien puede dar lugar a nuevas maneras de plantear las relaciones entre ordenamientos jurídicos, la resolución de conflictos normativos o la propia forma crear o interpretar las normas jurídicas; o lo que es igual, llegar a plantearnos una “dogmática artificial” al impulso de la IA. Y es que, considerándose la doctrina jurídica por algunos como una fuente informal del Derecho¹⁴¹, bien cabría que dicha “dogmática artificial” acabara formando parte del propio Derecho. Naturalmente ello queda aún en el baúl del tiempo y de lo posible,

140 De ahí, claro, que quepa plantearse un problema de legitimidad democrática de la norma jurídica que acabe siendo realizada por una IA con ocasión de la evaluación de una cuestión conforme a Derecho por poderes públicos, y de la importancia, entonces, de una supervisión asimismo pública de la IA en su origen a tales efectos y en relación a su cadena de legitimidad (según se acaba de señalar al amparo del Tít. III PRIA); y es que no se trata únicamente de que el poder público deba asumir jurídicamente la evaluación que haga la IA como propia, y ello también a efectos de su responsabilidad, sino de que, conforme al principio de legalidad, la actuación de los poderes públicos siempre ha de guiarse por normas jurídico-públicas (al menos indirectamente, por cuanto que acabe, según lo referido más arriba, remisiones a normas privadas). En consecuencia, los controles públicos sobre tales IAs deben de intensificarse no solo a fin de las debidas garantías jurídicas de la conformidad a Derecho de su funcionamiento, sino para reconducir todo lo posible el principio democrático a ese momento inicial (de diseño, desarrollo y entrenamiento) de la IA en manos de privados.

141 De interés, véase A.J. LLEONART AMSÉLEM, “La doctrina científica, ¿es fuente de Derecho?: referencia básica al Derecho internacional”, en AA.VV. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo (V)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 363 ss.

pero no por ello en un futuro necesariamente distópico, pues dependerá de nuestra oportuna y adecuada intervención como constitucionalistas responsables tanto en su potencial desarrollo informático, como de su ulterior uso instrumental en nuestra labor científico-jurídica.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha visto, estamos ante un presente jurídico cambiante e inestable dados los cambios sociales, técnicos y jurídicos que ya se han producido, y los que están por llegar a la sombra del progreso de la tecnología digital, en general, y de la IA, en particular; cambios, por lo demás, que no estamos en condiciones enteramente de prever, por más que proyectemos una visión prospectiva al respecto¹⁴². Ello, obviamente, afecta ya a la seguridad jurídica en cuanto que elemento principal y básico del Derecho moderno, y, por tanto, a la propia construcción de nuestros contemporáneos ordenamientos constitucionales; de “final de una época dorada”, incluso, llega a hablar Balaguer Callejón¹⁴³. Con todo, y apelando a la referida condición de constitucionalistas responsables y comprometidos que somos (como hemos hecho más arriba) es que quepa (o mejor debamos) someter dicho progreso de la IA a una constante monitorización constitucional a fin de ir advirtiendo los retos y las dificultades que aquella vaya dando lugar en todo momento; una labor ardua y pesada (por lo demás, ante su constante aceleración) pero necesaria, si no queremos amanecer un día ante un futuro distópico por más que algún que otro elemento de distopía se advierta en el presente¹⁴⁴; pero apelación también a nuestro compromiso constitucional sobre nuestro propio futuro y el de las generaciones venideras¹⁴⁵, de modo que tal progreso de la IA pueda responder asimismo a valores construidos democráticamente en torno a la dignidad de la persona; una labor igualmente espinosa, pero distinta a la anterior, pues requiere ahora de altas dosis de imaginación sobre cómo guiar el desarrollo de la IA respecto a su potencial impacto. En esa labor, precisamente, se deben enmarcar estas páginas de reflexión crítica, con las que hemos querido señalar, al menos, los nuevos nodos que al sistema constitucional se le abren, se le pueden abrir y se le deberían abrir con relación al progreso digital, tanto

142 P.e., A. TRONCOSO, “Inteligencia Artificial: Pasado, presente y futuro”, *Encuentros Multidisciplinares*, vol. 24, núm. 70, 2022, pp. 6 ss.

143 Cf. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo...* cit., pp. 165 ss.

144 J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional...” cit., pp. 410 ss.

145 Así, G. PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Mondadori, Milano, 2022.

para su ulterior diagnóstico jurídico, como para una prescripción normativa con la que encauzar dicho progreso. Una reflexión crítica, así, con la que contrarrestar el relato de un futuro digital bajo el dominio de ciertas empresas globales en vez de las personas, cuando son estas las auténticas protagonistas de los valores constitucionales que aún perviven en nuestros maltrechos sistemas constitucionales. Por ello es tan trascendente el impacto de la IA en las fuentes del Derecho, pues de lo que se trata no es solo de cómo hoy la IA incide en el Derecho, sino de cómo el Derecho debiera incidir en aquella para de este modo garantizar cierto control democrático del devenir disruptivo de la IA.

Resumen

El presente trabajo reflexiona sobre la incidencia constitucional de la inteligencia artificial en el sistema de fuentes del Derecho, dada su disposición para asumir y catalizar jurídicamente los cambios que se dan en la realidad en cada momento histórico. A estos efectos se aborda cuáles son las fuentes con las que se está regulando la inteligencia artificial; asimismo, cómo repercute la inteligencia artificial en tales fuentes al desarrollar precisamente tal regulación; y finalmente, hasta qué punto cabe considerar la inteligencia artificial como fuente del Derecho.

Palabras claves

Inteligencia artificial, Derecho constitucional, fuentes del Derecho.

Abstract

This paper reflects on the constitutional incidence of Artificial Intelligence in the system of the sources of Law, given its willingness to legally assume and catalyse the changes of reality at each historical moment. In this perspective, the paper analyses the sources that regulate Artificial Intelligence; likewise, it is about how Artificial Intelligence affects such sources when developing its regulation; and finally, if Artificial Intelligence can be considered as a source of Law.

Key words

Artificial Intelligence, Constitutional Law, Sources of Law.

Recibido: 3 de abril de 2023

Aceptado: 15 de junio de 2023

Perfiles/Noticias



LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO¹

Entrevista a Francisco Balaguer Callejón por Alberto Randazzo

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional. Catedrático Jean Monnet ad personam. Universidad de Granada

ALBERTO RANDAZZO

*Profesor Titular de Instituciones de Derecho Público
Universidad de Mesina*

SUMARIO:

- I. El papel del jurista y la importancia del Derecho en la actualidad
- II. Derecho e Internet
- III. Constitución
- IV. Populismo
- V. Globalización

I. EL PAPEL DEL JURISTA Y LA IMPORTANCIA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

Querido profesor, para comenzar nuestra charla, le pregunto ¿cuál es (o debería ser), a su juicio, el papel de los juristas (y, en concreto, de los constitucionalistas) en esta compleja etapa histórica?

Desde mi punto de vista, deben realizar la misma función que les ha correspondido siempre: favorecer la solución pacífica de los conflictos sociales y el desarrollo civilizatorio de las sociedades. Esta función se realiza en el siglo XXI en circunstancias cada vez más difíciles debido a las condiciones de la globalización y a las grandes transformaciones que la sociedad tecnológica está generando.

¹ Francisco Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022 (segunda edición, 2023). Versión portuguesa: *A constituição do algoritmo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2023. Versión italiana en preparación.

¿Cuál es el contexto en el que opera hoy el jurista?

El jurista, y específicamente el constitucionalista, trabaja hoy en un entorno hostil porque los grandes factores de legitimación de nuestro tiempo son la economía y la tecnología y, por primera vez en el mundo moderno, ya no caminan de la mano con el constitucionalismo sino que, por diversas razones (entre las que la dimensión estatal de las constituciones, frente a agentes que son globales, destaca de manera relevante) ahora se manifiestan como factores autónomos, y en parte contradictorios con el constitucionalismo y con el mundo jurídico en general. La economía y la tecnología se muestran como dotadas de una racionalidad propia, que ahora pretende imponerse sobre cualquier ámbito de la vida y también sobre el mundo jurídico.

En su opinión, ¿somos conscientes de la importancia del Derecho y de su carácter esencial para la convivencia?

Las grandes crisis del siglo XXI se han situado fuera del contexto cultural del Derecho y, por tanto, fuera de los instrumentos conceptuales con los que hemos trabajado siempre juristas y constitucionalistas. A esa dificultad debemos sobreponernos, haciendo ver a la sociedad la importancia del Derecho y la imposibilidad de dar respuesta a las necesidades de nuestro tiempo sin instrumentos jurídicos. Yo se lo explico siempre a mis alumnos en el primer día de clase: hacen falta ingenieros para construir puentes o autopistas, pero detrás del trabajo de los ingenieros hay una planificación urbanística regida por el Derecho, unas condiciones de contratación sometidas al Derecho, unas valoraciones de impacto ambiental articuladas a través del Derecho y muchas otras regulaciones jurídicas sin las que esos puentes o esas autovías no se podrían construir.

II. DERECHO E INTERNET

En este tiempo, ¿cuál es el rol de las redes sociales en el espacio público?

De momento, estamos asistiendo a una configuración muy negativa de los procesos comunicativos y del espacio público, a través de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet desarrolladas por las grandes compañías tecnológicas. El motivo es que esas compañías tecnológicas tienen unos intereses económicos y un modelo de negocio que es incompatible con las condiciones de la democracia pluralista y con la configuración de un espacio público en el que se genere un debate

productivo y respetuoso con los derechos fundamentales, orientado a la formación de una opinión pública informada y reflexiva. El modelo de negocio de esas compañías tecnológicas está basado en la publicidad (Facebook, por ejemplo, obtiene de la publicidad el 98% de sus ingresos) y necesitan atraer la atención del público para mantener ese modelo de negocio. Por eso, programan sus algoritmos para favorecer los discursos más radicales, porque así promueven la discusión y el enfrentamiento y, con ello, el incremento de la utilización por parte del público de sus aplicaciones.

Usted no niega que Internet (Web 2.0) pueda tener algunos aspectos positivos para la democracia, pero señala que hasta ahora los negativos parecen haber sido mayores. ¿Cómo invertir el curso?

Habría que desandar el camino que se comenzó a andar con Facebook y otras aplicaciones de Internet cuando, frente al modelo abierto de la Web 2.0, se crearon aplicaciones cerradas en las que se generan entornos jerarquizados a través de algoritmos que son controlados por las grandes compañías tecnológicas. Habría que romper la estructura cerrada de las aplicaciones y hacerlas intercomunicables, como ocurre con el uso de la telefonía, la mensajería telefónica o el correo electrónico. Cualquier persona puede enviar un mensaje de *email*, a través de una aplicación específica de una compañía, que llega mediante un protocolo común a cualquier otra persona que utiliza otra aplicación de otra compañía. Lo mismo ocurre con la comunicación telefónica mediante voz o mediante mensajes de texto. La comparación entre estos últimos y aplicaciones como WhatsApp o Telegram nos define ya la diferencia entre los primeros desarrollos de Internet, que eran abiertos, y estos últimos que son totalmente cerrados. Debo aclarar que he defendido esta solución desde que publiqué en 2021, precisamente en Italia, un trabajo sobre los nuevos mediadores de la era digital, que después sería publicado en inglés a principios de 2022, entre otros idiomas. Posteriormente he visto que este planteamiento ha sido defendido por personalidades relevantes del mundo tecnológico (que, naturalmente, no han leído mis trabajos) lo que me hace pensar que no es una propuesta técnicamente irrealizable.

También haciendo una comparación con los medios de comunicación “tradicionales”, ¿cuál es el impacto de los “mediadores digitales”, como usted los define, en la libertad de expresión (que se ha convertido en un “producto comercial”) que, como sabemos, es la base de los sistemas democráticos? Como usted señala, los únicos intereses que tienen estos intermediarios son de carácter económico, ya que no tienen ningún interés por la democracia (ni a favor ni en contra). Sin embargo, tienen

un efecto obvio sobre ella ¿Cómo se puede luchar entonces contra la supremacía del poder económico sobre el político, que socava la democracia?

Esta es una cuestión que nos causa gran perplejidad. Estábamos acostumbrados a medios de comunicación con líneas ideológicas más o menos definidas, que obtenían sus ingresos por la correspondencia de esas líneas editoriales con determinados sectores sociales que los sustentaban directa o indirectamente. Se vendían periódicos o se obtenía audiencia en la radio y en las televisiones, en función de esa capacidad de los medios para conectar con sectores concretos de la opinión pública. A esos ingresos se unían los de la publicidad, derivada igualmente del acceso al público al que llegaban estos medios. Pero los medios de comunicación se han debilitado mucho en los últimos años, porque gran parte de su audiencia y de los mercados publicitarios han sido reemplazados en gran medida por las redes sociales, los nuevos mediadores de los procesos comunicativos. Estos mediadores no siguen una línea ideológica definida, ni tienen interés alguno en contribuir al debate democrático. No les interesa la democracia, entre otras cosas porque están presentes en Estados de todo tipo, incluidos muchos que no son democráticos. Como máximo, aspiran a bloquear la política estatal para evitar que se les controle. El problema no es tanto de supremacía del poder económico sobre el político, porque estas compañías no actúan con las claves de los poderes económicos tradicionales que quieren influir en la política y condicionarla. Más bien, se podría decir que lo que quieren hacer estas compañías con la política es bloquearla o inutilizarla.

... y, entonces, ¿cuáles son los aspectos más destacados de la transición de los medios de comunicación tradicionales a los nuevos intermediarios digitales?

A diferencia de los medios de comunicación tradicionales, los nuevos mediadores desarrollan auténticos ecosistemas, que representan prácticamente a la totalidad del público que participa en los procesos comunicativos. La transformación es enorme porque en esos ecosistemas hay que dar voz no a un sector concreto, como los que representan los medios de comunicación tradicionales, sino al conjunto de los usuarios. ¿Cómo lo hacen? A través de los algoritmos. Vertebran la comunicación de una manera perversa, porque sus algoritmos impiden que los usuarios tengan una visión completa del mundo (como tenían y tienen los lectores de prensa impresa, por ejemplo) al ofrecer una información desagregada y orientada exclusivamente a retroalimentar las preferencias ideológicas de los usuarios de redes sociales. Como dice Pariser, encierran a la gente en burbujas, en las que solamente reciben las informaciones y las opiniones congruentes con sus propios planteamientos previos. De

ese modo, fragmentan artificialmente el espacio público y contribuyen a radicalizar cada vez más a los distintos sectores sociales. La diferencia entre los medios de comunicación tradicionales y los nuevos mediadores digitales consiste en que los primeros abrían el espacio público al debate reflexivo, construirían puentes entre los diversos sectores sociales, favoreciendo así consensos políticos y constitucionales. Los segundos, por el contrario, construyen muros, cierran el espacio público y generan una diversidad de espacios privados en los que las personas se aíslan y se radicalizan, dificultando así los consensos políticos y constitucionales.

En su opinión, ¿cuál es la forma de frenar las fake news y, por tanto, de defenderte de la información manipulada que atenta contra la libertad de autodeterminación? ¿No cree que la cultura puede ser uno (quizás el principal) de los anticuerpos contra la enfermedad de la desinformación, una de las herramientas de las que los usuarios se pueden valer para promover la libertad de expresión?

Por supuesto, la cultura en general y la educación digital en particular, son elementos fundamentales para combatir la desinformación y las *fake news*. Desde luego, pueden operar como anticuerpos muy eficaces en relación con estos y con otros problemas que tenemos actualmente con el mundo digital. Estos problemas se amplifican debido al desconocimiento o al conocimiento superficial de la realidad digital. Para resolver o para controlar un problema (a veces, resolverlos no es posible, pero sí reducir su impacto) es muy importante que conozcamos sus causas, sus dimensiones y su naturaleza. Esto es algo que no ocurre en relación con el mundo digital. Tendemos a ver los desarrollos tecnológicos como si fueran algo natural, como un producto de consumo más, como si no hubiera alternativa a su configuración actual. Lo mismo ocurre con la desinformación. Parece algo dado, contra lo que no se puede luchar.

¿De quién es la responsabilidad principal de la desinformación?

Las compañías tecnológicas también contribuyen a generar esa confusión sobre la naturaleza de la desinformación, al dar la impresión de que no son responsables, de que simplemente gestionan plataformas estáticas que funcionan como una pizarra en la que cada uno apunta lo que quiere. Pero no es así, no son plataformas estáticas lo que ellas gestionan. Son aplicaciones dinámicas, organizadas jerárquicamente a través de algoritmos, y esos algoritmos están orientados a la desinformación para generar mayor atención del público. Dice S. Zuboff que, para estas compañías, los datos buenos y los malos son iguales, y que pedir a estas compañías que renuncien a los datos malos (a las *fake news*) es como pedirle a un minero que deje de extraer car-

bón para no ensuciarse las manos. Pero, en realidad, es algo peor que lo que dice esta autora: las compañías tecnológicas prefieren los datos malos, porque con ellos obtienen mayores beneficios y por ese motivo orientan sus algoritmos a promocionar las *fake news*. Al menos en lo que a Facebook se refiere, está demostrado que es así.

No hay duda de que Internet puede promover el conocimiento, pero si (y cuando) se distorsiona la información parece que estamos en un círculo vicioso del que es difícil salir. ¿Qué opina, dado que –como señala– sigue existiendo una diferencia entre una actitud “activa” y “pasiva” respecto de la información?

Esta es una de las diferencias entre el contexto de los medios de comunicación tradicionales y los nuevos entornos digitales donde se desarrollan derechos tan importantes para una sociedad democrática como la libertad de información y la libertad de expresión. La actitud de quien se informaba y se sigue informando a través de los medios de comunicación tradicionales es activa, de búsqueda de la información, procesada después de una manera generalmente crítica y reflexiva, especialmente si se trata de información que se obtiene a través de los periódicos. Quienes reciben la información en los nuevos entornos digitales lo hacen de manera pasiva lo que, junto con otros factores que condicionan los procesos comunicativos, favorece su percepción acrítica e irreflexiva.

¿Qué caracteriza entonces los procesos de comunicación de los «entornos digitales», incidiendo en la actitud «activa» o «pasiva» del usuario frente a la información?

Hay varias características que son importantes para comprender, que no estamos hablando de diferencias en las cualidades personales o psicológicas cuando distinguimos entre una actitud activa o pasiva ante la información, sino de diferencias estructurales que tienen que ver con la manera en que se conforman los procesos comunicativos en los entornos digitales:

A la primera de ellas hemos hecho ya referencia en esta entrevista. En los entornos digitales se dan unas condiciones de quasi monopolio en las aplicaciones de Internet y redes sociales, que tienen mayor difusión. Estas aplicaciones llegan tendencialmente a la totalidad del público, sin las distinciones ideológicas que, en general, agrupan al público de los medios de comunicación tradicionales. Esta dimensión global de los entornos digitales obliga a distribuir la información mediante algoritmos, que la procesan de acuerdo con las preferencias personales que se derivan del perfil de cada usuario, creando el efecto burbuja, la fragmentación y la radicali-

zación de los usuarios, que tan dañina es para un espacio público democrático. En los entornos digitales se retroalimenta la previa visión del mundo que tienen los usuarios, limitando y empobreciendo su percepción de la realidad a una determinada orientación.

En los entornos digitales la información se recibe desagregada, a diferencia de lo que ocurre con los medios de información tradicionales. Si uno lee un periódico impreso por ejemplo (o si ve un noticario televisivo) se ve obligado a pasar por información que quizás no le interesa, pero que es importante para tener una visión global del mundo: noticias culturales o internacionales, por ejemplo. Esas noticias no llegan a los usuarios de los entornos digitales salvo que hayan manifestado previamente un interés por estas temáticas. De ese modo, no sólo se retroalimenta su previa visión del mundo, sino que se limita su alcance, contribuyendo a empobrecerla no ya en su orientación sino en su amplitud.

En los ecosistemas digitales la información se recibe en un entorno personal, no solo de manera pasiva, sino también relativamente íntima, lo que potencia el impacto de las *fake news*, porque reduce las defensas de las personas que la reciben. De hecho, la información es difícil de diferenciar de otras actividades que se realizan en esos ecosistemas: enviar fotos a amigos, recibir vídeos de amigos, expresar opiniones sobre cuestiones personales, etc. El formato del entorno digital es contradictorio con el ejercicio de un proceso reflexivo y crítico como el que se realiza en relación con la información que procede de los medios de comunicación tradicionales.

Hay otras diferencias, pero estas tres que he señalado evidencian ya las dificultades que plantean los nuevos procesos comunicativos, para el ejercicio de derechos constitucionales, tan importantes para una democracia pluralista como la libertad de información y la libertad de expresión.

¿Cuál es la importancia del tiempo en los procesos de comunicación?

El tiempo es fundamental en los procesos comunicativos. Basta algún ejemplo para comprender las transformaciones que hemos experimentado en los últimos años. Si yo envío una carta a alguien (algo que no he hecho desde hace muchos años) y tengo en cuenta el proceso normal que dura su recepción, no esperaré una respuesta de esa persona hasta que pase una semana. El tiempo de la comunicación es amplio y hay tiempo también para pensar lo que se escribe y lo que se responde. Si, por el contrario, yo envío un *email*, aun sabiendo que normalmente se recibe a los pocos segundos, también puedo gestionar el tiempo de una manera más flexible porque entiendo que su destinatario puede no haberlo recibido o no haberlo leído. Incluso si lo hubiera leído y me consta (porque haya una confirmación de recepción)

comprendo que quizás no tenga tiempo para contestar de manera inmediata. Si, por el contrario, recibo un mensaje a través de aplicaciones de Internet, tipo WhatsApp, por ejemplo, la confirmación de la recepción es ya una señal convencional para que la otra persona responda, porque la forma en que se ha construido esta aplicación es equivalente a una conversación telefónica. De tal manera que se suele considerar tan descortés no contestar inmediatamente al mensaje, como si no se contestara a una pregunta que te hacen a través de una conversación telefónica. No queremos una respuesta para dentro de una hora o de un día, queremos una respuesta inmediata. Esto ocurre, en general, con la interacción en las redes sociales. El tiempo de respuesta es una parte del problema. Hasta tal punto, de que se ha pensado en establecer retardos en la posibilidad de respuesta en algunas aplicaciones, para evitar que la presión para obtener una contestación rápida dé lugar a respuestas irreflexivas y, a veces, agresivas.

¿Qué opina del valor del tiempo para el Derecho constitucional en una etapa histórica en la que las tecnologías han acelerado todos los procesos democráticos? Como bien señala, la visión del tiempo cambia sustancialmente y los procesos políticos han terminado por contaminarse de esa percepción del tiempo, contribuyendo a que la política se configure igualmente con un dinamismo excesivo en el que las agendas y las temáticas vienen condicionadas por los procesos comunicativos que se desarrollan en las redes sociales y en las aplicaciones de Internet.

Esta nueva percepción cultural del tiempo propia de las aplicaciones de Internet y las redes sociales se traslada a otros ámbitos. Cuando antes queríamos una respuesta legislativa a un problema político sabíamos que iba a ser lenta. Incluso sabíamos que su entrada en vigor y su aplicación sería lenta. Una de las finalidades de la *vacatio legis* era justamente hacer posible que las normas fueran conocidas antes de entrar en vigor, porque los boletines donde se publicaban oficialmente esas normas tardaban varios días en llegar a algunas partes del territorio. Hoy, las normas se publican oficialmente a través de Internet y pueden ser conocidas inmediatamente desde cualquier parte del territorio de un país. El mundo virtual va mucho más rápido que el físico en todo, y nuestra percepción del tiempo está condicionada por esa nueva realidad virtual. Esto afecta también a los procesos políticos: nadie quiere una respuesta para mañana o para dentro de un mes a un problema político que se plantea hoy. Se quiere una respuesta lo más inmediata posible. Esta nueva percepción cultural del tiempo dificulta la relación entre los procesos políticos y los procesos comunicativos. Es cada vez más difícil que los procesos políticos puedan afrontar este dinamismo de los procesos comunicativos, esta exigencia de rapidez y

celeridad. Esa dificultad contribuye a deslegitimar los procesos políticos, a convertirlos cada vez más en irreflexivos e irracionales y a promover las tendencias populistas que siempre tienen respuestas rápidas para todo, aunque esas respuestas sean falsas o inadecuadas.

¿Cuáles son las ventajas más significativas de Internet y de las nuevas tecnologías?

Son muchas. En realidad, Internet y las nuevas tecnologías están contribuyendo en muchos ámbitos al desarrollo de los derechos fundamentales y también de la democracia. Por ejemplo, se han utilizado para promover la participación popular en procesos legislativos o constituyentes. En general, las nuevas tecnologías aportan muchas cosas positivas. Los procesos comunicativos a nivel global han experimentando un impulso importante, que ha hecho más llevaderas situaciones de aislamiento como las de la crisis sanitaria. La tecnología ha hecho posible el desarrollo de vacunas con una rapidez desconocida hasta ahora, contribuyendo así a salvar la vida y a preservar la salud de miles de millones de personas. Yo no estoy en contra de Internet ni de las nuevas tecnologías. Mi preocupación no es por el desarrollo tecnológico, sino por el impacto negativo de la configuración de algunas aplicaciones de Internet en los derechos fundamentales y en la democracia. Un impacto negativo que tiene que ver con el modelo de negocio de las grandes compañías tecnológicas. Eso se puede corregir, claro que sí. Hay que buscar un equilibrio que haga económicamente viables a estas compañías, pero, al mismo tiempo, no deje en sus manos la configuración de los procesos comunicativos y del espacio público. Lo que es público debe pertenecer a la sociedad, no puede ser privatizado y monopolizado por las compañías tecnológicas ni se les puede dar, como se ha hecho hasta ahora, una libertad de configuración total.

Cuando dice que la verdad en su conjunto se puede obtener si cada uno pone a disposición de los demás su propio “pedazo” de verdad, como en un rompecabezas, ¿en qué está pensando? En otras palabras, ¿cómo podemos actuar concretamente para reconstruir el “espejo” (según la metáfora que usa)? ¿El camino es el de la democracia representativa? Sin embargo, si este es el caso, este camino se ve socavado por las nuevas tecnologías y los impulsos populistas.

Esta idea procede de un proverbio árabe, según el cual la verdad era un espejo que cayó del cielo y se fragmentó en pedazos, de manera que cada uno de nosotros tiene ahora uno de esos pedazos y, para conocer la verdad, tenemos que poner en común todos esos pedazos. Ese proverbio es una metáfora muy útil para compren-

der la naturaleza de la democracia pluralista: en la democracia pluralista no hay nunca enemigos porque todos nos necesitamos, unos a otros, para construir una verdad común. Incluso los fragmentos de verdad que no nos gustan, con los que no estamos de acuerdo, son necesarios para comprender el mundo, para entender la realidad, para conocer la verdad. La verdad no es un producto, sino que, al igual que la democracia, es un proceso, el resultado de una obra colectiva en la que todos somos imprescindibles. La vía es la democracia pluralista, que por diversos motivos que fueron señalados ya por Kelsen hace poco más de un siglo, es esencialmente democracia representativa en el mundo moderno. Lo que no impide que la democracia representativa se pueda completar con mecanismos de democracia directa.

¿Qué contribución han realizado las nuevas tecnologías a la democracia?

Las nuevas tecnologías no han provocado, por sí mismas, la crisis de la democracia representativa. En realidad, las nuevas tecnologías, a partir de la Web 2.0, proporcionaron instrumentos de participación popular que podrían combinarse perfectamente con la democracia representativa. El problema es que las grandes compañías tecnológicas han frenado ese proceso de democratización, que procedía del desarrollo tecnológico, al crear aplicaciones cerradas y jerarquizadas, que han terminado monopolizando los procesos comunicativos y el espacio público. Estas aplicaciones promueven, mediante sus algoritmos, los movimientos populistas y, en general, las tendencias más radicales y antidemocráticas, para generar más atención del público y obtener mayores beneficios publicitarios, ya que esos beneficios están mediatizados por el grado de interacción que tienen sus aplicaciones. En lugar de favorecer procesos de construcción de una verdad colectiva, mediante la puesta en común de esos fragmentos de verdad, que habíamos visto en la metáfora antes mencionada, estas compañías contribuyen a destruir una percepción social compartida de la realidad, debido a la forma en que configuran sus algoritmos.

¿Qué espacio hay para la democracia representativa frente a la democracia digital (cómo se combinan las dos)?

En realidad, no hay una confrontación entre democracia representativa y democracia digital. La democracia representativa tiene también una vertiente digital. Pensemos, por ejemplo, en la informatización de los procesos electorales y en el voto electrónico. En un país enorme como Brasil, con más de doscientos millones de habitantes, en las últimas elecciones presidenciales pudimos conocer el resultado electoral en unas tres horas. Un país como Estados Unidos podría aprender de este sistema informático, para agilizar sus procesos electorales y evitar la inestabilidad que se produjo en las últimas elecciones presidenciales en relación con su resultado.

La contraposición real es entre democracia representativa y una pretensión de democracia directa total, que quiere utilizar los procesos de consulta popular (facilitados eso sí, por medio del desarrollo tecnológico) para deslegitimar e incluso romper la democracia constitucional.

¿Qué piensa de la democracia directa?

La democracia directa total no es auténtica democracia, porque la democracia se basa en una articulación armónica entre la preferencia a la mayoría y el respeto a los derechos de las minorías. La democracia directa, entendida como una permanente consulta popular, parte de una formulación previa a la democracia constitucional, plantea el referéndum como un acto de soberanía en el que la mayoría lo decide todo, aunque sea por un voto de diferencia. Esto es aberrante, supone un retroceso civilizatorio frente al Estado constitucional, que se ha construido sobre la idea de democracia constitucional y la imposibilidad de admitir actos de soberanía dentro del orden constitucional. Los actos de soberanía solo son posibles en el momento constituyente, cuando todos los sectores del pueblo establecen un marco de convivencia común. Ese marco de convivencia no se puede romper por medio de un referéndum, por ejemplo.

Usted habla de “constitución del algoritmo”, indicando con esta expresión la oportunidad de “constitucionalizar el algoritmo y digitalizar la constitución”. ¿Cómo hacer? ¿Puede explicar lo que quiere decir?

Creo que lo que más aporta la idea de “constitución del algoritmo” al debate sobre la sociedad digital, la nueva realidad virtual y la superación de la “constitución analógica”, es una metodología propia. Una metodología para comprender la nueva realidad digital, que es sustancialmente diferente a la física, porque esta última sigue bajo el ámbito de acción del Estado y está sometida al Derecho público (y se mantiene, por tanto, dentro del marco definido por la constitución nacional). Por el contrario, la realidad virtual es global, y está gestionada por grandes compañías tecnológicas que actúan dentro del marco del Derecho privado y, por tanto, fuera del sistema de fuentes del Derecho estatal y constitucional. Comprender la distinta naturaleza de esas dos realidades es fundamental para entender los problemas que plantea el mundo virtual y plantear cómo podemos resolverlos. En gran medida, esos problemas tienen sus causas en el modelo de negocio de grandes agentes globales y sus efectos o consecuencias dentro del Estado. Eso hace que nosotros tengamos un campo de actuación limitado, porque generalmente vamos a poder operar sobre los efectos y no sobre las causas.

¿Qué nos enseña esta metodología en particular y qué nos sugiere?

Esa nueva metodología de la constitución del algoritmo nos permite comprender algunas cosas esenciales sobre la nueva realidad virtual. Ante todo, que esa nueva realidad virtual no refleja la realidad física, de tal manera que el mundo jurídico y, en particular, el mundo constitucional, no tiene una proyección igual en el mundo virtual que en el físico, no por la naturaleza tecnológica del mundo virtual, sino por los intereses de los grandes agentes globales que lo están diseñando y configurando a la medida de su modelo de negocio. A partir de ahí, es importante comprender que, en un proceso dialéctico, como el que se está produciendo entre la constitución nacional y la ordenación global del mundo virtual, no es posible pensar en que una de las dos partes se imponga sin transformarse. Por tanto, la metodología de la constitución del algoritmo nos dice que tenemos que constitucionalizar el algoritmo, intervenir en el mundo digital para hacerlo compatible con los principios y valores constitucionales. Pero, al mismo tiempo, nos dice que tenemos que digitalizar la constitución para que pueda adaptarse a los nuevos desafíos que se plantean en el mundo virtual.

III. CONSTITUCIÓN

Usted habla de un deterioro de la constitución frente a la economía y la tecnología.

Hay una cuestión general de distanciamiento de tres legitimidades que iban unidas en el mundo moderno y que se han disociado en el siglo XXI: la legitimidad económica, la científica y la constitucional. El constitucionalismo integraba también a las otras dos legitimidades, en la medida en que las tres eran expresión de la razón, y en las tres se podían encontrar un fundamento común a través del concepto de ley: las leyes económicas, las leyes científicas y la constitución como ley política. Con las sucesivas crisis del constitucionalismo en el siglo XXI hemos podido ver como la legitimidad científica y la tecnológica se plantean ahora como autosuficientes y contrapuestas, en cierta medida, a la constitución nacional. Lo vimos en la crisis financiera de 2008, con la imposición de una “interpretación económica de la constitución” que superaba con mucho la idea de constitución económica y pretendía ordenar toda la realidad constitucional a través de la economía. Lo vimos en la crisis democrática provocada por las grandes compañías tecnológicas y que tuvo su primera manifestación en 2016 con su intervención en el referéndum sobre el Brexit y en las elecciones presidenciales norteamericanas.

Usted señala que hoy la Constitución regula una parte de la realidad que ya prácticamente no existe, pero no regula la realidad que se ha impuesto y que configura un nuevo tipo de sociedad que vive en un mundo digital. ¿Podemos decir que, al menos en estos aspectos, la Constitución está desfasada, apareciendo al menos en parte desligada de la realidad?

En el marco del deterioro general de la constitución frente a la economía y la tecnología, está la cuestión más específica del fuerte desarrollo del mundo virtual, que se ha incrementado extraordinariamente a partir de la crisis sanitaria. Ese mundo virtual ocupa ya una parte muy importante de la realidad y hay una gran parte de la sociedad que pasa mucho tiempo de su vida en ese mundo virtual. La constitución no es ajena a ese mundo virtual, pero sigue regulando un mundo físico que se ha reducido mucho. La constitución se forjó en un mundo analógico y, como bien dice el Profesor Sánchez Barrilao, la revolución tecnológica ha transformado en gran medida su objeto. No hay más que pensar en preceptos constitucionales tales como los que regulan el secreto de las comunicaciones (postales, por ejemplo) o la protección de la intimidad, para darse cuenta de que su eficacia es hoy muy reducida y no sirve para afrontar las lesiones masivas de derechos que se están produciendo en el mundo virtual. No sirve porque esas lesiones no son jurídicamente tales en la medida en que están sometidas al Derecho privado, a través de contratos en los que los usuarios de las aplicaciones de Internet aceptan que sus datos sean recolectados, a través de sus conversaciones privadas captadas por altavoces inteligentes o teléfonos, o por medio de cualquier otra actividad en Internet: correo electrónico, lectura de prensa, búsquedas, etc. Estamos viviendo en un mundo híbrido en el que, en distinta proporción dependiendo de cada persona, se combina una realidad virtual y una realidad física. La constitución debería regular no solamente la realidad física menguante, como hace ahora, sino también la realidad virtual creciente.

Si, como usted señala, el sujeto de los derechos se convierte cada vez más en objeto, ¿hay lugar para una Constitución como la italiana que se basa en el principio personalista?

Este es otro de los problemas derivados de las transformaciones que están generando la globalización y la sociedad digital en los sistemas constitucionales nacionales y, en particular, en los derechos constitucionales. Por un lado, el sujeto de los derechos está cambiando con la globalización. Algunos de los derechos constitucionales se canalizan a través de los derechos que más relación tienen con el movimiento económico derivado de la globalización, en particular, los derechos de

los consumidores y usuarios. Cuando no encuentran una vía de protección en la constitución nacional, se garantizan, en la medida en que es necesario para la seguridad del tráfico económico, a través de los derechos de los consumidores. Se desplaza así el centro de gravedad de los derechos, como bien dice Augusto Aguilar, del ciudadano al consumidor. Pero, al mismo tiempo, esos derechos pierden la conexión con su fundamentación constitucional, basada en la dignidad de la persona, porque se configuran ahora como derechos instrumentales, accesorios a las necesidades del mercado en el contexto de la globalización. En la sociedad digital se avanza todavía más porque el derecho que canaliza a otros derechos es el derecho a la protección de datos. Pero, el problema es que ya no se trata solo de que el sujeto de los derechos se transforme, sino que se convierte en objeto, en la medida en que los datos son objeto del comercio en la sociedad digital. Para el constitucionalismo esto supone un retroceso importante porque transforma la estructura de los derechos y su significado, convirtiéndoles en derechos instrumentales a la seguridad del tráfico económico en el contexto de la globalización. Naturalmente, hay que revertir este proceso porque afecta a las constituciones nacionales, como la Constitución italiana, pero también a lo que esas constituciones suponen para el desarrollo civilizatorio que el constitucionalismo incorpora.

Usted observa que sin respeto a los derechos fundamentales no puede haber democracia, pero añade que las empresas tecnológicas están causando un daño enorme y que el Estado parece ser sólo un “spectador” de estos procesos. En su opinión, ¿qué podría (o debería) hacer el Estado?

El daño que las compañías tecnológicas están haciendo a los derechos es enorme, porque afecta masivamente a un amplio número de derechos constitucionales: desde la intimidad a la libertad de información, pasando por los derechos políticos. No podemos olvidar que compañías como Facebook han intervenido en procesos electorales a través de sus aplicaciones, mediante propaganda subliminal, consiguiendo alterar el resultado previsible de las elecciones. Esto es algo que no tiene precedentes. Los Estados tienen mucho que decir y hacer para preservar sus sistemas constitucionales, la democracia y los derechos de los ciudadanos. Hay un amplio abanico de medidas que se pueden poner en marcha, incluidas las sancionadoras y eventualmente penales, para los supuestos de interferencias en los procesos electorales. Un ejemplo reciente, de la capacidad que tiene el sistema constitucional de controlar los efectos más perniciosos de la actividad de estas compañías tecnológicas, lo tenemos en Brasil, con la línea tan positiva que está siguiendo el *Supremo Tribunal Federal* de ese país. Esto no nos puede hacer olvidar

que, al menos en el caso de los Estados europeos, la mayor eficacia en la protección de los derechos viene de la Unión Europea, porque es la que tiene las condiciones para adoptar medidas que las compañías tecnológicas deberán respetar, si no quieren perder el mercado europeo.

Hablando de participación, ¿no habría que recuperar el papel de los órganos intermedios? Me parece que la función de estos últimos (y, específicamente, de los partidos políticos) ha sido reemplazada por algoritmos.

En realidad, las compañías tecnológicas son actualmente los cuerpos intermedios, los auténticos mediadores que controlan los procesos comunicativos y que contribuyen a configurar el espacio público. Pero son mediadores negativos porque no realizan una función política de construcción del espacio público y de la democracia pluralista, sino una función negativa destinada a generar inestabilidad política y social, favoreciendo así su modelo de negocio, en la medida en que esa inestabilidad aumenta la interacción en sus aplicaciones y sus ingresos por publicidad. Por lo que se refiere a los algoritmos, estos no están sustituyendo a los partidos, pero sí están condicionando a través de las redes sociales, en gran medida, la agenda de los partidos. Hay algún intento incluso de un partido articulado en torno a algoritmos en Dinamarca (el partido sintético), pero no estamos todavía ni creo que lleguemos a estar en el escenario de algoritmos que sustituyan a los partidos o a los políticos. Detrás de los algoritmos siempre hay personas y, en general, intereses económicos o de otra naturaleza. La idea de avalar comportamientos o posiciones políticas mediante algoritmos no es más que el intento de validar intereses ocultos a través del recurso a la tecnología y la ciencia como instrumento de legitimación.

¿Qué relación hay entre los algoritmos y los procesos de toma de decisiones?

Merece una reflexión la relativa incompatibilidad entre los algoritmos y los procesos de decisión democráticos. En la medida en que los algoritmos vayan ocupando espacios de decisión política o administrativa podemos asistir a un debilitamiento de los principios sobre los que se asienta la democracia pluralista. La democracia pluralista tiene una dimensión esencialmente procesal. Lo mismo puede decirse, en general, del pluralismo como principio vertebrador de nuestros sistemas constitucionales. Esa dimensión procesal no debería ser ocupada por los algoritmos más que de manera instrumental y limitada.

IV. POPULISMO

¿Cómo podemos interpretar el fenómeno del populismo?

Para explicar lo que significa el populismo hay que referirse primero a los anticuerpos que se generaron contra el fascismo después de la Segunda Guerra Mundial. Básicamente son tres: la globalización, que debilitó a los Estados nacionales, dificultando derivas totalitarias; la integración supranacional europea, que estableció una nueva división del poder haciendo posible el control de los Estados nacionales por las instituciones europeas y, el más importante para nosotros, la consolidación del Estado constitucional, la normatividad de la constitución y la democracia constitucional, en la que el poder de la mayoría está sometido a límites constitucionales. No es casualidad que estos tres anticuerpos sean las tres principales obsesiones del populismo, que suele mantener un discurso antiglobalizador, antieuropo y muy crítico con las instituciones de garantía de la constitución, en particular con las instancias arbitrales, sean autoridades electorales, jueces y tribunales o cortes constitucionales.

Usted ha escrito que el populismo rompe las coordenadas de espacio y de tiempo de la constitución ¿Cómo ha llegado a esa conclusión?

En lo que a la constitución y la democracia se refiere, el populismo quiere estar, a la vez, dentro y fuera, en función de sus intereses particulares. No pretende implantar un régimen dictatorial y abolir la constitución, sino mantenerla vaciándola de contenido. Para eso utiliza referentes que preexisten al orden constitucional, como el pueblo o la nación, que no se interpretan, como hacen los partidos democráticos, en el marco de la constitución, sino como instrumentos de ruptura permanente del orden constitucional. Como ellos dicen representar exclusivamente al pueblo o a la nación, utilizan esos conceptos para legitimar sus discursos contrarios a la constitución. De ese modo, rompen las coordenadas de espacio y tiempo de la constitución normativa. La constitución normativa se basa en una estricta separación entre el momento constituyente, en el que se ejerce la soberanía y el momento constitucional en el que, como indicara Martin Kriple, no cabe ningún poder soberano, porque todos los poderes del Estado deben someterse a la constitución. Al mismo tiempo, la constitución parte de la separación entre el pueblo como factor constituyente, que define un espacio constituyente de ejercicio de la soberanía, en el que pueblo ocupa todo el espacio del poder, porque en ese momento actúa como colectivo homogéneo, y el espacio constitucional, en el que el pueblo ya no puede intervenir como poder soberano ni como colectivo homogéneo, porque es un espacio donde hay que

garantizar el pluralismo, la democracia pluralista y la protección de las minorías. En definitiva, la naturaleza y el sujeto del poder son diferentes en el momento y en el espacio constituyente frente al constitucional, generando así coordenadas específicas para la constitución que deben ser respetadas. El populismo rompe esas coordenadas, porque apela a la nación o al pueblo para legitimar actos de soberanía dentro del orden constitucional, que intenta legitimar a través del referéndum o de una democracia directa que no es tal democracia, pero que se presenta como tal.

¿Qué futuro prevé para el populismo en Europa?

Sobre el futuro, lo único que puedo decir es que las tendencias actuales no son positivas, porque los factores de crisis favorecen el desarrollo del populismo y porque las compañías tecnológicas, a través de sus aplicaciones de Internet, tienen un modelo de negocio que promueve la inestabilidad política para obtener mayores ingresos, con lo que suelen promover las tendencias populistas dentro del espacio público.

V. GLOBALIZACIÓN

Soy de la opinión de que no tiene sentido oponerse (o creer que es posible contener) a la globalización, sino que hay que comprender cómo actuar dentro de ella. ¿Qué opina?

Efectivamente, la globalización, como tantas otras transformaciones que se han producido a lo largo de la historia, tiene su propia lógica y no es posible frenarla. Incluso los actuales movimientos orientados a modularla garantizando una cierta autonomía estratégica de las economías estatales o supranacionales están destinados al fracaso. La globalización tiene muchos aspectos positivos y espero que uno de ellos sea acabar con la guerra de Ucrania, que supone un retroceso civilizatorio terrible. La interdependencia de los Estados, que la globalización supone, es un factor positivo en la historia de la humanidad porque limita su poder. Un retroceso puntual de la globalización, como el que estamos viviendo (o, como el que experimentamos durante la crisis sanitaria) no significa que la lógica de la globalización no termine imponiéndose.

Usted señala que el Estado ha perdido gran parte de su poder político con la globalización, pero también con la integración supranacional. Sin embargo, como usted observa, esto último parece ser fundamental para contrarrestar las involuciones democráticas de algunos Estados miembros. ¿Cómo comenzó la integración europea y cuáles fueron las razones de su éxito?

El proceso de integración europea surge históricamente en un momento en el que, además de procurar la paz entre los Estados europeos que era su gran objetivo, resultará muy funcional a los Estados en otros aspectos muy importantes. Para comprender el éxito, que tuvo el modelo de integración es sus primeros cincuenta años, hay que situarlo en su contexto histórico y conectarlo con otros procesos que se produjeron en los mismos años. La integración europea se produce al mismo tiempo que se desarrolla la segunda globalización, y también en la época en la que se habían configurado sistemas constitucionales plenamente democráticos con la extensión del sufragio y con la consolidación de las constituciones normativas. Tanto el proceso de globalización, como el de constitucionalización o democratización generan una disminución de la capacidad de acción política de los gobernantes europeos. En un caso por factores externos al Estado, en el otro porque el Estado constitucional conlleva nuevos controles políticos y jurídicos, que reducen el margen de maniobra de las mayorías gobernantes. Pues bien, el proceso de integración europea va a suponer la transferencia a instancias internacionales de competencias y capacidad de decisión política, sobre materias que antes estaban sometidas a los controles democráticos internos. En el ámbito internacional esos controles están ausentes y el Estado actúa sobre la base de su soberanía, concertando con los demás Estados las políticas que luego se aplicarán internamente a través del principio de primacía. Debido al proceso de integración europea, las mayorías gobernantes de los Estados van a recuperar parte del margen de maniobra que habían perdido con el proceso de globalización y con el proceso de constitucionalización o democratización. Este fue uno de los motivos del éxito del proceso de integración europea.

¿Qué ha supuesto la integración europea y en qué punto se encuentra?

El modelo de integración europea ha funcionado bien hasta la tercera globalización, pero comienza a quebrarse con la crisis financiera del 2008 y ha seguido deteriorándose desde entonces. Para superar sus deficiencias es necesario avanzar hacia un modelo federal, que es la única posibilidad que tiene Europa de hacer frente a las condiciones económicas, tecnológicas y geopolíticas de la tercera globalización. Mientras no se avance de esa manera sustantiva en el proceso de integración, Europa va a seguir careciendo de las condiciones para tener autonomía política y estratégica. No hay más que ver la situación actual: Europa depende militarmente de Estados Unidos, económicamente de China, desde el punto de vista energético de Rusia y desde el punto de vista tecnológico de Estados Unidos y China. Este conjunto de dependencias no se da en ningún otro agente global ¿Cómo puede tener Europa una

capacidad de actuación como agente global si depende de sus competidores globales en el plano energético, económico, militar y tecnológico?

¿Cree que los riesgos de involución democrática en algunos de los Estados miembros son reales?

Por lo que se refiere a la involución democrática, esto no es un riesgo, es una realidad en Hungría y Polonia. Las instituciones europeas están siendo incapaces de impedir esa involución, aunque parece claro que si estos países no estuvieran en la Unión Europea la involución democrática sería más grave. El problema con que nos enfrentamos es que el nuevo mecanismo de defensa del Estado de Derecho, a diferencia del anterior, de 2014, que estaba centrado en las amenazas sistémicas (aunque fue ineficaz para resolverlas) ha extendido la sospecha a todos los Estados de la Unión Europea de manera claramente injusta, desproporcionada y carente de base jurídica. Este mecanismo ha generado una falsa equivalencia entre los Estados con democracias consolidadas y los régimenes iliberales, perjudicando así la lucha contra la involución democrática provocada por estos últimos. Lo peor que nos puede pasar es que, en lugar de erradicar el populismo, terminemos aceptando su lógica para combatirlo y algo de eso está pasando en la Unión Europea actualmente.

La globalización y el poder creciente de los grandes agentes financieros y tecnológicos globales han llevado, según afirma usted, a una marginación de la constitución. En su opinión, ¿a qué se debe esto?

Por lo que se refiere a la posición de la constitución dentro de la globalización, el desajuste es evidente porque la constitución surge históricamente para controlar el poder estatal y se muestra incapaz de controlar poderes globales que se sitúan fuera del campo de acción del Estado. Esta es una de las claves del declive del constitucionalismo y de su pérdida de legitimidad frente a los factores que en el siglo XXI están acumulando mayor legitimidad, que son la economía y la tecnología. La constitución estatal, con sus principios y valores, su sistema de derechos y su control del poder, suele presentarse en las narrativas dominantes como un obstáculo para el desarrollo económico y tecnológico. La constitución no parece tener nada que ofrecer frente a los avances tecnológicos que tanto bienestar y tanta satisfacción generan en la sociedad.

¿Tendría alguna propuesta para volver a situar a la constitución en el centro del espacio público?

Para volver a situar a la constitución en el centro del espacio público hay que revertir ese discurso y construir narrativas que pongan el acento en lo que la constitución puede aportar al disfrute de los derechos, desde una perspectiva perfectamente compatible con el desarrollo tecnológico. Hay que hacer ver a la sociedad que una cosa es el desarrollo tecnológico, contra el que la constitución no estará nunca, porque es un instrumento de progreso, de bienestar y de crecimiento de los derechos, y otra muy diferente los intereses de las grandes compañías tecnológicas que pretenden orientar y configurar ese desarrollo en función únicamente de sus intereses económicos. Es necesario establecer un equilibrio entre los intereses de esas compañías y los intereses de la sociedad, los intereses públicos que la constitución representa. A través de construcción de nuevas narrativas constitucionales, en el marco de la constitución del algoritmo, podremos volver a situarla en el centro de la vida pública, como lo que ha sido siempre: un factor civilizatorio, un instrumento de progreso al servicio de la humanidad.

Resumen

En este trabajo recoge la entrevista realizada por el profesor Randazzo al profesor Balaguer, en virtud de la publicación por este último del libro titulado La Constitución del algoritmo. La entrevista inquierte sobre el papel del jurista, la relación entre el Derecho e internet, la incidencia de las nuevas tecnologías en la capacidad normativa de la Constitución, la importancia creciente del populismo y el contexto de la globalización.

Palabras claves

Jurista, internet, Constitución, populismo, globalización, algoritmo.

Abstract

This paper includes the interview conducted by Professor Randazzo with Professor Balaguer, after the publication by the latter of the book entitled "La Constitución del Algoritmo". The interview inquires about the role of the jurist, the relationship between law and the internet, the incidence of new technologies in the normative capacity of the Constitution, the growing importance of populism and the context of globalization.

Keywords

Jurist, internet, Constitution, populism, globalization, algorithm.

Recibido: 3 de mayo de 2023

Aceptado: 17 de mayo de 2023

Textos clásicos



LA CONTRIBUCIÓN DE LA DOCTRINA IUSPUBLICISTA ESPAÑOLA AL DEBATE CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO^{1*}

PETER HÄBERLE

*Profesor emérito de Derecho constitucional. Forschungsstelle für
Europäisches Verfassungsrecht. Universidad de Bayreuth (Alemania)*

SUMARIO:

- I. Primera parte: Un marco teórico para las contribuciones de las doctrinas científicas nacionales en Europa.
- II. Segunda parte: Selección de temas.
- III. Inciso: ¿un artículo expresamente dedicado a Europa en la constitución vigente?
- IV. Tercera parte: la variedad de posibilidades de la literatura científica (selección).
- V. Conclusión.

I. PRIMERA PARTE: UN MARCO TEÓRICO PARA LAS CONTRIBUCIONES DE LAS DOCTRINAS CIENTÍFICAS NACIONALES EN EUROPA

El marco teórico de nuestro tema ha sido ya en parte objeto de “ensayo” por el autor de estas líneas en relación con Italia en el homenaje a A. A. Cervati en 2008. Existe también un bosquejo de la cuestión en mi contribución al homenaje japonés a H. Kuriki (del año 2003) con el título “Posibilidades y límites de la colaboración entre comunidades científicas nacionales en el ámbito del Estado Constitucional”². En las páginas que siguen, se esbozará un modelo de encuentros

* Traducido del alemán por Pablo Meix Cereceda.

1 La versión española de este trabajo, no publicado hasta la fecha, se elaboró en honor al Prof. José Juan González Encinar. En esa primera versión afirmaba el Prof. Häberle: “Durante varios años mantuve una cordial y estimulante relación académica con el Prof. José Juan González Encinar, quien desde época muy temprana se reveló sensible a la dimensión europea de las doctrinas iuspublicistas nacionales. A él se dedica este estudio, centrado especialmente en España y en el conjunto de Europa, teniendo muy presente que la comunidad científica española se encuentra en una posición aventajada, dada su exclusiva vinculación con América Latina”.

2 El título original del trabajo en alemán es *Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit*

multilaterales entre las doctrinas constitucionalistas nacionales de todo el mundo. En este sentido, España se encuentra en primera línea con nombres de anteriores generaciones como M. García Pelayo³, Verdú y también García de Enterría⁴. No solo la propia España, sino singularmente la doctrina iuspublicista⁵ alemana siente fascinación por la gran Constitución Española de 1978, y observa con gran interés las conexiones con la Constitución de Weimar y con la Ley Fundamental. Existe ya hoy una “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” (1975) de alcance europeo. En este sentido pueden mencionarse también foros periódicos de encuentro de los magistrados en los tribunales constitucionales europeos. Sus elaboraciones son a menudo recogidas en el meritorio trabajo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En las líneas que siguen, dedicaremos atención a dos aspectos: por una parte, las posibilidades y los límites de un debate constitucional común europeo, teniendo presente la idea de Estado constitucional; por otra parte, las posibilidades y los límites en relación con el proceso de intensificación del Derecho constitucional común europeo⁶. Ambos aspectos se encuentran ricamente entremezclados en Europa. Paso a concretar estas ideas:

La forma del Estado Constitucional continúa desarrollándose en su estadio actual gracias a un intercambio plural de ideas entre las distintas naciones. Se intercambian preceptos constitucionales; decisiones judiciales (sobre todo entre los tribunales

nationaler Wissenschaftsgemeinschaften in Sachen Verfassungsstaat. Para una mejor comprensión se traduce al español. Como la mayoría de los trabajos en alemán citados por Häberle, lo normal será que el texto de los artículos y obras mencionadas no esté traducido al español, salvo que se diga lo contrario (nota del traductor).

3 Véase el trabajo de A. LÓPEZ PINA en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (en adelante *JöR*), núm. 44, 1996, pp. 295 ss.

4 Véase el trabajo de A. JIMÉNEZ-BLANCO en *JöR*, núm. 45, 1997, pp. 145 ss.

5 La expresión “doctrina iuspublicista” acaso no se corresponda exactamente con la utilizada por Häbele en el original alemán (*Staatsrechtslehre*). Algunos autores traducirían *Staatsrecht* por “Derecho político” (así Garay/Rothe en su *Diccionario Jurídico*, ed. Luchterhand, 2003, 2^a edición). Sin embargo, a la vista de lo que el propio Häberle expresará en el texto al criticar la separación académica entre Derecho constitucional y Derecho administrativo que impera en España (p. 5), se ha optado por una fórmula comprensiva de ambas disciplinas, tanto cuando el texto original se refería a *Staatsrechtslehre* –la doctrina– como a *Staatsrechtslehrer* –los iuspublicistas– (N. del T.).

6 Véase P. HÄBERLE, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, en la revista *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (*EuGRZ*), 1991, pp. 261 ss.; traducido al español en: A.-E. PÉREZ LUÑO (Coord.), *Derechos Humanos y Constitucionalismo*, 1996, pp. 187 ss., y también traducido en otros muchos países.

constitucionales, como fragmento de la praxis); así como también construcciones de la doctrina científica, en particular sus teorías. Se trata de una tríada. “La Constitución como cultura”⁷ (1982) constituye en este sentido un concepto clave, al igual que “La Constitución como proceso abierto”⁸ (1969). El enfoque científico-cultural y el concepto de la “comparación de constituciones”⁹ como comparación de culturas amplían e intensifican el diálogo entre todos los iuspublicistas nacionales y todos los tribunales constitucionales nacionales. En Europa, además, debe tenerse en cuenta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en el ámbito mundial, al Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, así como los tribunales de las Naciones Unidas, y también el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar con sede en Hamburgo. Tanto en el plano de los contenidos como en el personal se produce un intenso intercambio al trabajar en el tema del Estado Constitucional. Si tomamos además en consideración el Derecho internacional público, entendido como “Derecho constitucional de la humanidad” y como valor esencial del Estado Constitucional, se amplían considerablemente los foros y las posibilidades de diálogo.

El Derecho constitucional común europeo se revela especialmente rico en posibilidades por lo que respecta a las aportaciones de las comunidades científicas nacionales. La naturaleza de principios que revisten sus formas de expresión (en el sentido definido por H. Heller y J. Esser) fue estudiada en 1991 en mi trabajo ya citado, publicado en la Revista Europea de Derechos Fundamentales (*EuGRZ*).

II. SEGUNDA PARTE: SELECCIÓN DE TEMAS

- 1) Si se lleva a cabo una visión general y anticipada del conjunto de la doctrina iuspublicista española, se observará la pluralidad de figuras y escue-

7 Trabajo de P. HÄBERLE aparecido por vez primera en 1982 (*Verfassung als Kultur*) y publicado de nuevo más recientemente en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, núm. 49, 2001, pp. 125-143 (*N. del T.*).

8 La edición más reciente (3^a) de este libro del propio HÄBERLE es de 1998, en la Ed. Duncker & Humblot, Berlín (*N. del T.*).

9 El arte del Derecho comparado tiene en España una gran tradición que continúa viva. Una referencia clásica es la obra de M. GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1950. Cabría citar también otros trabajos más recientes, como el de J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La Inconstitucionalidad por omisión*, 1998; J. BRAGE CAMAZANO, *La Acción de Inconstitucionalidad*, del año 1998; o J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, del año 2002.

las, de universidades y de seminarios dedicados a la materia del Derecho constitucional (lo único sorprendente a los ojos del autor de estas líneas es la estricta separación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo, en verdad difícilmente comprensible si se tiene en cuenta que el Derecho administrativo no es otra cosa que Derecho constitucional concretizado, en el sentido apuntado por F. Werner), y se hará patente por último (aunque no por ello con menor importancia) la diversidad de los estudios doctrinales. A la vista de todo ello, el juicio solo puede ser positivo: la doctrina española cultiva intensa y continuadamente la materia del Estado constitucional, y lo hace de forma modélica, tanto en relación con Europa como con Iberoamérica. En este sentido, se pueden observar fenómenos de recepción (por un lado), así como innovaciones propias (por otro). Muchos autores prestan atención al Tribunal Constitucional Federal alemán y comentan e integran sus sentencias importantes; otros se orientan no solo hacia los clásicos sino también hacia autores alemanes más recientes que, en la época de la Ley Fundamental, han adquirido grandeza dedicándose a su estudio. Elementos del federalismo alemán, como la idea de la *Bundestreue* (“lealtad federal”) de R. Smend, son trasladados al sistema de las comunidades autónomas. Especial repercusión presentan la jurisprudencia y la teoría desarrollada “en Karlsruhe” en relación con los derechos fundamentales. A todo ello cabe añadir la existencia de numerosas traducciones. En este sentido, han sido traducidas al español tanto monografías italianas (por ejemplo, G. Zagrebelsky: “Il Diritto mite”, 1992/94) como alemanas (así, K. Hesse, 1983/1992 y el trabajo de P. Häberle sobre “El contenido esencial de los derechos fundamentales”, 1962/83 y 1997). El “Jahrbuch des öffentlichen Rechts” se preocupa por servir especialmente como foro para trabajos de toda Europa¹⁰.

En las líneas que siguen se mencionará una selección de temas en los que la doctrina española ha demostrado ser particularmente fructífera en relación con la materia del Estado Constitucional, atrayendo con ello la atención de toda Europa.

- 2) El estudio del propio tema “Europa” se encuentra en el primer plano de muchas publicaciones en España¹¹.

10 El título completo de la revista es *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*: “Anuario del Derecho Público Actual” (*N. del T.*).

11 Valiosos estudios relativos al Derecho europeo son, por ejemplo, el de M. AZPITARTE

A juzgar por la producción científica, es de todo punto posible hablar de una “España europea”, recordando la idea de la “Alemania europea” acuñada por Thomas Mann¹². Tanto el género de los manuales, como también multitud de monografías prestan atención al estado de la integración europea, a los derechos fundamentales europeos, a las cuestiones institucionales y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer plano se encuentran, por ejemplo, los trabajos de Rodríguez Iglesias. También generaciones más jóvenes han dedicado monografías al tema de Europa.

- 3) Tras treinta años de Derecho constitucional, puede decirse que la dogmática española se ha ocupado de todos los temas: fuentes del Derecho, federalismo y regionalismo (“Estado autonómico”), justicia constitucional, derechos fundamentales, Derecho electoral y Derecho parlamentario.
- 4) De entre los temas que forman parte de la idea de Estado constitucional, destacan especialmente los siguientes conjuntos de normas, tanto en la doctrina iuspublicista española como en otros Estados constitucionales:
 - a) Los preámbulos, que, en mi opinión (y desde la perspectiva de las ciencias de la cultura), han de ser entendidos de manera análoga a las oberturas y a los prólogos, y suponen una especie de “constitución en la constitución”, como concentrado preliminar del texto posterior. El Preámbulo español es en verdad muy rico, y lo mismo puede decirse de los preámbulos de los estatutos de autonomía de Cataluña y Andalucía (ambos de 2006), así como sucede, más recientemente, con varios estatutos de regiones italianas.
 - b) La doctrina española tiene motivos más que suficientes para dedicar especial atención a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, y en este sentido existe una clara influencia de Italia y Alemania.
 - c) La democracia plural tiene presencia en el texto constitucional ya desde la excelente Constitución de 1978, y es objeto de la intensa atención que le corresponde en las publicaciones científicas.

SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado* (tesis doctoral), Granada, 2002; también el volumen colectivo *La encrucijada constitucional de la Unión Europea* (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, R. ALONSO GARCÍA, coords.), 2002; A. RODRÍGUEZ, “The European Convention on Human Rights...”, *JöR*, núm. 49, 2001, pp. 413 ss.; H. LÓPEZ BOFILL, *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes* (tesis doctoral), Barcelona, 2002.

12 En un discurso pronunciado en 1953 en Hamburgo, ante un público formado mayoritariamente por estudiantes, Thomas Mann defendió el esfuerzo para construir una Alemania europea, y no una Europa alemana (*N. del T.*).

- d) La división de poderes en sentido estricto (del Estado) y en sentido amplio (de la sociedad) caracteriza también al Estado constitucional español. De modo particular, los principios del Derecho constitucional de los medios de comunicación precisan de continua elaboración científica (cfr. Art. 20.2 y 20.3 CE).
- e) Las comunidades autónomas son, por su parte, mundialmente conocidas en perspectiva comparada, como conquista específica de la Constitución Española, que acaso se encuentre en camino hacia un Estado federal. En cualquier caso, Cataluña y Andalucía¹³ explicitan en sus estatutos los límites de la Constitución hasta el extremo. Muchos temas típicamente propios de la Constitución son objeto de estos Estatutos, al igual que puede observarse en Italia¹⁴, donde por ejemplo el Estatuto de Liguria del año 2005 se autodenomina “Constitución”. España es un campo de trabajo especialmente productivo para la Ciencia del Derecho regional comparado. Quizás algún día un iuspublicista español escriba una obra llamada “Regionalist Papers”.
- f) La justicia constitucional constituye en todo el mundo el distintivo que identifica el grado actual de desarrollo del Estado constitucional moderno. El Tribunal Constitucional con sede en Madrid ocupa en el entorno de los tribunales constitucionales europeos un alto rango. Su jurisprudencia es objeto de estudio por los doctorandos de toda Europa. Estas afirmaciones pueden comprobarse si se presta atención en particular al mandato del Presidente P. Cruz Villalón, que había estudiado con K. Hesse en Friburgo y es un gran conocedor de la Ley Fundamental alemana.
- g) En una suerte de catálogo abierto, podríamos apuntar muchos más temas propios de la Constitución, que en cada Estado constitucional (hoy en día también es ello posible en España, desde el punto de vista científico) han de ser objeto de estudio comparado, como efectivamente sucede. A modo de exponente, puede citarse el derecho constitucional a la cultura, para cuya indagación proporciona una sólida base el texto constitucional de 1978 (cfr. arts. 25.2, 44, 48). Por

13 Algunas referencias son las obras de F. Balaguer Callejón (Coord.): *El nuevo Estatuto de Andalucía*, 2007 y P. Häberle: *Juristische Kultur in Katalonien (Cultura jurídica en Cataluña)*, JöR, 56 (2008).

14 Una referencia en este sentido es la obra de R. Bifulco: *Le Regioni*, 2004.

último, podemos citar el derecho constitucional a la religión, que en España afortunadamente no ha sido designado con fórmula tan equívoca como la de *Staatskirchenrecht*¹⁵, lo que sí sucedió en Alemania. Si el artículo 137.1 de la Constitución de Weimar, en conexión con el 140 LF, señala que “no existe Iglesia oficial”, no puede entonces haber un “Derecho de la Iglesia oficial”. El impulso del islam como religión en toda Europa (en Francia ya en segundo lugar) proporciona motivos más que suficientes para hablar de un derecho constitucional a la religión. El artículo correspondiente en la Constitución Española (16.2 y 3) contiene elementos textuales interesantes a estos efectos. Pueden encontrarse referencias bibliográficas sobre muchos de los temas ya citados en la tercera parte que inmediatamente sigue.

III. INCISO: ¿UN ARTÍCULO EXPRESAMENTE DEDICADO A EUROPA EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE?

Al compararla con el entorno común europeo, resulta llamativo el hecho de que España no tenga aún un artículo expresamente dedicado a Europa en su Constitución. Ello sorprende, entre otros motivos, porque la realidad constitucional de España se ha configurado como europea. Por otra parte, habría muchos modelos para elaborar un artículo dedicado a Europa. El vecino Portugal, por ejemplo, se ha adherido en su artículo 7.5 de forma ejemplar a la idea de Europa, e incluso puede encontrarse un artículo dedicado a Europa en la Constitución de un cantón suizo (y de forma recurrente en los nuevos estatutos regionales italianos), desde luego en oposición a la nueva Constitución federal del año 2000. El artículo 54.1 de la Constitución de Berna proclama: “El cantón se compromete con la colaboración de las

15 Cabría traducir la expresión alemana *Staatskirchenrecht* por la española “Derecho Eclesiástico del Estado”, que es el cuerpo normativo al que hace referencia aquélla. En alemán, el equívoco de que da noticia el autor en las líneas inmediatas es el siguiente: la expresión *Kirchenrecht* puede significar tanto “Derecho de la Iglesia” como también “Derecho de las Iglesias”, expresión esta última que vendría a equivaler a “Derecho Eclesiástico del Estado”. Cuando a esta palabra alemana (*Kirchenrecht*) se antepone la de *Staat* (“Estado”), todo ello pasa a formar una nueva palabra que puede ser entendida como “Derecho Eclesiástico del Estado” (en el sentido español), pero también como “Derecho de la Iglesia del Estado”. De ahí que Häberle considere problemático hablar de *Staatskirchenrecht*, ya que la propia Constitución alemana declara que no hay “Iglesia oficial”. Así en el artículo 140 y su conexión con el 137.1 de la Constitución de Weimar, precepto, este último, que subsiste tras la Ley Fundamental (*N. del T.*).

regiones de Europa". Esta "declaración de europeísmo" es tanto más sorprendente cuanto que Suiza no forma (aún) parte de Europa en el sentido estricto de la Unión Europea, si bien sí es miembro del Consejo de Europa y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y con ello parte de Europa en sentido amplio.

La categoría del Derecho constitucional europeo nacional, propuesta por el autor de estas líneas en 1995, pretende incorporar la pluralidad de las "cláusulas Europa" a un concepto gráfico y, en particular, al trasfondo que surge de sistematizar la rica diversidad de modelos de relación con Europa que han sido constitucionalizados en las naciones europeas. A ese trabajo remitimos. En las líneas que siguen se mencionarán solo unos pocos ejemplos para, con los limitados medios de la ciencia comparativa, incitar al constituyente español a modificar en un futuro no muy lejano la Constitución, en el sentido de incluir un artículo expresamente dedicado a Europa.

Téngase en cuenta, en primer lugar, la ubicación sistemática fundamental del Preámbulo como posible lugar para una adhesión a Europa. La Ley Fundamental de 1949 se atrevió a establecer una proposición en esta línea, y lo hizo con las siguientes palabras: "como miembro en pie de igualdad de una Europa unida para servir a la paz en el mundo". Este temprano trazado del camino fue modélico. Sólo mucho después se alcanzó el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental, como "cláusula Europa" dentro de la organización constitucional del Estado: Europa se convirtió en "objetivo del Estado", con unas ventajas muy claras en la cuestión de la Unión Europea como construcción basada en "fundamentos democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federativos"; de forma que incluso el principio fundamental de la subsidiariedad resultó afirmado. Muchas constituciones de la Alemania occidental y de la oriental habían asumido poco antes o de forma simultánea su vinculación con Europa en sus textos. El Estado de Sarre acuñó una referencia pionera en su artículo 60.2 (en el año 1992), que cito aquí por ser precisamente España un país compuesto de comunidades autónomas, que podría encontrar de utilidad algunos de sus elementos constitutivos:

"El Sarre promueve la unificación europea y se compromete con la participación de regiones autónomas en la formación de la voluntad de las Comunidades Europeas. Colabora con otras regiones europeas y apoya las relaciones trasfronterizas entre instituciones y comunidades territoriales vecinas".

Un jurista alemán no puede desde luego permitirse proponer a España un artículo dedicado a Europa, aunque acaso sí le sea dado poner de relieve ciertos elementos que podrían formar parte del texto y pensar en una determinada ubicación

sistemática. A España le sobran los motivos para mencionar su vinculación con Europa en el Preámbulo mismo, o, al menos, en su llamado “Título Preliminar”. Por lo demás, las comunidades autónomas podrían ser constituidas en “regiones de Europa”, y debería también mencionarse la idea de las “relaciones transfronterizas”. Junto a la Unión Europea, cabría citar a la Europa en sentido amplio del Consejo de Europa y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, una Europa de la que España forma también parte.

Esta cuestión quizá debiera ser objeto de debate entre la comunidad científica española y la común europea.

IV. TERCERA PARTE: LA VARIEDAD DE POSIBILIDADES DE LA LITERATURA CIENTÍFICA (SELECCIÓN)

Una cultura jurídica nacional se caracteriza por la variedad de temas objeto de estudio. Es cierto que no pueden siempre separarse nítidamente unos de otros, de manera que los tratados se convierten en ocasiones en manuales y los trabajos sobre los fundamentos del Derecho se publican también en las revistas especializadas. Los libros-homenaje dedicados a un tema concreto pueden convertirse en un pequeño manual. A pesar de ello, se expondrá a continuación una selección de temas que se ofrecen al estudio.

- (1) La monografía mantiene su posición central en la investigación jurídica, ya que obliga al autor a estudiar un tema con sus implicaciones de fondo y en todas las direcciones hacia las que deriva, y no simplemente a aglutinar las reflexiones preexistentes. En particular para la Teoría de la Constitución, la monografía puede mantener su singular posición (y ello es especialmente constatable en Alemania) a pesar de la existencia de monumentales manuales y abundantes trabajos colectivos. Puede pensarse en los clásicos “El Estado Federal Unitario”¹⁶ de K. Hesse (del año 1962) o en la “Teoría del Estado”¹⁷ de H. Heller (del año 1934). En España florece el género de

16 El año 1962 es el de la primera edición alemana, con el título *Der unitarische Bundesstaat*. Existe una traducción al español por M. AZPITARTE en *ReDCE*, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 425-456, a partir de la publicación en el volumen recopilatorio de trabajos del propio Konrad Hesse que editan P. HÄBERLE Y A. HOLLERBACH con el título *Ausgewählte Schriften*, ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1984 (*N. del T.*).

17 El título alemán es *Staatslehre*. La primera edición alemana es de 1934, y existen al menos dos traducciones al español, la mexicana de Luis Tobío a partir de la edición alemana a cargo de Gerhart Niemeyer (edición y prólogo), con varias reimpresiones (los datos de la última que conozco son:

la monografía de forma también notoria para el observador alemán. He aquí algunos ejemplos: P. Cruz Villalón sentó las bases de su carrera, que le llevó hasta la Presidencia del Tribunal Constitucional en Madrid, con su libro “La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)”, del año 1987; ello constituye igualmente expresión de la incipiente comparación de constituciones en España. La ejemplar obra en dos volúmenes de F. Balaguer Callejón “Fuentes del Derecho”, de 1991, continúa con esta gran tradición y enmarca al mismo tiempo a la doctrina iuspublicista española en el contexto de las más importantes comunidades constitucionalistas nacionales. También son ya clásicas la monografía de C. de Cabo sobre “La reforma constitucional”, de 2003, y la de J. Jiménez Campo sobre los “Derechos fundamentales”, de 1999. Merecen también mención otros trabajos de la generación siguiente, también publicados como “monografías”¹⁸ (en Civitas), como por ejemplo, y tomando en consideración a la “nueva escuela del Derecho Constitucional” en Granada, los de J. M. Porras Ramírez: “Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de Derecho”, del año 2006; E. Guillén López: “La Continuidad Parlamentaria”, del año 2002; así como de M. Azpitarte Sánchez: “El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado”, de 2002. De la escuela de F. Segado puede citarse a título de ejemplo la obra de J. Brage Camazano: “Los límites a los derechos fundamentales”, del año 2004. Con estos pocos ejemplos queda ya reflejada la diversidad temática de la doctrina iuspublicista española.

- (2) Las exposiciones de una disciplina (manuales) son un importante “fermento” en el proceso de crecimiento de las constituciones de los Estados constitucionales. Para la Ley Fundamental alemana sirve aquí como ejemplo de nuevo la obra de K. Hesse “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”¹⁹ (primera edición de 1966; vigésima de 1995, tradu-

México, Fondo de Cultura Económica, 1998); y la más reciente de J. L. Monereo Pérez, (quien firma también un estudio preliminar), Granada: Comares, 2004 (*N. del T.*).

18 En español en el original (*N. del T.*).

19 *Fundamentos del Derecho Constitucional de la República Federal Alemana*, obra de la que no existe una traducción íntegra al español, aunque sí se han traducido algunos fragmentos, como por ejemplo “Concepto y calidad de la Constitución” y “La interpretación constitucional”, seleccionados y traducidos por P. Cruz Villalón en el volumen *Escritos de Derecho Constitucional*, ediciones de 1983 y 1992, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (*N. del T.*).

cido parcialmente desde fecha temprana por P. Cruz Villalón, quien, junto a A. López Pina²⁰, es un “constructor de puentes” hispano-germánicos). La relativamente joven Constitución Española de 1978 ha encontrado en algunos buenos tratados más que un “lecho” científico: por ejemplo, la obra en dos volúmenes “Derecho Constitucional”, coordinada por F. Balaguer Callejón (1999); también el tratado de F. F. Segado. (Debe citarse también el “Curso de Derecho Constitucional” de J. Pérez Royo, 5^a edición, 1999; o A. Torres del Moral: “Principios de Derecho Constitucional Español”, 4^a edición, 1998; o también Ó. Alzaga: “Derecho Político Español según la Constitución de 1978”, 3^a edición, 2002; sin olvidar la obra clásica de I. de Otto “Derecho Constitucional”, 2^a edición, Barcelona, 1995). En Alemania, el libro de K. Hesse se ha convertido así pues en “cultura constitucional” de la Ley Fundamental²¹, lo que se pone de especial relieve al hacer retrospección (el comentario de G. Dürig a los artículos 1, 2 y 3 de la Ley Fundamental en los años 50 y 60 sigue siendo también fundamental). Desde luego que los tratados pueden envejecer a pesar de las nuevas ediciones, y ello es igualmente válido para todas las doctrinas científicas nacionales. En ciertos casos se transforman en “clásicos” sobre cuyos hombros de “gigante” se yerguen las generaciones posteriores (a veces como “enanos”): es una plasmación del contrato científico entre generaciones.

- (3) Las revistas jurídicas especializadas, ya sean de índole generalista (como el “Archiv des öffentlichen Rechts o Der Staat”), ya especializadas, son un instrumento irrenunciable para toda doctrina iuspublicista nacional. Desde luego, lo más adecuado es que su aparición sea trimestral o semestral. Mientras que en Alemania el panorama de las publicaciones periódicas se ha vuelto muy difícil de abarcar, en España puede hablarse de un conjunto de excelentes revistas con unos objetivos propios inconfundibles. Entre las antiguas, pueden citarse la “Revista Española de Derecho Constitucional”

20 A título de ejemplo, constituye una conexión entre España y Alemania el *Handbuch des Spanischen Verfassungsrechts* (*Manual de Derecho Constitucional Español*) editado por A. LÓPEZ PINA en 1993. En este sentido también es importante la traducción de fragmentos del *Handbuch des Verfassungsrechts* (*Manual de Derecho Constitucional*), editado por E. BENDA entre otros, del año 1994 (en español publicado en 1996, dirigido por A. LÓPEZ PINA, 2^a ed., 2001).

21 Sobre Konrad Hesse, véase P. HÄBERLE, “Zum Tod von K. Hesse” (“Con motivo del fallecimiento de K. Hesse” en la revista *Archiv des öffentlichen Rechts* (“AöR”), núm. 130, 2005, pp. 289 ss. En el periódico español *El País* apareció en 2005 una necrológica de A. López Pina (20 de abril de 2005, p. 51).

(Madrid), la “Revista de Derecho Comunitario Europeo” (Madrid) o la “Revista de Estudios Políticos” (Madrid); entre las más jóvenes, la “Revista de Derecho Constitucional Europeo” (Granada), “Teoría y Realidad Constitucional” (Madrid) y “Derechos y libertades” (Madrid). Mucha atención merece también la revista publicada en Valencia “Cuadernos Constitucionales”, así como la “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada” (por ejemplo, con su número 9/2006 dedicado a Europa). También deben mencionarse la revista “Patrimonio Cultural y Derecho” y la malagueña “Contrastes”.

Desde hace décadas, el “Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario” (Murcia) logra algo único: la sección “Entrevistas científicas”, con grandes personalidades de toda Europa, como G. Canotilho o K. Hesse (también el autor de estas líneas pudo participar gracias a F. Balaguer Callejón: 1997/9, p. 9 y ss.). Especialmente importante es que una revista se fragüe un perfil propio a través de al menos una peculiaridad. La “Revista de Derecho Constitucional Europeo” logró esto gracias a la sección “Textos clásicos” (por ejemplo 5/2006, p. 239 y ss.: H. Ehmke: “Economía y Constitución”). En el curso de la tendencia europeísta de los derechos constitucionales nacionales, cobra importancia también la necesidad de que los consejos de redacción hagan espacio a autores de muchos países europeos y que fomenten iniciativas de traducción. Este objetivo es el que se plantea con congruencia la revista de Sevilla (autores de los últimos años han pasado por ella, como, por ejemplo, los italianos G. Zagrebelsky, A. D’Atena y J. Luther, y también algunos autores alemanes). Lo mismo puede decirse del anuario “Fundamentos” (Oviedo), editado por F. J. Bastida, que tiene un equivalente alemán en el “Jahrbuch des öffentlichen Rechts”.

- (4) Los libros-homenaje pueden reflejar el nivel de una comunidad científica nacional o europea, en la medida en que se dirijan a un gran autor, el homenajeado, y no contengan meros trabajos circunstanciales. Obras muy logradas son, por ejemplo, la dedicada a Ruiz Rico en Granada en 1999, o la de I. de Otto en Oviedo en 1991, así como la ofrecida a Rubio Llorente en Madrid en el año 2002, o a García Morillo en Valencia en 2001. Los “libros-homenaje en relación con sus destinatarios”²² constituyen un género autónomo. En Alemania existen libros-homenaje, cuyas contribuciones en temas conceptuales de base han adquirido con el tiempo la consideración

22 Véase el trabajo del autor de estas líneas en *AöR*, núm. 105, 1980, pp. 652 ss.

de trabajos clásicos (así el trabajo de R. Smend en el homenaje a O. Mayer, de 1916 (pp. 245 y ss.), sobre el tema de la *Bundestreu* –importante, como es sabido, también en España– o, del mismo autor, el trabajo incluido en la obra dedicada a W. Jellinek sobre diversos temas del Derecho público²³). El “observador activo”, como el autor de estas líneas, no puede, sin embargo, formarse aún una opinión sobre el género de los libros-homenaje en España, aunque está profundamente agradecido por el hecho de haber sido él mismo honrado con un homenaje español en el año 2004: “Derecho y Cultura” (Coord. F. Balaguer Callejón). Especialmente presente, guarda el recuerdo de los cursos de doctorado impartidos por Europa.

- (5) Algunos otros géneros de la literatura jurídica forman parte de la imagen de conjunto de la cultura científica y jurídica de una comunidad política. Cabe referirse por ejemplo a los volúmenes recopilatorios de varios trabajos de un mismo autor. Un ejemplo claro lo proporcionan las obras de P. Cruz Villalón, “La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución”, del año 1999 (2^a edición de 2006), y F. Rubio Llorente, “La forma del poder”, de 1993 (2^a edición de 1997). Cabe pensar también en los habituales volúmenes colectivos de varios autores, como, por ejemplo, el editado por F. F. Segado, “The Spanish Constitution in the European Constitutional Context”, de 2003, con colaboraciones de autores de diversos países europeos; o el de E. Espín Templado (Coord.), “La Constitución de 1978 y las Comunidades Autónomas”, de 2003. Debe mencionarse también la obra coordinada por A. E. Pérez Luño, “Derechos Humanos y Constitucionalismo”, de 1996, así como la de C. Ruiz Miguel (Coord.), “Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, de 2004; también la de P. Cruz Villalón (Coord.), “Hacia la Europeización de la Constitución Española”, del año 2006.

Asimismo, resultan imprescindibles, a la par que enriquecedoras, las ediciones de textos normativos. En este sentido, merece atención el “Código Autonómico: Recopilación sistemática de los Estatutos de Autonomía”, de A. Ruiz Robledo (año 2003, Granada). También el comentario al Estatuto de Andalucía de 2006, elabora-

23 VVAA, *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 12. Juli 1885 - 9. Juni 1955, (Investigaciones e informes sobre Derecho Público. Escritos en recuerdo de Walter Jellinek, 12 de julio de 1885 - 9 de junio de 1955)*, editado por O. BACHOF, existe una reedición de 1962 en la editorial Olzog, Munich (*N. del T.*).

do por un grupo de autores en Granada (Coord. F. Balaguer Callejón) y publicado con el título de “El nuevo Estatuto de Andalucía” en el año 2007.

El género del prólogo²⁴, por otra parte, resulta tan ejemplar como típicamente español: maestros de más edad distinguen a los “novicios de la ciencia” con un prólogo a su primera obra. En Alemania apenas se encuentran muestras de esta tradición.

Por último, al observador extranjero le resulta también fascinante la tradición propia de las memorias del Tribunal Constitucional en Madrid (por ejemplo, la “Memoria 2000” o la “Memoria 2005”). Estos informes anuales de rendición de cuentas constituyen un modelo que debería ser adoptado y desarrollado por otros tribunales constitucionales nacionales en Europa. Reflejan las actividades del Tribunal en un modo muy útil para la ciencia, de modo que proporcionan transparencia (en Roma se celebran, por otra parte, seminarios²⁵ regulares en la propia “Corte”²⁶ allí sita; el equivalente alemán en Karlsruhe no auspicia nada parecido). El Tribunal Constitucional español publica incluso una serie propia de documentos de las reuniones de sus colaboradores científicos (por ejemplo, el número 170/2006 sobre el tema de “El Estado autonómico”).

V. CONCLUSIÓN

Estas líneas buscan ser un simple esbozo de la cuestión. Pretenden incitar a que Alemania preste aún más atención a la doctrina iuspublicista española y, al mismo tiempo, mostrar a los colegas españoles que los alemanes conocemos la alta calidad de la doctrina española y extraemos gran provecho de ella. Con ello no me refiero sólo a la lectura de publicaciones, sino que, junto al intercambio de trabajos científicos, resultan imprescindibles los encuentros personales: bien sea en congresos o bien, lo que es aún mejor, en círculos más reducidos.

24 Ejemplos de prólogos son el de P. Häberle a M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, de 1997, pp. 13 s.; J.A. MONTILLA MARTOS, *Minoría Política y Tribunal Constitucional*, 2002, pp. 10 ss.; también el de A. Jiménez-Blanco a F. DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental*, 1991.

25 Con carácter general pueden citarse los volúmenes de las reuniones de comunidades científicas, como A. LÓPEZ PINA (dir.), *División de Poderes e Interpretación*, 1987; o, del mismo autor (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, 1991.

26 Por ejemplo, el dedicado al autor de estas líneas en el año 2005 y recogido en el volumen de L. FRANCHI (a cura di), *Lo Stato costituzionale, i fondamenti e la tutela*, Roma, 2006.

Resumen

El artículo afronta la colaboración entre las comunidades científicas nacionales en el ámbito del Estado Constitucional, y, muy especialmente referidas al caso español respecto a Europa. Existe hoy una “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” de alcance europeo, que alcanza a los tribunales constitucionales nacionales y al Tribunal de Justicia de la UE, que intercambian preceptos constitucionales, decisiones judiciales y construcciones doctrinales. Muchos son los temas para abordar desde esta “Constitución como cultura” y “como proceso abierto”: El estudio de “Europa”, las fuentes del Derecho, el federalismo y regionalismo (“Estado autonómico”), la justicia constitucional, los derechos fundamentales, el Derecho electoral o el Derecho parlamentario. En el artículo también se aborda si la Constitución española debiera contener un artículo expresamente dedicado a Europa; y, concluye, con un repaso a la literatura científica española, a través de sus distintos formatos, como las monografías, los manuales, las revistas jurídicas especializadas, los libros-homenaje y otros géneros, como los volúmenes recopilatorios de los trabajos de un mismo autor, las ediciones de textos normativos, el prólogo de las obras y las memorias de los tribunales, entre otras.

Palabras clave

Comunidades científicas, intercambio constitucional, sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, literatura científica española.

Abstract

The article deals with the collaboration between national scientific communities in the field of the Constitutional State, and especially with the Spanish case in relation to Europe. Today there is an “open society of interpreters of the Constitution” of European scope, which reaches national constitutional courts and the Court of Justice of the EU, which exchange constitutional precepts, judicial decisions and doctrinal constructions. There are many topics to be addressed in this “Constitution as a culture” and “as an open process”: the study of “Europe”, the sources of law, federalism, and regionalism (“autonomous state”), constitutional justice, fundamental rights, electoral law and parliamentary law. The article also discusses whether the Spanish Constitution should contain an article expressly dedicated to Europe; and concludes with a review of Spanish scientific literature, through its different formats, such as monographs, manuals, specialised legal journals, tribute books and other genres, such as compilation volumes of works by the same author, editions of regulatory texts, prologues to works and court memoirs, among others.

Keywords

Scientific communities, Constitutional exchange, Open society of constitutional interpreters, Spanish scholarship.

Recibido: 21 de abril de 2023

Aceptado: 8 de mayo de 2023



Jurisprudencia



LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN DEFENSA DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL FRENTE A LA SATURACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES

**European case-law on the promotion of a more
effective international protection procedure against the
overburdened national systems**

M.^a DOLORES REQUENA DE TORRE

*Investigadora predoctoral FPU en el Departamento de Derecho
Constitucional de la Universidad de Granada*

SUMARIO:

- I. Contextualización del reto migratorio en Europa.
- II. ¿Existe un derecho a la protección internacional?
- III. Las garantías generales del artículo 12 de la Directiva sobre procedimiento.
- IV. El acceso al procedimiento.
- V. La entrevista personal.
- VI. Garantías procesales durante el examen de la solicitud.
- VII. El derecho al recurso efectivo.
- VIII. Reflexiones finales.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DEL RETO MIGRATORIO EN EUROPA

Es innegable que estamos presenciando un fenómeno migratorio de grandes desplazamientos sin precedentes. Los desplazamientos aumentan a un ritmo que supera, incluso, la tasa de crecimiento de la población mundial. Según la ONU en 1970 vivían fuera de su país natal 84 millones de personas; mientras que en 2020 esa cifra alcanzó los 281 millones, representando al 3,6% de la población mundial.

Dentro de esa tendencia migratoria, resultan especialmente preocupantes aquellos desplazamientos que pueden considerarse forzados. Según el último informe de ACNUR, elaborado en 2022, había unos 89,3 millones de personas desplazadas a la fuerza, más del 1% de la población mundial. Según este informe, la tasa de personas desplazadas a la fuerza ha aumentado bruscamente duplicando las cifras de 2012

(42,7 millones). Es decir, mientras que en 2012 una de cada 167 personas estaba desplazada en el mundo, hoy lo está una de cada 88 personas¹. La pregunta que nos hacemos ante estos datos es: ¿La Unión Europea, como territorio privilegiado en el mundo, está sabiendo responder a este reto inherente a la globalización?

Durante décadas la UE ha elaborado un sistema normativo sin parangón en el panorama internacional: el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA) a fin de alcanzar el objetivo plasmado en el artículo 78 del TFUE, otorgar un estatuto de protección adecuado a todo nacional de un tercer Estado que requiera protección. Sin embargo el SECA, pese a sus muchos logros, dista de ser perfecto; y, junto a sus graves lacras que lo sitúan como un sistema insolidario, ineficiente e insuficientemente comunitarizado; se suma la orientación restrictiva y *securitaria* que lo ha caracterizado los últimos años y que presenta al inmigrante, incluido a quien busca refugio, como una amenaza contra la seguridad. El resultado ha sido un deterioro de los sistemas nacionales de protección internacional, una mayor inhumanidad en las condiciones de acogida y, en general, un mayor rechazo al solicitante de protección no europeo².

Y, pese a la urgente necesidad de reformar los instrumentos normativos del SECA para hacerlos más efectivos y garantistas, las diferentes propuestas de reforma han sido constantemente bloqueadas. La última, el Paquete migratorio presentado en septiembre de 2020. Por su parte, la respuesta de los Estados miembros ha sido excesivamente heterogénea. Partiendo de los bloqueos mostrados en el seno de la

1 Véase el Informe de ACNUR: *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2021*. 2022 P.5. Informe que, como explica en la página 6, aunque se centra en los desplazamientos del 2021, se ha elaborado durante el año 2022 tomando en consideración los acontecimientos que tuvieron lugar en los primeros meses de 2022, en particular, la Guerra de Ucrania que al momento de redactar el informe contaba ya con más de 7 millones de desplazados internos y 6,8 millones de desplazamientos fuera de Ucrania.

2 Es evidente que el discurso cambia cuando quien requiere protección internacional es europeo. Tal y como se ha demostrado con la activación en 2022 de la Directiva de protección temporal (Dir. 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida) por primera vez, para dar respuesta a la situación de los Ucranianos. Sobre ello puede leerse a J.M PORRAS RAMÍREZ, «La crisis de Ucrania, la aplicación de la Directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, y el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes: ¿un progreso en la política migratoria común de la Unión Europea?» *La Ley Unión Europea*, número 106, 2022.

Unión, la postura generalizada por parte de los Estados ha sido otorgarles prioridad a sus cortoplacistas intereses nacionales. Y si bien muchos de estos coincidían en el objetivo de lucha contra la inmigración irregular y la externalización de fronteras, las medidas adoptadas han sido tan variadas como cuestionables: ocho Estados del espacio Schengen reactivaron los controles en las fronteras interiores³. Otros procedieron a la construcción o ampliación de vallas físicas en su territorio para frenar la entrada de inmigrantes⁴. Más polémica aún fue la propuesta de Dinamarca de trasladar a terceros países a los solicitantes, aún no llevada a cabo en el momento en que se escriben estas líneas. O los bloqueos de Italia que impedía el desembarco en sus puertos de inmigrantes rescatados en el mar. Aunque hasta el momento, el TJUE solo ha condenado las medidas adoptadas por Hungría⁵ entre las que destacan la restricción al procedimiento de protección mediante una limitación excesiva de los lugares habilitados para su presentación; y la persecución por vía penal de quienes asisten a los solicitantes de protección proporcionándoles información. No obstante, la más drástica fue la decisión adoptada por Grecia en el año 2020, cuando Turquía reabrió sus fronteras para la renegociación del acuerdo firmado en 2016 –conocido como acuerdo de la «vergüenza»– y el país heleno anunció la suspensión por un mes del derecho a pedir asilo.

Estas y otras muchas circunstancias que acontecen en los sistemas nacionales de protección internacional evidencian la grave situación en que se encuentran los solicitantes de protección internacional en Europa; pues, además de encontrar con frecuencia unas condiciones de acogida indignas, se topan con procedimientos faltos de garantías en una Europa que presume de sus derechos y que, de manera novedosa, recogió en el artículo 18 de la CDFUE el «derecho al asilo». Sin embargo, la realidad evidencia la imposibilidad de solicitar protección en muchas administraciones nacionales; la falta de asistencia jurídica gratuita; procedimientos incompletos que

3 Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 26 de abril 2022, asuntos C-368/20 y 369/20: *NW y Landespolizeidirektion Steiermark y Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*.

4 Destacan así las vallas de Letonia, Lituania y Polonia en sus fronteras con Bielorrusia; la de Hungría con Serbia; o la verja de 40 km que separa Grecia de Turquía. Posturas que han llevado a la Unión a plantearse la financiación de las mismas en un futuro, aunque de momento se muestra contraria. Una breve pero ilustrativa radiografía del sistema de muros en la Unión puede leerse en el informe elaborado por el periódico EL MUNDO: «Los muros que blindan Europa contra los migrantes». Publicado el 24 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/11/24/619bcd3221efa037278b45c7.html>

5 STJUE Gran Sala el 17 de diciembre de 2020 en *Comisión/Hungría*.

prescinden de fases tan esenciales como la entrevista; exámenes inadecuados de las pruebas; recursos sin efectos suspensivos; plazos excesivamente breves; o dilaciones indebidas que afectan de manera grave a la vida del solicitante. Y es que las deficiencias de sistemas saturados y políticamente bloqueados merman la confianza en el propio sistema y conlleva una evidente desprotección de los derechos de los solicitantes y en especial, dada la particular naturaleza del procedimiento de protección internacional, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por todo ello, el presente trabajo pretende poner el foco de atención en la necesidad de preservar las garantías del procedimiento de protección internacional, esto es, en defensa del derecho a la buena administración y a la tutela judicial efectiva, como garantía del *derecho al asilo* y de los derechos sustantivos que el solicitante de protección internacional pretende preservar con su solicitud y, en particular, la garantía última de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

II. ¿EXISTE UN DERECHO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL?

El reconocimiento del *derecho al asilo* que recoge el artículo 18 de la CDFUE se realiza en consonancia con el objetivo comunitario de desarrollar una política común en materia de protección internacional destinada a ofrecer uno de los tres estatutos de protección contemplados por el Derecho comunitario (asilo, protección subsidiaria y protección temporal) «a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional», plasmado en el artículo 78 del TFUE.

Según el tenor literal del artículo 18 de la CDFUE, «se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra (...), lo que supone un reconocimiento singular y meritorio. Y es que, siendo la protección internacional una materia íntimamente ligada al núcleo duro de la soberanía de los Estados, concebido más como una prerrogativa de los Estados que como un derecho, no se recoge en los principales tratados de derechos. Así, por ejemplo, no se incluye ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Es más, la Convención de Ginebra, a la que se remite el propio artículo 18, no proclama un *derecho al asilo* sino que instaura una norma de derecho imperativo que prohíbe la expulsión a un territorio donde la persona vaya a sufrir tratos inhumanos o degradantes, donde su libertad o su vida corran peligro: el principio de *non refoulement*. Pero no existe ni en el Derecho nacional ni en el internacional un derecho exigible ante las autoridades de un Estado para que este reconozca el asilo. Las Constituciones nacionales se remiten a su desarrollo legal existiendo un consenso en la Comunidad internacional que califica como prerrogativa estatal la concesión de protección internacional.

Por ello, no debemos caer en el error de interpretar que la CDFUE ha creado un derecho. Sería impensable a tenor del artículo 51.2 de la CDFUE pensar que la Carta ha instaurado un derecho al asilo exigible ante las autoridades nacionales. La Carta contiene en realidad una expectativa de Derecho que se desarrolla a través del Derecho derivado en base a las competencias atribuidas: el SECA y su desarrollo por los sistemas nacionales. Y por estos motivos, el contenido del artículo 18 resulta difícil de concretar estando conformado por varios elementos: de un lado, el artículo 18 contiene una materialización del principio de *non refoulement*. Ello se deduce de la referencia expresa a la Convención de Ginebra que, como se ha señalado, no regula un potencial derecho al asilo sino el principio de *non refoulement*, esto es, la prohibición de devolución a un lugar donde la persona pueda sufrir tratos inhumanos y degradantes.

Pero si bien no deja de resultar obvio que el respeto a este principio derive del artículo 18, su contenido no puede limitarse a ello. Pues ya hay un artículo expresamente dedicado al mismo, el artículo 19, y otro del que la tradición europea lo ha deducido, el 4. Y es que, es precisamente a través de la genérica e imperativa prohibición de tratos inhumanos y degradantes hacia donde el TEDH ha reconducido su protección.

Encontramos así en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión la prohibición que protege frente a los tratos inhumanos y degradantes del artículo 4; el artículo 19, que en desarrollo del principio de no devolución protege frente a las expulsiones colectivas y frente a aquellas que supongan un grave riesgo de sufrir una tortura o un trato inhumano o degradante. Y un artículo 18 que, con un contenido poco concretado aún, pretende garantizar el derecho a un estatuto de protección internacional en el territorio de la Unión. Tres artículos con zonas convergentes de tutela que, sin embargo, no resultan completamente coincidentes.

Estos preceptos guardan, sin duda, una estrecha relación. Pero no siempre se vulneran simultáneamente. Puede suceder que a una persona se le deniegue el asilo (u otro estatuto de protección internacional) porque, tras un procedimiento con todas las garantías, el Estado considere que no está sometida a un riesgo de persecución y el Estado, por tanto, no conceda esa protección. Pero puede ocurrir que ese solicitante de protección esté gravemente enfermo y el mero traslado le suponga un empeoramiento tan grave como para alcanzar el umbral de trato inhumano. En ese caso, el rechazo al asilo no vulnera el artículo 18 pero sí que puede dar lugar a la vulneración del artículo 19 e incluso del 4 si se procede a su expulsión.

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión en el caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contra Moussa Abdida*⁶, al interpretar el alcance del artículo 19 en relación con la jurisprudencia del TEDH:

«De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que debe atenderse en aplicación del artículo 52, apartado 3, de la Carta para interpretar el artículo 19, apartado 2, de ésta, resulta que, si bien los no nacionales afectados por una decisión que permite su devolución no pueden en principio reclamar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado para seguir beneficiándose de la asistencia y de los servicios médicos sociales u otros prestados por ese Estado, la decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede suscitar una cuestión a la luz del artículo 3 del CEDH, en casos muy excepcionales, cuando sean imperiosas las consideraciones humanitarias contrarias a esa devolución (véase en especial TEDH, sentencia *N. c. Reino Unido* de 27 de mayo de 2008, § 42)».

O al contrario, que a una persona se le someta a una devolución a un territorio seguro, y donde no corre ese riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes; pero que no se le haya permitido previamente acceder al procedimiento de protección internacional. Como ocurre con frecuencia en las expulsiones en frontera y las conocidas «expulsiones en caliente». En ese caso podría apreciarse una vulneración del artículo 18 de la Carta. Aunque, ¿cómo asegurar que ese Estado es seguro para aquella persona si no se le permite acceder previamente a un procedimiento de protección internacional donde exponer los motivos de su huida?

Con todo ello, podemos concluir que la otra parte fundamental del artículo 18 CDFUE se corresponde con el derecho de acceso al procedimiento de protección internacional; estableciéndose un claro vínculo entre el mal llamado *derecho al asilo* y el derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí reside la importancia que tiene el estudio de las garantías del procedimiento de protección. Si bien, no podemos errar considerando todo defecto en el proceso como una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, la vulneración de determinadas garantías revisten de una especial gravedad que, en la práctica, conlleva que el procedimiento de protección internacional no se desarrolle de manera efectiva. En consecuencia, el número de solicitudes concedidas e incluso el de solicitudes presentadas merman y, precisamente por las particularida-

6 STJUE de 18 de diciembre de 2014 *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve y Moussa Abdida*, C- 526/13. §47.

des de este procedimiento, se derivan violaciones graves de derechos humanos con especial incidencia en la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Con todo ello, debemos ser conscientes de la realidad que se vive en la UE desde hace décadas donde, tanto los procedimientos de solicitud de protección internacional como los procedimientos de expulsión (en los que estos pueden desembocar) están viéndose afectados por sistemas ineficaces desbordados ante los flujos migratorios masivos y mixtos. En este sentido, existe ya una larga jurisprudencia europea condenando las vulneraciones a la tutela judicial efectiva en ambos procedimientos, y exponiendo inútilmente las graves repercusiones que dichas violaciones tienen en la vida de los afectados, sin que se hayan producido cambios en la normativa europea. Pero solo si atendemos a las particularidades que rodean a estos procesos comprenderemos la trascendencia de la que revisten sus garantías procesales, a fin de velar por la seguridad jurídica en su estatus, en sus derechos y en sus obligaciones. De otra manera, podría ocurrir que a un solicitante de protección internacional se le mantenga durante más de doce años sin una resolución, y con una legislación nacional que le impide, hasta obtener una resolución favorable, sacarse el carné de conducir o matricularse en una universidad. Es decir, hacer su vida⁷.

La problemática, por tanto, va más allá de la cuestión de la titularidad del derecho; que podemos considerar superada al existir consenso en la Comunidad Internacional en calificar la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental inherente a la persona⁸. El principal problema que nos encontramos, y que se hace evidente de una lectura de la jurisprudencia europea en la materia, es que los sistemas nacionales se encuentran desbordados. El panorama poco ha cambiado desde *M.S.S c. Bélgica y Grecia*⁹. El SECA, a pesar de sus indudables logros, ha resultado un sistema ineficaz, insolidario y de desigual aplicación entre los Estados Miembros. Pero entre las numerosas críticas que este sistema recibe¹⁰, hay una especialmente

7 STEDH de 13 de octubre de 2016, *Asunto B.A.C. c. Grecia*.

8 Nuestro Tribunal Constitucional expresó ese reconocimiento a los extranjeros con independencia de su situación jurídica al afirmar que «pertenece(n) a la persona en cuanto tal y no como ciudadano». O, en otras palabras, entre los que son «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» (STC 99/1985; 236/2007).

9 STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia*.

10 Para un estudio más detallado sobre la situación actual del SECA, sus debilidades y las perspectivas de reforma véase: J.M. PORRAS RAMÍREZ, «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización». *Revista de estudios políticos*, N.º 175, 2017, pp. 207-234. Y J.M. PORRAS RAMÍREZ, «Un Pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea»

alarmante: el respeto a los derechos fundamentales durante el procedimiento. Las perspectivas no permiten ser optimista. Actualmente, la reforma del SECA está paralizada. Y aun cuando en el mejor de los casos, las legislaciones nacionales o las actuales normas europeas se consideraran suficientemente garantistas, la puesta en práctica condicionada por los fallos del sistema imposibilita su correcto desarrollo en perjuicio del derecho a la tutela judicial de los requirentes, en primer lugar; y en segundo, de los derechos que el propio procedimiento está encaminado a garantizar, que pueden llegar a resultar ilusorios. Por tanto, velar para que se respeten todas las garantías procesales y los derechos incluidos en el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva durante estos procedimiento garantizan, no solo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también otros derechos sustantivos como el derecho al asilo (artículo 18 CDFUE), o la absoluta prohibición del artículo 4 de la Carta cuyo respeto, como se concluirá, depende en gran medida de las garantías procesales durante los procedimiento de protección internacional y de expulsión.

III. LAS GARANTÍAS GENERALES DEL ARTÍCULO 12 DE LA DIRECTIVA SOBRE PROCEDIMIENTO

En atención a esa relación entre tutela judicial efectiva y protección internacional, la actual Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante Directiva de procedimiento), contempla una serie de garantías procesales. Esa vinculación con el propio derecho sustantivo a la protección internacional se reconoce en el considerando 25 de la actual Directiva 2013/32 al afirmar que: «en aras del adecuado reconocimiento de las personas necesitadas de protección (...) todo solicitante debe tener acceso efectivo a los procedimientos, la oportunidad de cooperar y comunicarse realmente con las autoridades competentes para poder presentar los hechos pertinentes para su caso, así como las garantías procedimentales suficientes para estar en condiciones de proseguir el procedimiento en todas sus fases». Y con este espíritu, la norma prevé una serie de garantías, tanto en fases concretas del procedimiento, como la entrevista o el recurso; como otras más genéricas que deben asegurarse durante todo el procedimiento.

En estas últimas se centra el artículo 12 de la Directiva, según el cual en los procedimientos en primera instancia recogidos en el Capítulo III de la norma, esto

en J.M. PORRAS RAMÍREZ (coord.) *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi 2020. pp. 145-171.

es: procedimiento de inadmisión de la demanda; de examen; de solicitud posterior; y en los procedimientos fronterizos los solicitantes de protección disfrutarán de las siguientes garantías:

A) Recibir información sobre el procedimiento en un idioma comprensible por el requirente¹¹. Se trata de una garantía de vital importancia puesto que es frecuente (y comprensible) que el solicitante de protección no conozca el funcionamiento de un procedimiento tan específico en el país de llegada: frente a quién entablarlo, con qué plazos cuenta, cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones, etc. Sin embargo, el desconocimiento de esa información puede dar lugar, incluso, a que la Administración presuma su desistimiento; por tanto, no solo el éxito de la solicitud sino el propio desarrollo del procedimiento dependerá de la información que se proporcione a quien expresa su deseo de solicitar protección.

La directiva asume esa relación entre el acceso a la información y el propio acceso al procedimiento. Tal y como refleja, por ejemplo, la obligación establecida en el artículo 6 apartado 1 relativa al deber de los Estados miembros de velar por que las autoridades que, sin ser competentes, sea probable que reciban solicitudes de protección internacional (policías, guardias de frontera, personal de los centros de internamiento...) dispongan de información y formación suficiente para poder informar a los solicitantes de cómo y dónde plantear la solicitud. Sin embargo, se ha demostrado que difiere considerablemente entre un Estado miembro y otro. En el estudio realizado para la elaboración de la propuesta de reforma del Reglamento Dublín¹², la mayoría de Estados miembros señalaron que la información aportada es «información general», que puede resultar insuficiente respecto de lo establecido en la normativa europea y, en concreto, respecto al artículo 4 del reglamento Dublín

11 Según el tenor literal de la norma: un idioma «que sea razonable suponer que comprenden». Aunque al respecto conviene recordar la jurisprudencia del TEDH según la cual: «los tribunales nacionales son los garantes últimos de la equidad del proceso, incluso en lo que se refiere a cualquier falta de traducción o interpretación a favor de un demandado extranjero» (STEDH de 18 de octubre de 2006 *Herri c. Italia* § 62).

12 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD): «Resultados de las evaluaciones *ex post*, las consultas con las partes interesadas y evaluaciones de impacto: garantías procesales». Propuesta que, por otro lado, ha decaído en el actual paquete de reformas incluido en el Pacto de Migración y Asilo presentado en 2020.

III¹³. Y es más, en ciertos Estados es posible incluso que no se proporcione información o esté obsoleta.

B) Contar con los servicios de un intérprete financiado a través de fondos públicos, al menos, cuando la comunicación en las entrevistas sobre el fondo o sobre la admisibilidad de la demanda no sea posible. Una garantía procesal que ha sido abordada por el TEDH como contenido del artículo 6 del CEDH, pero que deja fuera de su ámbito de aplicación el procedimiento de protección internacional. No obstante, además de su reconocimiento expreso en la Directiva, este derecho se encontraría dentro de las garantías del artículo 13 del CEDH, que sí resulta aplicable. Y amparado por el artículo 47 de la CDFUE.

C) Aunque la norma no obliga a los Estados a contactar con ACNUR, prohíbe a estos que nieguen al solicitante el contacto con el Alto Comisionado o con cualquier otra organización que preste asesoramiento a los solicitantes, de conformidad con el Derecho estatal.

D) Se prohíbe además que los Estados nieguen a los solicitantes, a sus abogados o a sus asesores jurídicos el acceso a la información a la que se refiere el artículo 10 de la Directiva. En concreto, a la información proporcionada preceptivamente por la EASO y ACNUR, u otras organizaciones internacionales pertinentes, respecto a la situación general del país de origen del solicitante. Y, de haber sido solicitado por el personal que examine la solicitud¹⁴, al informe emitido por un experto relativo a aspectos médicos, culturales, religiosos, de menores, o de género.

E) Otra garantía de vital importancia es la notificación de la resolución sobre su solicitud en un plazo razonable. Y es que, si la garantía de unos plazos razonables está presente en todos los procedimientos en tanto que derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, es evidente su importancia en este procedimiento y, como se señaló *supra*, su incidencia en la integración del solicitante.

Para nuestros tribunales, el problema de la dilación indebida no le es ajeno. Como tampoco lo es para el Tribunal de Estrasburgo, que ha subrayado la prolongada situación de incertidumbre en la que se encuentra el requirente de protección

13 Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (versión refundida).

14 En este punto, el tenor literal del artículo 12 apartado 1, letra) D, especifica: «cuando la autoridad decisoria haya tenido en cuenta dicha información para tomar una decisión sobre su solicitud». No obstante, resultaría difícil de entender que se pudiera negar el acceso a un informe relativo al demandante de protección simplemente alegando que no se ha tenido en cuenta para la resolución.

debido a la pasividad de la Administración, y las consecuencias jurídicas que devienen de su estatus temporal. Así, en asuntos como *M.S.S contra Bélgica y Grecia* o en *B.A.C. contra. Grecia*, el TEDH señaló que entre las obligaciones de los Estados se incluye el deber de examinar la solicitud de asilo para que la situación de inseguridad jurídica sea lo más breve posible¹⁵, y reducir de este modo el período durante el cual el solicitante está sujeto a unas condiciones de acogida potencialmente inadecuadas¹⁶. En el asunto de *B.A.C.*, el Tribunal encontró injustificado que las autoridades prolongaran la incertidumbre de una solicitante de protección sobre su estatus jurídico durante más de doce años. Una situación, que impidió a la demandante matricularse en la Universidad, abrirse una cuenta bancaria, u obtener el permiso de conducir, entre otras cosas. En este caso, resulta además reseñable que la condena del Tribunal no fuera por violación del derecho a un proceso equitativo, puesto que la propia línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo excluye del ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio a la materia migratoria, reservando su ámbito de aplicación a derechos y obligaciones de carácter civil y acusaciones penales. Por ello, el TEDH trasladó el estándar de protección a la esfera protegida de otro derecho, en concreto, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, condenando finalmente a Grecia por violación del artículo 8 en conexión con el artículo 13. Una argumentación que ha seguido en otros procedimientos relativos a temas migratorios, más allá de la protección internacional, como por ejemplo en el asunto *Aristimu Mendizabal c. Francia*¹⁷ donde la tardanza de catorce años para expedir un permiso

15 STEDH de 13 de octubre de 2016, *Asunto B.A.C. c. Grecia* §37: «Estas obligaciones positivas también incluyen el deber de las autoridades competentes de examinar rápidamente la solicitud de asilo de la persona, con el fin de garantizar que su situación de inseguridad e incertidumbre sea lo más breve posible. (...) §46: Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que, en las circunstancias del presente asunto, las autoridades competentes incumplieron la obligación positiva que les incumbe en virtud del artículo 8 del Convenio de establecer un procedimiento eficaz y accesible para proteger el derecho a la vida privada mediante una normativa adecuada que garantice que la solicitud de asilo del demandante sea examinada en un plazo razonable a fin de que su situación de inseguridad sea lo más breve posible. Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 8».

16 STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia* §262: «Finalmente, el Tribunal señala que la situación en la que se encuentra el demandante dura desde su traslado a Grecia en junio de 2009, que está vinculada a su condición de solicitante de asilo y al hecho de que su demanda de asilo todavía no ha sido examinada por las autoridades griegas. En otros términos, el Tribunal es de la opinión que estas últimas habrían podido, si hubieran actuado con celeridad en el examen de la demanda de asilo del demandante, limitar considerablemente su sufrimiento».

17 STEDH, de 17 de enero de 2006, *Asunto Aristimu Mendizabal c. Francia*.

de residencia se consideró vulneradora del artículo 8, al provocar una situación de precariedad e inseguridad que afectó a su vida privada y familiar.

En el mismo sentido, el TJUE ha señalado que, aunque los Estados miembros regulan sus modalidades procedimentales en virtud del principio de autonomía procesal, la efectividad del acceso al estatuto de protección internacional exige que el examen de la solicitud se lleva a cabo en un plazo razonable¹⁸. Lo que, a su vez, constituye una exigencia del derecho a una buena administración (Art. 41 CDFUE). Por ello, atendiendo a la afectación que suponen los plazos en la vida privada y familiar del solicitante; y sobre todo, a la necesidad de agilizar los trámites en un sistema ineficiente y colapsado, la actual propuesta de reforma del SECA mantiene el plazo de seis meses para una primera resolución¹⁹, aunque prevé plazos más breves para la tramitación de solicitudes manifiestamente infundadas.

La cuestión que, sin embargo, continúa sin resolverse es qué consecuencias tiene una dilación indebida en el procedimiento. Así, recientemente se ha pronunciado al respecto el TJUE²⁰ confirmando las conclusiones del Abogado General quien, remitiéndose a la jurisprudencia del asunto *Torubarov*²¹, señaló que aunque el mero incumplimiento de la obligación de adoptar una resolución en un plazo razonable no afecta a los criterios de concesión del estatuto de protección internacional y por tanto, no puede fundamentar su concesión; cuando el incumplimiento de este deber vulnera el derecho de defensa del solicitante podría justificar *per se* la anulación de una resolución denegatoria. O, dicho de otro modo,

«El eventual incumplimiento de la exigencia de tramitar en un plazo razonable los asuntos en materia de protección internacional, tanto en las fases administrativa como judicial, no puede tener como consecuencia, por sí solo, la anulación de una resolución por la que se desestima un recurso de anulación

18 STJUE de 8 de mayo de 2014, *H. N. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland*. C604/12.

19 La actual propuesta de Reglamento prevé, en su artículo 34 un plazo máximo de seis meses, prorrogable por un máximo de otros tres meses cuando determinadas circunstancias hagan imposible a la autoridad cumplir con el plazo de seis meses. Y como plazo máximo, previsto en circunstancias excepcionales en las que la autoridad decisoria tenga que aplazar el procedimiento de examen, la norma establece la obligación de concluir el procedimiento en un máximo de quince meses desde la presentación de la solicitud.

20 STJUE de 29 de junio de 2023 *Asunto X e International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Ireland, Attorney Genera C.- 756/21*.

21 STJUE de 29 de julio de 2019 *Asunto Torubarov C-556/17*.

de una resolución denegatoria de una solicitud de protección internacional, a menos que la superación del plazo razonable haya tenido como consecuencia una vulneración del derecho de defensa. (...) La inobservancia de un plazo de enjuiciamiento razonable no puede conducir, si no existe indicio alguno de que la excesiva duración del procedimiento administrativo o judicial influyese en la solución del litigio, a la anulación de la resolución administrativa o de la resolución judicial impugnada»²².

Correspondiendo al órgano jurisdiccional remitente valorar esa potencial vulneración.

Tras un repaso de las garantías generales previstas en el artículo 12 debemos pasar a examinar otras garantías procesales que deben estar presentes en fases concretas del procedimiento, cuya vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva las configura como auténticos derechos.

IV. EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO

Cronológicamente, y siguiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, «el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas»²³.

Este derecho, que debe ser «concreto y efectivo», podemos observarlo desde diversas ópticas con relación al procedimiento de protección internacional: de un lado la consideración como ilegítimas de aquellas normas o prácticas que hacen excesivamente difícil el acceso al procedimiento. Prácticas con un trasfondo disuasorio, a las que la realidad nos tiene cada vez más acostumbrados, pero que son contrarias a la Directiva 2013/32 pues, como recordó el TJUE: «el objetivo mismo de la Directiva 2013/32, en particular de su artículo 6, apartado 1, que consiste en garantizar un acceso efectivo, sencillo y rápido al procedimiento de protección internacional»²⁴. A este respecto es necesario señalar que, a pesar de ser una garantía lógica del derecho a la protección internacional, garantizado en el artículo 18 de la CDFUE, el Sistema Europeo Común de Asilo no prevé un sistema efectivo de vías legales y seguras

22 STJUE de 29 de junio de 2023 *Asunto X e International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Ireland, Attorney General C.- 756/21* § 81 y 82.

23 STC de 9 de febrero 40/2009. Fj.4).

24 STJUE de 25 de junio de 2020. *Asunto VL C36/20*.

para llegar a Europa. Esta realidad²⁵, sumada a que la Directiva sobre procedimiento retrasa su aplicación hasta el momento en que el individuo ha llegado a la frontera, aguas territoriales o zonas de tránsito, conlleva que la inmensa mayoría de solicitudes de protección estudiadas y concedidas procedan de inmigrantes que llegaron irregularmente al territorio.

Sin duda, esta falta de vías que pretende servir de disuasión impide el acceso efectivo, sencillo y rápido a la jurisdicción como primera potencial vulneración del derecho a la tutela judicial y del propio derecho al asilo, garantizado en el artículo 18 de la Carta, por parte de un sistema de protección que articula como prioridad la gestión de fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal. Un sistema que ha llegado a considerar conforme a Derecho las expulsiones en caliente en una polémica sentencia del TEDH²⁶. Si bien es conveniente puntualizar a este respecto que la STS 3445/2020²⁷ ha reconocido, de manera insólita en el panorama comunitario, el Derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España precisamente en atención a los argumentos que el Gobierno español alegaba en la famosa STEDH de *N.D y N.T.* Y es que en aquel polémico asunto fue determinante el argumento del Gobierno sobre la existencia de vías legales para solicitar asilo que, a juicio del TEDH, deslegitimaba la acción de los demandantes de cruzar ilegalmente asaltando la valla²⁸.

La segunda perspectiva nos lleva a estudiar el acceso efectivo al procedimiento ante administraciones saturadas. Se trata de una cuestión que se ha generalizado en los últimos años para los trámites frente a la Administración Pública. En particular, a partir de la pandemia del Covid-19 y el mantenimiento de la obligación de solicitar cita previa. Así, algunos autores han señalado que, como ese requisito no está ya suficientemente justificado al extinguirse el motivo de salud pública que lo avaló, supone un obstáculo para el acceso de la sociedad a los servicios públicos. Para el acceso al procedimiento de protección internacional pueden pasar

25 Denunciada en infinidad de informes de organismos gubernamentales y no gubernamentales, ha sido reconocida incluso por la propia Comisión, que fijó como uno de los objetivos de la reforma del SECA reforzar las vías legales y seguras de acceso. Véase al respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de silo y una mejora de las vías legales hacia Europa, COM (2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.

26 STEDH de 14 de febrero de 2020, Asunto *N.D y N.T c. España*.

27 Para mayor profundidad véase el comentario de A. SÁNCHEZ LEGIDO, «El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)». *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º 41, 2021.

28 STEDH de 14 de febrero de 2020, Asunto *N.D y N.T c. España*. § 222.

meses hasta poder solicitar la cita. Tal y como se ha comprobado en el momento de escribir estas líneas, la página web únicamente comunica que no hay citas disponibles²⁹, sin opción a consultar y reservar la próxima fecha accesible, mientras grupos organizados se lucran vendiendo esas citas³⁰. Así lo denuncian los propios interesados³¹. La saturación del sistema, y la falta de respuesta por parte de las instituciones que debían haber previsto y respondido al aumento de solicitudes, conllevan el bloqueo del procedimiento y sitúa en situación de limbo jurídico a aquellos que muestran el deseo de solicitar protección internacional, pero que no pueden formalizar su solicitud. Pues sin este trámite formal, no quedan bajo el estatus de *solicitantes* y son colocados en una situación aún más vulnerable donde con frecuencia se les niega el acceso a las condiciones de acogida que prescribe la Directiva de Condiciones de Acogida.

Y es que, el momento en que una persona adquiere el estatus de solicitante no es un asunto pacífico. El TJUE ha interpretado la Directiva de condiciones de acogida 2013/33 señalando que «los EEMM velarán por que los solicitantes puedan disponer de las condiciones materiales de acogida cuando presenten su solicitud de

29 Durante varios días se accedió a la página web: <https://icp.administracionelectronica.gob.es/icpplus/acOpcDirect> para solicitar cita en extranjería. Se seleccionaron aleatoriamente provincias (Barcelona, Zaragoza, Córdoba, Granada, Ceuta y Madrid) y en ninguna había citas disponibles. En todos los casos el mensaje era: «En breve, la Oficina pondrá a su disposición nuevas citas».

30 Unos hechos que están siendo investigados y sobre los que han informado los principales periódicos de nuestro país: El periódico *El País* publicó el 12 de mayo de 2023 la noticia: «El ingeniero que burló la web de la Administración para hacer negocio vendiendo citas de Extranjería» (M. MARÍN y O. LÓPEZ FONSECA). Disponible para consulta en: <https://elpais.com/espana/2023-05-12/el-ingeniero-que-burlo-la-web-de-la-administracion-para-hacer-negocio-vendiendo-citas-de-extranjeria.html> Un día antes, el 11 de mayo, *El Mundo* publicó «Cientos de abogados investigados en una presunta mafia de venta de citas de Extranjería». Se puede consultar la noticia en: <https://www.elmundo.es/espana/2023/05/11/645cd3ccfddff0aa8b45c3.html> Y el 12 de mayo de 2023 *El Confidencial* publicó: «Detenidas 69 personas por bloquear con un 'bot' citas de Extranjería y revenderlas» Disponible para consulta: https://www.elconfidencial.com/espana/2023-05-12/detenidos-investigados-provincias-revender-citas-extranjeria_3628210.html.

31 Puede verse el artículo periodístico escrito por J- VARGAS MARTÍ, «Nueve meses sin conseguir cita para pedir asilo: Tengo miedo de la Policía porque no tengo papeles» publicado en *PÚBLICO* el 14 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/nueve-meses-cita-pedir-asilo-miedo-policia-no-papeles.html> últ. Consulta el 20 de febrero de 2023. O el artículo de L. GARCÍA: «Demoras de 20 meses en Málaga para tramitar las solicitudes de asilo». Publicado en *Málaga hoy*, el 6 de febrero de 2023. Disponible en: https://www.malagahoy.es/malaga/Demoras-meses-Malaga-tramitar-solicitudes_0_1760825122.html últ. Consulta el 20 de febrero de 2023.

protección internacional»³² Sin embargo, el concepto «momento en que presenten su solicitud de protección internacional» no está correctamente definido y, a este respecto, resulta oportuno observar el considerando 27 de la Directiva 2013/32 que señala la obligación para los EEMM de inscribir a las personas que hayan expresado «su deseo de solicitar protección internacional» como solicitantes de protección cuanto antes³³. Por lo que la interpretación más garantista sería aquella que otorgase ese estatus a quien exprese el deseo de solicitar protección cuando la falta de formalización de su solicitud sea imputable a la propia Administración. En este sentido, la propuesta presentada en 2016 para la reforma de la Directiva de procedimiento adelanta el inicio del procedimiento a la mera expresión del deseo de protección internacional a determinadas autoridades. Idea que parece haberse mantenido en la propuesta de 2020, pendiente de aprobación.

Por último, hablar del acceso al procedimiento también requiere abordar el tema del acceso a la justicia gratuita como auténtica garantía de este derecho. El derecho a la asistencia jurídica, hartamente reconocido, e inherente a la tutela judicial efectiva, se encuentra así garantizado no solo en los ordenamientos nacionales sino, a nivel Europeo tanto por el CEDH como por la CDFUE. Así, el limitado ámbito de aplicación del artículo 6 del Convenio, no ha impedido al Tribunal de Estrasburgo considerar esta garantía procesal inherente al artículo 13 del CEDH. Y es que los remedios previstos en el artículo 13 deben ser efectivos, y para ello deben resultar accesibles en la práctica y no solo de forma teórica, lo que puede implicar la gratuitidad de la asistencia jurídica o la exención de tasas. Y así lo consideró, entre otros, en el famoso asunto *M.S.S contra Bélgica y Grecia*³⁴. Por su parte, el artículo 47 de la Carta

32 STJUE de 12 de noviembre de 2019, *Zubair Haqbin Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers* C-233/18, § 33.

33 Considerando 27 de la Directiva 2013/32/UE: «Dado que los nacionales de terceros países y las personas apátridas que hayan expresado su deseo de solicitar protección internacional son solicitantes de protección internacional, deben cumplir las obligaciones y gozar de los derechos contemplados en la presente Directiva y en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Para ello, los Estados miembros deben inscribir cuanto antes el hecho de que estas personas son solicitantes de protección internacional».

34 STEDH de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S contra Bélgica y Grecia* §319: «Además, el demandante, que es evidente que carece de medios para pagar a un abogado, no recibió ninguna información sobre las organizaciones que ofrecen asesoramiento y orientación legal. A esto se añade la escasez de abogados en la lista establecida bajo el sistema de ayuda legal (apartados 191 y 281 arriba) que en la práctica hace ineficaz el sistema. Contrariamente a lo que mantiene el Gobierno, el Tribunal

de Derechos Fundamentales de la Unión dispone que «toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

Como derecho reconocido en la Carta, es de aplicación cuando los Estados miembros aplican Derecho de la Unión y, por tanto, lo es en los procedimientos de protección internacional, en los procedimientos para impugnar las condiciones de acogida y en los procedimientos de retorno. No obstante, la Directiva parece ajena a este reconocimiento que hace la Carta y lo limita de manera estricta.

Pero para comprender el tratamiento que hace la Directiva de este derecho primero debemos diferenciar el derecho a recibir información jurídica gratuita del más amplio derecho a la asistencia jurídica gratuita, que es al que aquí nos referimos ahora. Esta distinción es esencial porque, a pesar del reconocimiento en la CDFUE y en CEDH, la actual Directiva sobre procedimientos limita el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la fase de recurso. Garantizando en todas las fases del procedimiento, únicamente, la puesta a disposición de información jurídica y procesal gratuita.

Así, el artículo 20 de la referida Directiva, bajo el título: «Asistencia jurídica y representación legal gratuitas en los procedimientos de recurso» garantiza la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de recurso contemplados en el título V de la norma. Mientras que el artículo 19, que si es de aplicación en todas las fases del procedimiento, únicamente prevé la puesta a disposición de información jurídica y procedural.

La norma contempla la posibilidad de que los Estados reconozcan esta asistencia jurídica en todas las fases, pero no como obligación. Y es que, si leemos detenidamente la Directiva de Procedimiento, esta desprende *a priori* una apariencia garantista que se desvanece cuando nos detenemos a observar estas deliberadas distinciones que sirven para flexibilizar el resto de obligaciones impuestas a los Estados, dotándolos de un excesivo poder discrecional. Y más evidente resulta cuando, el artículo 21 sobre «Condiciones para la puesta a disposición gratuita de información jurídica y procedural y la prestación de asistencia y representación legal gratuitas» restringe aún más el derecho al prever la posibilidad de que los Estados no la concedan, incluso en la fase de recurso, cuando el solicitante no se encuentre ya en el territorio. Una medida draconiana para castigar los «temidos» movimientos secun-

considera que esta situación puede ser un obstáculo de hecho capaz de impedir el acceso al recurso y depende del artículo 13, en particular en el caso de los solicitantes de asilo».

darios. De este modo se restringe aún más un derecho ya excesivamente limitado, incluso en la única fase que la norma había considerado *mínimum invulnerable*. Lo que resulta un riesgo para la tutela judicial efectiva del solicitante que, por falta de medios, puede no lograr una adecuada asistencia jurídica desde el inicio del procedimiento. Aun cuando, evidentemente, la falta de una auténtica asistencia desde la primera fase puede conllevar que la persona no alcance la fase de recurso.

Esta medida se entiende únicamente como herramienta configurada para disuadir, en la medida de lo posible, del acceso al procedimiento o de un procedimiento exitoso. Consciente de estas graves vulneraciones, la actual propuesta de reforma plantea una nueva configuración de este derecho: la Directiva de Procedimiento será sustituida por el Reglamento de Procedimiento que prevé la asistencia jurídica gratuita en todas las fases del procedimiento. Aunque excluyendo las solicitudes posteriores y las consideradas infundadas.

La propuesta de ampliar el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita ha sido justificada por la Comisión alegando que: «la práctica (...) demuestra que la prestación de asistencia jurídica y representación gratuitas es útil para garantizar una asistencia de buena calidad, lo cual contribuye a mejorar la calidad de las resoluciones administrativas y, posiblemente, a reducir el número de apelaciones³⁵». Esta propuesta, sin embargo, se registró en 2016 y, aunque la mantiene el Pacto Migratorio de 2020, en el momento en que se escribe este trabajo continúa bloqueada. Es el precio que pagar por una regulación más rigurosa (el reglamento) y algo más garantista, que sustituiría una norma transigente con las políticas antiinmigración de algunos Estados miembros, y que tienen como objetivo limitar al máximo el acceso al procedimiento de protección.

V. LA ENTREVISTA PERSONAL

Otra garantía procesal que resulta esencial para que el procedimiento de protección internacional resulte efectivo es la entrevista personal. Esta consiste en una conversación entre el solicitante de protección internacional y la autoridad competente y desempeña un papel fundamental en varios momentos claves del procedimiento de protección. Así, el Reglamento Dublín III prevé su celebración en un momento inicial del procedimiento, previo a la adopción de cualquier decisión de

35 Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE.

traslado, con dos objetivos: determinar el Estado miembro responsable de la solicitud, y asegurar la correcta comprensión por parte de solicitante de la información que se le debe haber proporcionado. Y concretando de un modo más detallado las circunstancias en las que debe celebrarse el acto de la entrevista, los artículos 14, 15 y 16 de la Directiva sobre procedimiento prevén el derecho del solicitante a ser convocado a una entrevista personal antes de que la autoridad adopte una resolución, por una persona competente con arreglo al Derecho nacional, y con especiales cautelas cuando la entrevista verse sobre el fondo de la solicitud o sobre su inadmisibilidad.

Lejos de ser una mera formalidad, la entrevista personal en el procedimiento de protección internacional ha sido considerada por el TJUE como una manifestación del derecho a ser oído en todo procedimiento. Es decir, una concreción del derecho de defensa (consagrado en el artículo 47 CDFUE), del derecho a un proceso equitativo (artículo 48 CDFUE), y del derecho a una buena Administración (artículo 41.2 CDFUE).

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto *M.M contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland y Attorney General* que, si bien es anterior a la actual Directiva de procedimiento, le permitió pronunciarse, en el marco de una cuestión prejudicial, sobre la importancia de garantizar el derecho del solicitante a ser oído. Incluso cuando, como en aquel caso, el procedimiento sea consecuencia de otro procedimiento anterior en el que ya se hubiera realizado la audiencia con el solicitante. El TJUE rechazó entonces la tesis planteada por el Tribunal remitente y defendida por el gobierno de Irlanda y concluyó que «cuando un Estado miembro haya optado por establecer dos procedimientos distintos y sucesivos para el examen de la solicitud de asilo y la solicitud de protección subsidiaria, es necesario que, con arreglo al carácter fundamental que reviste, se garantice plenamente el derecho del interesado a ser oído en ambos procedimientos»³⁶.

En este sentido, el TJUE expuso de manera contundente los motivos de su inexcusable realización:

«Por lo que respecta, más concretamente, al derecho a ser oído en todo procedimiento, (...) dicho derecho está consagrado hoy no sólo en los artículos 47 y 48 de la Carta, que garantizan el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento jurisdiccional, sino también en el artículo 41 de la misma, que garantiza el derecho a una buena administración. El apartado 2 de dicho artículo 41 establece que este

36 STJUE de 22 de noviembre de 2012. C.- 277/11. §91.

derecho a una buena administración incluye, en particular, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Hay que señalar que, como resulta de su propio tenor literal, este precepto es de aplicación general. Además, el Tribunal de Justicia ha destacado reiteradamente la importancia del derecho a ser oído y su muy amplio alcance en el ordenamiento jurídico de la Unión, y ha considerado que este derecho debe aplicarse a cualquier procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo (véanse, en particular, las sentencias de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, 17/74, apartado 15; *Krombach*, apartado 42, y *Sopropé*, apartado 36). (...) El respeto de dicho derecho se impone incluso cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad (véase la sentencia *Sopropé*, antes citada, apartado 38)»³⁷.

La importancia de la entrevista es tal, que la Directiva sobre procedimientos no solo impone a los Estados la obligación de brindar al solicitante la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal sino que, yendo más allá, fija ciertos parámetros sobre las condiciones en que se debe llevar a cabo. Normas que velan por el adecuado desarrollo de la entrevista, en particular, y las garantías del procedimiento de protección internacional, en general. Las mismas están orientadas a la observancia de las particularidades de cada solicitante atendiendo a su potencial vulnerabilidad y la especial sensibilidad de la información que puede recabarse durante la misma. Por ello, el artículo 15 de la Directiva prevé que la entrevista se lleve a cabo, por norma general, salvo que la autoridad decisoria estime lo contrario, sin la presencia de miembros de la familia del solicitante y en condiciones que garanticen la confidencialidad. Asimismo, la norma contempla directrices sobre la persona que debe llevar a cabo la entrevista, especificando que cuando se trate de una entrevista sobre el fondo de la solicitud deberá ser celebrada por una persona que «forme parte del personal de la autoridad decisoria» y que «no lleve uniforme militar ni de las fuerzas del orden».

La norma insiste también en la formación del entrevistador, que deberá tener conocimiento tanto del procedimiento como de los problemas que puedan afectar a la capacidad del solicitante para mantener una entrevista, con especial consi-

37 STJUE de 22 de noviembre de 2012. C.- 277/11. §82-86.

deración a la posibilidad de que el solicitante haya sido torturado en el pasado. Y deberá ser capaz de tener en cuenta las circunstancias tanto personales como generales que rodean a la solicitud, entre otras: las raíces culturales, la orientación sexual, la identidad de género o condiciones que puedan implicar una especial vulnerabilidad. Además, el considerando 32 de la Directiva sobre procedimientos ordena que se tenga en cuenta el factor género para lograr una igualdad sustantiva entre los solicitantes en base a lo cual, el artículo 15 prevé que, siempre que sea posible, y cuando así se requiera, el entrevistador y el intérprete serán del mismo sexo que el solicitante.

Sin embargo, a pesar de la reconocida importancia de esta fase, que se desprende del detalle con el que ha sido regulado por la Directiva y de la propia jurisprudencia del TJUE, la normativa permite omitirla bajo determinadas circunstancias. Incluso, el artículo 15.3 dicta: «La ausencia de entrevista personal de conformidad con el presente artículo no impedirá que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre una solicitud de protección internacional».

Sobre este punto se pronunció el TJUE en el asunto *Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland*⁸⁸ en respuesta a una cuestión prejudicial en la que se le planteaba cuáles serían las consecuencias si, existiendo la obligación para el Estado de convocar al solicitante a una entrevista personal antes de adoptar la decisión de inadmisibilidad sobre su solicitud, esta se omitía teniendo en cuenta que el solicitante podría aún, en ese punto, presentar todos sus argumentos durante el procedimiento de recurso.

En el caso concreto que se enjuiciaba, la solicitud había sido considerada inadmisible en base al artículo 33 de la Directiva de procedimiento, por haber sido ya concedida la protección internacional por otro Estado miembro, Italia. No obstante, el órgano remitente consideró que el procedimiento seguido había podido incumplir la obligación de conceder una entrevista al solicitante; pues, aunque el caso concreto se prevé en el artículo 33 de la Directiva sobre procedimiento, y por ello podía considerarse inadmisible la solicitud, esta excepción no es una de las causas previstas para omitir la entrevista personal atendiendo al papel tan relevante que cumple la entrevista en ese supuesto.

Precisamente lo que el procedimiento nacional seguido en Alemania había obviado es que el interés de la entrevista en ese punto del procedimiento permite, como recordó el Tribunal,

38 STJUE de 16 de julio de 2020. Asunto *Milkiyas Addis contra Bundesrepublik Deutschland* C-517/17.

«no solo brindar al solicitante la oportunidad de expresarse acerca de si otro Estado miembro le ha concedido efectivamente la protección internacional, sino, especialmente, sobre la posibilidad de presentar todos los datos que caracterizan sus circunstancias concretas a fin de que dicha autoridad pueda descartar que, en caso de traslado a ese otro Estado miembro, el citado solicitante correría un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 CDFUE»³⁹.

Demostrando, una vez más, la indudable conexión entre las garantías del proceso y la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Y es que, el TJUE ya se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la grave vulneración de derechos que puede conllevar la aplicación automatizada de la normativa sobre protección internacional, y en concreto sobre el Reglamento Dublín III relativo a la determinación del Estado miembro responsable. En este sentido, la facultad que confiere el artículo 33 de la Directiva sobre procedimientos de inadmitir una solicitud porque otro Estado miembro ya la haya concedido sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal cuando las «condiciones de vida que dicho solicitante encontrará previsiblemente en ese otro Estado miembro como beneficiario de la mencionada protección lo expongan a un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 4 de la Carta»⁴⁰.

Pero lo cierto es que ese grave riesgo solo puede apreciarse si se ofrece al solicitante la posibilidad de que aporte previamente toda la información posible. Y es en ese momento procesal, durante la entrevista, donde el solicitante puede proporcionarla más fácilmente, y donde la autoridad puede asegurarse de que efectivamente requirió al solicitante para que presentase toda la información concerniente a las consecuencias de llevar a cabo el traslado, así como evaluar las circunstancias concretas del solicitante y su vulnerabilidad. Por tanto, siendo evidente la importancia de la entrevista, y no estando contemplada su omisión dentro de las exhaustivas excepciones de la Directiva sobre procedimiento, el Tribunal tuvo que responder a la gran pregunta, omitida en la Directiva: ¿cuáles son las consecuencias de su incumplimiento?

El TJUE recordó su doctrina según la cual, para que la vulneración del derecho de defensa conlleve la anulación de la decisión adoptada, es necesario demostrar que su correcto ejercicio hubiera llevado a un resultado distinto. Pero no la consideró

39 STJUE de 16 de julio de 2020. C-517/17 §49.

40 STJUE de 16 de julio de 2020. C-517/17 §50.

extrapolable al derecho a la entrevista durante el procedimiento de protección internacional. Y ello porque el legislador europeo ha considerado este trámite tan esencial que ha establecido un régimen para asegurar su correcto desarrollo y garantizar que la Administración requiera al solicitante toda la información pertinente para considerar la admisibilidad y procedencia de su solicitud. Y en línea con esta argumentación, el TJUE consideró que no bastaba para suplir este derecho ni la posibilidad de que el solicitante exponga en un recurso escrito los motivos para anular la resolución de inadmisibilidad ya adoptada; ni una disposición nacional que obligue a la autoridad decisoria a investigar de oficio.

Y concluyó el Tribunal interpretando que la normativa europea se opone a que, en caso de incumplimiento de la obligación de brindar al solicitante de protección internacional la posibilidad de ser convocado a una entrevista personal antes de adoptar una resolución de inadmisibilidad, el Derecho nacional pueda prever que esta omisión no cause la anulación de tal resolución y la devolución del asunto a la autoridad decisoria. Salvo que la normativa permita al solicitante presentar en persona todos sus argumentos ante el órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la decisión de inadmisibilidad adoptada, cumpliendo todas las garantías previstas en el artículo 15 de la Directiva de Procedimiento. Además, en el fallo trasladó al órgano remitente la función de comprobar si al demandante, al que ya se había privado de la entrevista en primera instancia, se le brindaba aún la posibilidad de ser oído conforme a todos los requisitos del artículo 15. De modo que si no quedaba garantizada la posibilidad de una entrevista para el requirente en el procedimiento de recurso, debía anular la resolución denegatoria y devolver el asunto a la autoridad decisoria.

Pero a pesar de la reconocida importancia nos encontramos, de nuevo, con un océano entre el ser y el deber ser. El estudio al que nos referimos previamente, que se llevó a cabo para la elaboración de la propuesta de reforma del Reglamento Dublín⁴¹ se hizo eco de como «la falta de capacidad en algunos de los países sobrecargados ha impedido a las autoridades llevar a cabo entrevistas de forma sistemática», y en otros Estados se han visto retrasadas considerablemente por la elevada afluencia. Por todo

41 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD): «Resultados de las evaluaciones *ex post*, las consultas con las partes interesadas y evaluaciones de impacto: garantías procesales».

ello la propuesta de reforma ha tratado de blindar el derecho a la entrevista personal estableciendo su obligatoriedad tanto para la fase de admisión como sobre el fondo y previendo importantes garantías como la asistencia de un asesor jurídico y de un intérprete, y el acceso a la grabación de la misma antes de que la autoridad competente adopte una decisión. Pero sigue existiendo un problema esencial, la falta de medios y personal para llevar a cabo las entrevistas dentro de un procedimiento eficiente y comprometido con los plazos pueden hacer de esta garantía, un derecho teórico.

VI. GARANTÍAS PROCESALES DURANTE EL EXAMEN DE LA SOLICITUD

Durante el examen de la solicitud los requirentes pueden y deben aportar cuanta información sea necesaria. Se trata de un derecho inherente a la tutela judicial efectiva, y la otra cara de un deber reflejado en el artículo 4 de la Directiva 2011/95 sobre requisitos de reconocimiento como beneficiarios de protección internacional. Sin embargo, que la carga de la prueba pese sobre el solicitante conlleva graves problemas en la práctica.

Atendiendo a las peculiaridades de este procedimiento, en concreto, a la historia personal de quien solicita protección internacional, seremos conscientes de que quien huye de su hogar, no siempre va a poder llevar consigo toda la documentación oficial que las autoridades exigen, y que podría simplificar la decisión despejando las dudas. Más cuando, como sabemos, la mayoría de solicitantes de protección recurren a vías clandestinas y altamente peligrosas. Por ello, el TEDH ha señalado que esa imposibilidad material para aportar pruebas documentales no puede considerarse concluyente⁴².

El Tribunal es consciente de que en esta fase del procedimiento, el examen de la solicitud es cuando verdaderamente el derecho a la protección internacional, y por ende todos los derechos que se verían vulnerados si el demandante volviera a su país, están en juego. Es decir, durante el estudio y la posterior estimación o desestimación de una solicitud se decide sobre el reconocimiento de la protección internacional. Pero esa decisión repercutirá en otros derechos fundamentales como puede ser en

42 STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. §92: «No obstante, el Tribunal reconoce el hecho de que, por lo que respecta a las solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado, puede resultar difícil, si no imposible, que la persona interesada aporte pruebas en un plazo breve, especialmente si dichas pruebas deben obtenerse en el país del que afirma haber huido. Así pues, la falta de pruebas documentales directas no puede ser decisiva *per se* (véase *Bahaddar c. los Países Bajos*, 19 de febrero de 1998, § 45, Reports 1998 I, y, *mutatis mutandis*, *Said*, antes citada, § 49)».

la propia vida, en la salud, en la vida privada y familiar, en la libertad en cualquiera de sus formas y, en último término, en la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Esta es la principal diferencia entre el procedimiento de protección internacional y otros procedimientos. Por ello el TJUE ha insistido en recordar que, aunque es obligación del solicitante presentar los elementos necesarios que fundamenten su solicitud, los Estados miembros tienen la obligación de cooperar activamente con el solicitante para recabarlos⁴³.

Más drástico resulta el planteamiento del Tribunal de Estrasburgo con una doctrina nada pacífica sobre la aplicación del principio del beneficio de la duda cuando, tras el relato de hechos, y con las pruebas que haya podido aportar el solicitante, la autoridad competente albergue dudas. Doctrina que se plasmó en el asunto *J.K. c. Suecia*⁴⁴

«Sin embargo, las normas relativas a la carga de la prueba no deben hacer ineficaces los derechos de los solicitantes protegidos por el artículo 3 del Convenio. También es importante tener en cuenta todas las dificultades que un solicitante de asilo puede encontrar en el extranjero a la hora de reunir pruebas. Tanto las normas desarrolladas por ACNUR (...) como el artículo 4 § 5 de la Directiva sobre requisitos reconocen, explícita o implícitamente, que debe concederse el beneficio de la duda a favor de una persona que solicite protección internacional»⁴⁵.

No obstante, la aplicación de este principio puede implicar trasladar la carga de la prueba al Estado, obligación con la que discreparon los jueces Jäderblom, Gričko, Dedov, Kjølbro, Kucsko-Stadlmayer y Poláčková en su opinión discrepante en la referida sentencia *J.K. c. Suecia*⁴⁶. Pero aunque sea un planteamiento arriesgado, el razonamiento que sigue el TEDH atiende a la protección absoluta que brinda el artículo 3 del Convenio, al deber de garante de los Estados, y a la mejor posición

43 STJUE de 22 de noviembre de 2012. C.- 277/11§65-66.

44 G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, «La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional», en J.M. PORRAS RAMÍREZ, RAMÍREZ, (coord.). *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi 2020 pp. 295-321.

45 STEDH de 23 de agosto de 2016. Asunto *J.K c. Suecia* § 97.

46 Opinión discrepante de los jueces Jäderblom, Gričko, Dedov, Kjølbro, Kucsko-Stadlmayer y Poláčková § 5-7: «(...) no están de acuerdo en que la carga de la prueba se haya trasladado al Gobierno para disipar cualquier duda sobre el riesgo de tal persecución en el futuro».

que tienen estos respecto de los particulares para recabar pruebas. En este sentido se pronunció de modo el juez Bianku en su opinión concurrente:

«Cuando están en juego derechos absolutos protegidos por el Convenio, las autoridades nacionales no pueden cumplir sus obligaciones concluyendo que es probable que estos derechos no sean violados en el país de destino. La rigurosa prueba exige que, en su evaluación, las autoridades comprueben si existen razones fundadas para creer que no habría un riesgo real para los derechos de los solicitantes en caso de que regresaran a Irak»⁴⁷.

Esta lógica garantista es la misma que impide que un Estado aplique sanciones draconianas al empleo de documentación o pruebas falsas que pudieran conllevar la automática desestimación de la solicitud.

La normativa europea vela por garantizar, incluso en esa situación, un examen suficientemente riguroso de la solicitud. En este sentido, aun cuando el artículo 31.8 de la Directiva de procedimiento prevé que se pueda recurrir en estas situaciones a un procedimiento acelerado, o que se lleve a cabo en frontera o en zonas de tránsito, se debe leer junto al considerando 21 de la Directiva. Deduciendo entonces, que el uso de documentación falsa no puede conllevar *per se* el empleo de un procedimiento acelerado, pues la norma requiere de la existencia de otros factores que, en conjunto, puedan llevar a considerar la solicitud infundada. Y de modo similar ocurre cuando el Estado comprueba que se empleó documentación o pruebas falsas una vez finalizado el procedimiento. En este caso, aunque la Directiva 2011/95 sobre requisitos para el reconocimiento permite al Estado retirar el estatuto de protección concedido por la «tergiversación u omisión de hechos por su parte, incluido el uso de documentos falsos» específica que hayan sido «decisivos para la concesión del estatuto de refugiado»⁴⁸. Pero el rumbo de la reforma se torna más restrictivo respecto al uso de información falsa proponiendo ahora que sea obligatorio, en tal caso, tramitar la solicitud mediante el procedimiento de examen acelerado⁴⁹.

47 STEDH de 23 de agosto de 2016. *Asunto J.K c. Suecia*. Opinión Concurrente Juez Bianku.

48 Artículo 14.3 de la Directiva 2011/95 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

49 Así se establece en el artículo 40 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados

A pesar de todo, es indiscutible que los estándares para la concesión del estatuto de protección internacional son altamente restrictivos, con tasas de reconocimiento muy bajas en la mayoría de Estados europeos y que, además, difieren entre unos y otros⁵⁰. Siendo más que dudoso que efectivamente la carga de la prueba se haya visto alterada en las instancias nacionales como apuntaba el TEDH, o que se dé realmente una cooperación activa.

El otro gran problema inherente a esta fase del procedimiento de protección internacional, y que puede suponer un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva para los demandantes de protección internacional, son los formalismos. Estos han dado lugar a prácticas dispares en los Estados miembros, e incluso han primado sobre auténticos derechos sustantivos y sobre normas de *ius cogens* como la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Sea en lo referente a los plazos de presentación o en la procedencia de los documentos, estos formalismos han llevado en numerosas ocasiones a la autoridad competente a ignorar pruebas, precisamente en contra del principio del beneficio de la duda y de la doctrina del Tribunal. Pues la línea jurisprudencial marcada por Estrasburgo en lo referente al estudio de las pruebas insiste en que del artículo 13 del Convenio emana el deber de realizar un examen detallado y riguroso de la solicitud. Así se pronunció en el asunto *Singh y otros c. Bélgica*⁵¹ condenando al Estado al no considerar la documentación aportada por los solicitantes de asilo suficientemente convincente, aun cuando se trataba de copias de documentos expedidos por ACNUR pero, de los cuales no se había comprobado siquiera la autenticidad. El Tribunal consideró entonces que Bélgica había fallado en su deber de realizar un examen exhaustivo. Y en esta misma línea, excesivamente formalista, se han planteado dudas sobre si se pueden rechazar como pruebas, sin entrar a valorar su autenticidad

miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD).

50 Segundo el informe elaborado por CEAR y la organización *Más que cifras*, con datos extraídos de Eurostat, el Ministerio de Interior y EUAA, en el año 2021 Grecia desestimó el 56% de solicitudes de protección internacional y concedió el 44%. España, por su parte, desestimó el 71%, aunque concedió protección por razones humanitarias a un 18,5%. En países como Suecia o Austria, el reconocimiento de protección por razones humanitarias fue casi inexistente: del 1 y el 2% respectivamente. Sin embargo, mientras que Suecia denegaba la protección internacional al 76% Austria lo concedía al 62%. Datos que reflejan la falta de un criterio común en la concesión de algún estatuto de protección internacional. Datos disponibles en <https://masquecifras.org/> Última consulta 19 de marzo de 2023.

51 STEDH de 2 de octubre de 2012. Asunto *Singh y otros c. Bélgica*.

y pertinencia, documentos no certificados, o documentos calificados como «nuevas pruebas».

Estas cuestiones han surgido en el asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*⁵²: ¿puede una autoridad decisoria de un Estado miembro determinar que un documento original nunca puede ser constitutivo de nuevas circunstancias o datos si no ha podido comprobarse su autenticidad? ¿Supone alguna diferencia el hecho de que, en una solicitud posterior el solicitante aporte copias de documentos o documentos procedentes de una fuente no verificable objetivamente? ¿Debe interpretarse la normativa europea en el sentido de que, al examinar documentos y atribuir valor probatorio a los mismos, la autoridad decisoria de un Estado miembro puede distinguir entre si un documento se ha presentado en una primera solicitud o en una solicitud posterior? ¿Se permite que, en el marco de una solicitud posterior, un Estado miembro deje de cumplir su obligación de cooperación, si no puede comprobarse la autenticidad de los documentos?

Todos estos interrogantes resultan de máximo interés para la tutela judicial efectiva de los solicitantes de protección internacional. Y en este punto, las conclusiones que expuso el Abogado General parecen la única interpretación posible que respete coherentemente la línea jurisprudencial anterior y los principios señalados *supra* encaminados a dotar de efectividad este procedimiento. En este sentido, entendió el A.G que:

«No hay diferencia entre las copias de documentos y los documentos procedentes de una fuente no comprobable objetivamente, presentados por un solicitante en una solicitud posterior, en el sentido de que todos los documentos han de ser considerados de manera individual, minuciosa y rigurosa para determinar si aumentan significativamente la probabilidad de que el solicitante tenga derecho a ser beneficiario de protección internacional y para evitar que una persona sea expulsada si ello la expondría a un riesgo cierto de ser sometida a tratos contrarios al artículo 19.2 de la CDFUE».

Y,

«que el artículo 40.2 de la Directiva 2013/32, en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 2011/95, no puede ser interpretado en el sentido de que, al examinar documentos y atribuir valor probatorio a los mismos, la autoridad

52 STJUE de 10 de junio de 2021. Asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* C.- 921/19.

decisoria de un Estado miembro pueda distinguir entre si un documento se ha presentado en una primera solicitud o en una solicitud posterior. Cuando valore documentos en relación con una solicitud posterior, el Estado miembro está obligado a cooperar con el solicitante en la misma medida que en el procedimiento inicial»⁵³.

La sentencia, de 10 de junio de 2021, confirmó ese planteamiento y consideró contrario al Derecho europeo la normativa nacional que considere de modo automático, que todo documento presentado en apoyo de una solicitud posterior del que no puede comprobarse la autenticidad o su procedencia no constituye una «circunstancia o dato nuevo». Y señaló además, que un Estado no puede apreciar las pruebas de modo distinto en función de si se trata de primera solicitud o solicitud posterior. Reiterando, además, la obligación del Estado de cooperar con el solicitante para valorar los elementos pertinentes de su solicitud cuando se aporten datos cuya autenticidad no pueda comprobarse.

La única interpretación garantista y compatible con la jurisprudencia anterior y que evitaría que, una vez más, los formalismos se impusieran a derechos sustantivos. Como critica C. Pizzolo:

«Podemos discutir (...) márgenes de proporcionalidad o razonabilidad de la tutela conforme a las circunstancias que presenta cada caso. Lo que no podemos hacer, sin negar al mismo tiempo su existencia, es obstaculizar la vigencia de un derecho invocando trabas rituales o formales que terminan disolviendo su contenido. Es decir, que conciben al derecho como un enunciado meramente declarativo, sin pensar al mismo tiempo en herramientas que lo garanticen»⁵⁴.

VII. EL DERECHO AL RECURSO EFECTIVO

Según Sánchez Gil, el derecho a un recurso efectivo consiste en «la facultad que tienen las personas de recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos y no quedar desprotegidos ante su violación»⁵⁵. Esta es,

53 Conclusiones del Abogado General. Asunto *LH contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid C.-* 921/19. § 79.

54 C. PIZZOLO: «El recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo» en: J.M PORRAS RAMÍREZ, (coord.). *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Thompson Reuters Aranzadi 2020. p. 263.

55 R. SÁNCHEZ GIL: «El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano» en *Revista Iber-*

probablemente, la manifestación más evidente y reconocida del derecho a la tutela judicial efectiva en el procedimiento de protección internacional, y de la que más se ha escrito⁵⁶. Considerado un pilar básico del Estado de Derecho, se encuentra garantizado en el artículo 13 del Convenio Europeo y 47 de la CDFUE.

En el ámbito del procedimiento de protección internacional, este derecho se recoge de modo expreso en el artículo 27 del Reglamento Dublín III relativo a la determinación del Estado miembro responsable; y en el extenso artículo 46 de la Directiva sobre procedimiento. Y es que el reconocimiento del derecho a un recurso en los procedimientos de asilo goza de una aceptación generalizada. La verdadera problemática ha sido determinar si los procedimientos de recurso, tal y como han sido configurados en las distintas legislaciones nacionales, eran realmente efectivos.

En este punto, el papel de los Tribunales ha sido clave al concretar una serie de exigencias en torno a su accesibilidad, rapidez y su eventual carácter suspensivo⁵⁷. Exigencias que se desprenden de una larga jurisprudencia, y se resumen de modo muy conciso en el ya referido asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*⁵⁸ donde el Tribunal de Estrasburgo señaló que:

«la efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 reclama de manera imperativa un control exhaustivo por una autoridad nacional (*Chamaïev y otros contra Georgia y Rusia*, §448,), un examen independiente y riguroso de cualquier queja en cuyos términos existan motivos para creer que existe un riesgo de trato contrario al artículo (*Jabari*, ya citado, §50) así como una celeridad particular (*Bati y otros contra Turquía*, §136); requiere asimismo que los interesados dispongan de un derecho suspensivo de pleno derecho (*Ćonka contra Bélgica*, § 81-83)».

Sin olvidar, que la accesibilidad en la práctica a un recurso es también un carácter determinante para valorar su efectividad⁵⁹.

roamericana de Derecho Procesal Constitucional. *Proceso y Construcción*, año V, núm. 4, julio-diciembre, México, 2005, p. 240.

56 Para un análisis más en profundidad sobre este procedimiento véase: C. PIZZOLO *op. Cit.* pp. 255-294.

57 M.DÍAZ CREGO: «Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)» *Anuario CIOB de la Inmigración 2012: "Inmigración y Crisis: Entre la Continuidad y el Cambio"*. p. 255-299.

58 STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* §293.

59 STEDH de 21 de enero de 2011. *Asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia* §318.

Y estas bases han servido al Tribunal para observar la efectividad del recurso condicionada por «unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo»⁶⁰ también en procedimientos de expulsión donde la vulneración del derecho a un recurso efectivo está íntimamente ligada a la potencial vulneración de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

Por otra parte, de un modo más genérico resulta muy interesante detenerse a observar la evolución que ha tenido el artículo 13 en la jurisprudencia de Estrasburgo pues, como señala S. Morgades⁶¹, este artículo fue durante décadas considerado como una protección subsidiaria a la que ya proporcionaba el artículo 6 del Convenio así como a la dimensión procedural de los artículos 2 (derecho a la vida); 3 (prohibición de tortura); y 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) entre otros. Por ello, con frecuencia, no se examinaban las quejas basadas en el artículo 13CEDH. Fue a partir de finales de los años noventa cuando el Tribunal Europeo cambió su línea jurisprudencial y llevó a cabo una regeneración⁶² del derecho a un recurso efectivo. Regeneración, cuyos principales beneficiarios fueron los demandantes de asilo puesto que, al estar reservada la aplicación del artículo 6 CEDH (derecho a un justo proceso) a litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil y acusaciones penales, los asuntos relativos a la admisión en el territorio o procedimientos de asilo son excluidos.

Este giro jurisprudencial se plasmó en la sentencia *Jabari c. Turquía*, del año 2000, donde el TEDH estimó la violación del artículo 3 del Convenio por motivos procedimentales. Señaló que el Tribunal administrativo de Ankara, al rechazar la petición de asilo de la recurrente por no haberla entregado en el plazo de cinco días desde su llegada, impidió que fueran examinados los riesgos de violación del artículo 3 que conllevaba su expulsión. Limitándose a la «legalidad formal de la deportación de la demandante en lugar de la más acuciante cuestión de la fundamentación de los temores»⁶³. Sin embargo, la novedad fue que, una vez analizada la dimensión

60 STEDH de 22 de abril de 2014. *Asunto A.C y otros c. España* §87.

61 S. MORGADES GIL, «La protección de los demandantes de asilo por razones de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 37. Madrid. Sept/dic. 2010 p. 801-842.

62 S. MORGADES GIL, *op. cit.*, p. 833.

63 STEDH de 11 de julio 2000. *Asunto Jabari c. Turquía*. Párrafo 40. La recurrente, Hoda Jarabi era una mujer iraní que en 1997 fue arrestada sospechosa de cometer adulterio con un hombre casado. Entró ilegalmente en Turquía para realizar una ruta Turquía-Francia-Canadá. Sin embargo, en Francia se comprobó que su pasaporte era falso, por lo que fue devuelta a Turquía. Una vez allí, sabiendo que iba a ser expulsada solicitó asilo porque temía ser sometida a lapidación por adulterio si

procedimental del artículo 3, el Tribunal podría no haber examinado la violación del artículo 13, como venía haciendo hasta entonces, pero lo hizo. Señaló que el artículo 13 del Convenio garantiza el derecho a un recurso que debe contemplar un examen de fondo de la petición:

«Debe reconocerse que la demandante podía impugnar la legalidad de su deportación en procedimientos de revisión judicial. Ello no obstante, este tipo de acción nunca le permitió suspender su aplicación ni obtener un examen de los fundamentos de su alegación de estar en riesgo. El Tribunal administrativo de Ankara consideró que la deportación de la demandante se adecuaba completamente a los requisitos del derecho interno. (...) Habiendo llegado a esta conclusión, el tribunal consideró innecesario apreciar el fondo de la petición de la demandante, incluso cuando esta era razonable a la vista de la decisión del ACNUR de reconocerla como refugiada en el sentido de la Convención de Ginebra».

Y continuó señalando qué debe conllevar ese recurso, considerando los daños irreversibles que podría ocasionar la materialización del riesgo de tortura o tratos inhumanos: «el artículo 13 requiere un escrutinio independiente y riguroso de la solicitud para esclarecer si existen razones para temer un verdadero riesgo de tratamientos contrarios al artículo 3 y la posibilidad de suspender la ejecución de la medida impuesta»⁶⁴.

Precisamente en torno al carácter suspensivo se ha pronunciado en repetidas ocasiones insistiendo en que el recurso de un extranjero sobre un procedimiento de expulsión no puede considerarse efectivo si no se garantiza que las medidas potencialmente irreversibles sean examinadas antes de que se ejecuten a la luz del Convenio por autoridades nacionales. Fue en el asunto *Conka contra Bélgica* en el año 2002⁶⁵. Y en el mismo pronunciamiento, el Tribunal consideró necesario otorgar un

regresaba. Su solicitud no llegó a examinarse pese a que ACNUR le reconoció la condición de refugiada. Se consideró inadmisible por presentarse fuera del plazo de 5 días establecido para ello.

64 STEDH 11 de julio 2000, *asunto Jabari c. Turquía* §49 y 50.

65 STEDH de 5 de mayo de 2002. *Asunto Conka c. Bélgica*. §79: «El Tribunal considera que el concepto de recurso efectivo del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles. Por consiguiente, es incompatible con el artículo 13 que tales medidas se ejecuten antes de que las autoridades nacionales hayan examinado si son compatibles con el Convenio, aunque los Estados contratantes disponen de cierta discrecionalidad en cuanto a la forma de cumplir sus obligaciones en virtud de esta disposición».

tiempo suficiente para que el particular pudiera plantear una solicitud de asilo antes de que se ejecute el procedimiento de expulsión. Y apreció como insuficiente, y por tanto como vulnerador del artículo 13CEDH, el plazo de cinco días previsto por la normativa belga.

Tal y como refleja la propuesta de reforma elaborada por el Parlamento y la Comisión todos los Estados miembros han introducido plazos en el procedimiento de apelación para que el solicitante pueda ejercer su derecho a un recurso efectivo. Sin embargo, se dan distintas interpretaciones de lo que constituye un «período de tiempo razonable» que varía, según el Estado Miembro, desde los tres a los 60 días. Por lo que la propuesta de reforma ha optado por fijar unos plazos que van desde una semana a un mes, según el motivo que fundamenta la resolución denegatoria. Previendo el plazo de una semana para las solicitudes presentadas por quienes provienen de Estados con una tasa de reconocimiento inferior o igual al 20% lo que, sin duda, supone una reducción de las garantías fundamentada en una discriminatoria atención al país de origen; contraria a la obligación de estudiar cada solicitud de forma individual⁶⁶.

Pero la actual propuesta de reforma no solo es criticada por la brevedad de los plazos, sino también por limitar el efecto suspensivo de los recursos, ahora ya si reconocido con carácter general, de nuevo según los motivos de la denegación en la instancia anterior. Según la propuesta no tendría efecto suspensivo el recurso interpuesto por la denegación en procedimientos acelerados, por inadmisión por el primer país de asilo, por solicitud posterior sin nuevas circunstancias, ni por denegación por retirada expresa o implícita de la solicitud y decisión relativa a un recurso anterior.

Por su parte, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso efectivo en el marco de un procedimiento de protección internacional en la sentencia *Alheto*, al examinar la normativa búlgara, o en la sentencia *Torubarov* de 2019 en la que concluyó que la nueva legislación «priva en la práctica al solicitante de protección internacional de un recurso judicial efectivo» y «vulnera el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva».

66 La obligación de estudiar individualmente cada solicitud de protección internacional se recoge en el artículo 4.3 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).

En ambos casos el Tribunal insistió en la necesidad, no solo de garantizar la efectividad del artículo 47 de la Carta, sino también el efecto útil del artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. En este sentido, en el asunto *Torubarov* el TJUE concluyó que, de acuerdo con el artículo 46.3, en circunstancias como la de aquel asunto, donde un órgano judicial de primera instancia, tras efectuar un examen completo y *ex nunc*⁶⁷ del conjunto de elementos de hecho y de Derecho pertinentes, declara que, en aplicación de los criterios previstos en la Directiva 2011/95/UE ha de reconocérsele al interesado protección internacional por el motivo invocado en apoyo de su solicitud, pero en las que un órgano administrativo o quasi-judicial adopta posteriormente una resolución en sentido contrario, sin que haga constar la aparición de nuevos elementos que justifiquen este cambio, el órgano judicial deberá modificar la referida resolución administrativa que no es conforme con su sentencia anterior y sustituirla por su propia decisión sobre la solicitud de protección internacional. Incluso, si es preciso, inaplicando la normativa nacional que le prohíba proceder de esta manera. Pues de otra manera, «el derecho a la tutela judicial efectiva sería ilusorio» y «el artículo 46.3 de la Dir. 2013/32 quedaría privado de todo efecto útil»⁶⁸.

67 Sobre la obligación de realizar una evaluación *ex nunc* de las circunstancias puede leerse a G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *op. cit.* pp 313-315.

68 STJUE de 29 de julio de 2019. *Asunto Alekszij Torubarov contra Bevándorlási és Menekül-tügyi Hivatal*. §57-59: «(...) el derecho a la tutela judicial efectiva sería ilusorio si el ordenamiento jurídico de un Estado miembro permitiera que una resolución judicial firme y obligatoria careciera de eficacia en detrimento de una parte (...). Es precisamente en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 quedaría privado de todo efecto útil si se admitiera que, después de que el órgano judicial de primera instancia haya dictado una sentencia mediante la que lleve a cabo, de conformidad con la citada disposición, una apreciación completa y *ex nunc* de la necesidad de protección internacional del solicitante en virtud de la Directiva 2011/95, el órgano quasi-judicial o administrativo, previsto en el artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32, pudiera adoptar una resolución contraria a la apreciación del mencionado órgano judicial. Por consiguiente, si bien la Directiva 2013/32 no tiene por objeto uniformar de un modo preciso y exhaustivo las normas procedimentales que han de aplicar los Estados miembros cuando se trata de adoptar una nueva decisión sobre la solicitud de protección internacional tras la anulación de la resolución administrativa inicial que deniegue tal solicitud, del objetivo de aquella Directiva consistente en lograr una tramitación lo más rápida posible de las solicitudes de esta naturaleza y de la obligación de garantizar el efecto útil del artículo 46, apartado 3, así como del imperativo –derivado del artículo 47 de la Carta– de que se respete la tutela judicial efectiva, se desprende, sin embargo, que todos los Estados miembros vinculados por la Directiva en cuestión deben establecer en su Derecho nacional la

VIII. REFLEXIONES FINALES

La evidente vinculación entre el procedimiento de protección internacional y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes sitúan el derecho a la tutela judicial efectiva, «estrella del firmamento jurídico»⁶⁹, como una auténtica garantía instrumental para la tutela de esta absoluta prohibición, y de tantos otros derechos que el propio procedimiento de protección está encaminado a garantizar. Por estos motivos, las garantías procesales, configuradas como derechos dentro del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva, gozan de una especial relevancia al dotar de eficacia al propio *derecho al asilo* del artículo 18 de la CDFUE entendido como un derecho al procedimiento de protección internacional. Esto es, un derecho de acceso al procedimiento, pero a un procedimiento con todas las garantías; lo que incluye una resolución fundada en Derecho. Y es que resulta oportuno recordar que, con el SECA, el reconocimiento de un estatuto de protección internacional ha dejado (o debe dejar) de ser una mera prerrogativa estatal sometida a la discrecionalidad de la autoridad decisoria para ser una decisión sometida a unos parámetros comunitarios previstos, tanto en términos de requisitos para el reconocimiento, como de fases y garantías del procedimiento.

Sin embargo, pese a la relevancia de estas garantías íntimamente conectadas con la absoluta prohibición del artículo 4 de la CDFUE, sus defectos y vulneraciones se han normalizado; justificándose en la saturación de unos sistemas que, en realidad, nunca han funcionado correctamente pero que no se enmiendan. Inmersos en una aparente guerra contra la inmigración ilegal que ha absorbido el debate sobre la protección internacional ciñéndola a parámetros securitarios; y bajo el manido argumento de la soberanía nacional como excusa para devaluar el estándar de protección de los derechos en el ámbito europeo, los solicitantes de protección se encuentran desamparados bajo un Derecho de excepción permanente en el ámbito de la política de asilo.

Por ello debemos reivindicar la urgencia de alcanzar una reforma del SECA garantista que, recortando el margen de discrecionalidad de los Estados miembros,

obligación de que, tras la anulación de la resolución administrativa inicial y en caso de devolución del expediente al mencionado órgano quasi-judicial o administrativo, la nueva resolución administrativa se adopte en el menor tiempo posible y se atenga a la apreciación contenida en la sentencia que anuló la resolución administrativa inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Alheto, C-585/16§148)».

69 L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva». *Revista del Poder Judicial* n.º 5. Marzo 1987.

uniformice el procedimiento de protección internacional estableciendo estándares comunes para hacer efectivos los derechos que la normativa y la jurisprudencia europea han reconocido a los solicitantes. Y es que la Unión Europea debe desempeñar el papel de guardián que le corresponde y que ha desarrollado en los últimos años en defensa de esas líneas rojas que conforman su Constitución material y entre las que se encuentra el Estado de Derecho y la democracia, pero también el respeto a los derechos humanos. Manteniéndose firme ante las vulneraciones de derechos que permiten o incluso provocan sus Estados miembros. De ello depende el futuro de la Unión.

Resumen

Este trabajo examina la relevancia de las garantías del procedimiento de protección internacional como instrumento para la salvaguarda de la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Destacando el papel tan fundamental que ha desempeñado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en especial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la defensa de los derechos de los solicitantes ante sistemas nacionales colapsados.

Palabras clave

Procedimiento; garantías; solicitante; protección internacional; TJUE; TEDH.

Abstract

This paper analyses the relevance of the guarantees of the international protection procedure as an instrument for safeguarding the absolute prohibition of inhuman and degrading treatment. It highlights the fundamental role played by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and, in particular, the Court of Justice of the European Union in the protection of the rights of applicants in the context of collapsed national systems.

Key words

Procedure; guarantees; applicant; international protection; CJEU; ECHR.

Recibido: 16 de marzo de 2023

Aceptado: 16 de abril de 2023

Legislación



CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA.

PRIMER SEMESTRE DE 2023

Chronicle of European Legislation. First semester 2023

MARÍA LUISA BALAGUER
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Igualdad, no discriminación y antirracismo.
- III. El cambio climático.
- IV. La normativa sobre la inteligencia artificial. Evolución.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea viene prestando atención, desde hace tiempo, a aquellos elementos que caracterizan los problemas de los Estados miembros; desde los principios y valores que atienden a la igualdad, al deterioro progresivo del medio ambiente, y la progresiva digitalización social, sometida ésta a los controles de ciberseguridad. La preocupación por el respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía de la Unión, y, al mismo tiempo, la posición de la UE en el liderazgo de las nuevas tecnologías, llevan a plantear una exigencia, la de una normativa que dé cobertura a las nuevas situaciones que presenta hoy una sociedad plural y compleja como la de Europa. Es en relación con esta exigencia, que analizamos la normativa incumbente a la interdicción de la discriminación racial, la defensa del medio ambiente y la inteligencia artificial.

II. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y ANTIRRACISMO

El DOUE publica el 5 de mayo de 2023 la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de noviembre de 2022, sobre justicia racial, no discriminación y antirracismo en la Unión 2022/2005/INI.

Las consideraciones en que se basa la Resolución se justifican en una serie de considerandos, entre los que destaca, la necesidad de fomentar los valores de respeto a la dignidad, la libertad y la democracia de los Estados parte de la Unión y la for-

mulación de la defensa de las minorías, que reconoce el art. 2 del TUE, y la igualdad de trato de la Carta Europea de los derechos fundamentales de la Unión.

Se considera el concepto de raza, como una construcción social de carácter peyorativo en la que se sustentan comportamientos contrarios a los valores de la Unión. Ello justifica que el Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025, se convierta en el primer instrumento político por el que en la Unión se reconoce la dimensión estructural del racismo, en relación con el colonialismo y la esclavitud y otras formas parecidas de discriminación social, sobre las que se están iniciando ahora medidas efectivas por parte del UE.

De ahí que, mediante estas resoluciones, se afronte la ausencia de una Directiva que el Consejo viene retrasando desde 2008, haciendo una particular referencia a las mujeres discriminadas por el racismo, y que –dado que tiene también una consideración explícita en los medios de comunicación– se tenga en cuenta esta circunstancia para acometer de manera específica este problema de la desigualdad de las mujeres, sobre todo de las que pueden venir de terceros países.

A menudo esa desigualdad ante el otro se manifiesta mediante la incitación al odio por parte de algunos sectores, lo que en relación con el racismo exige un tipo de respuestas más eficaces y protectoras.

La resolución razona sobre la necesidad de crear condiciones de erradicación de ese problema y propone una serie de medidas como el fomento de un liderazgo político y continuado a los más altos niveles, capaz de reaccionar rápidamente a esas conductas, y un marco jurídico de creación normativa en la que puedan asentarse estas.

Su aplicación tendrá como sujetos a las minorías étnicas, raciales, religiosas, inmigrantes y, en general a las personas necesitadas de esta protección, especialmente LGBTQI.

La necesidad de trabajar por una Europa más protectora de los derechos debe completarse con la ampliación del reconocimiento de los delitos de odio, y plantea algunas situaciones en relación con la sociedad digital. En primer lugar, celebra la ley de servicios digitales de 2020 y su posición respecto de la lucha contra la incitación al odio por parte de las redes sociales, y reconoce a la inteligencia artificial como un instrumento válido en la aplicación de los datos, para conocer a los grupos que sufren esta discriminación, pero al mismo tiempo manifiesta su preocupación por que la aplicación de la IA también pueda ser un riesgo para la garantía de los derechos fundamentales, mediante una utilización poco transparente del uso de los medios policiales. En ese sentido, la transparencia y claridad en su utilización son elementos imprescindibles por parte de los Estados.

Otro elemento de importancia es la correspondencia de estos grupos con niveles altos de pobreza e incluso de riesgo para las mujeres, especialmente de África, donde –como se refiere esta resolución– estas están necesitadas de una mayor atención, por sus circunstancias sociales de cautividad conyugal, mutilación femenina, y otros condicionantes. Igualmente ha de considerarse de manera especial al colectivo gitano.

En esa hoja de ruta se señala la exigencia de una regulación posterior acerca de todas y cada una de estas situaciones.

III. EL CAMBIO CLIMÁTICO

Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2022 sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2022 (COP27) en Sharm el sheij (Egipto) (2022/2673) (RSP).

El Parlamento Europeo se hace eco de la situación descrita por las Naciones Unidas, en relación con la situación de emergencia climática y medioambiental y se compromete a adoptar medidas concretas para contener esta amenaza mundial. Analiza la crisis de la pérdida de biodiversidad y sus consecuencias en el cambio climático, la amenaza para la vida del planeta y la urgencia de la situación.

El compromiso de la Unión con el cambio climático se deja ver aquí desde el Acuerdo de París, aunque se reconoce que no se han cubierto las expectativas allí deseadas, de manera, que hoy las sequías, las olas de calor, inundaciones muestran un panorama para el futuro muy comprometido, con impactos difíciles de gestionar, lo que debe urgir a acciones más contundentes. La meta del 2025 exige que se reduzcan los niveles de las emisiones mundiales en un 43 por ciento respecto a los de 2019 y hace una previsión para 2030. Pese a ello, las previsiones seguirían siendo pesimistas.

La crisis energética se ha centrado sobre todo en la exigencia de reducir el consumo de energía y su diversificación, pero también en el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania que ha tenido efectos colaterales en relación con el tratamiento energético, pues la dependencia europea de los combustibles fósiles, y la inestabilidad de los mercados alcanza también al medio ambiente; en este documento se da cuenta de esa circunstancia respecto al problema medio ambiental.

En el documento se analiza también el efecto sobre la salud de la ciudadanía de la Unión y la degradación del medio ambiente dada su repercusión en la industria, la escasez de agua y el calentamiento global.

Esta afectación a los derechos humanos a veces se traduce en masivas migraciones que afectan al equilibrio territorial y que pueden ser evitadas, en parte, con medidas que activen mecanismos eficientes.

El Pacto para el clima de Glasgow y la COP27 considera que la limitación del calentamiento global a un máximo de 1.5 grados centígrados exige una década de actividad y plantea otros objetivos sobre aspectos colaterales de este problema. Este también es el caso de las acciones, que se están llevando a cabo en determinados contextos geográficos, cuyos retos para conseguir reducir el cambio climático son similares, como la Acción Mundial sobre el Clima de la Alianza de Marrakech y otras.

La crisis climática presenta también una relación importante con la biodiversidad, por lo que la idea de repoblación forestal y el cuidado de los océanos, no deberían olvidarse a la hora de diseñar programas sobre el tratamiento y mejora de las condiciones climáticas.

Que todas estas acciones precisen fuertes presupuestos de ejecución no debe ser un obstáculo insalvable, si tenemos en cuenta la importancia del problema, por lo que los países más desarrollados deberán contribuir en la medida de sus capacidades al sostenimiento de estos, y sus gobiernos deberán responsabilizarse de adoptar políticas precisas.

Finalmente se considera importante el papel a desarrollar por el Parlamento Europeo, en cuanto a la logística y acogida de iniciativas que contribuyan a reducir el problema del avance de ese deterioro medioambiental, que amenaza a la humanidad.

IV. LA NORMATIVA SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. EVOLUCIÓN

4.1. Libro Blanco de la Inteligencia Artificial

La normativa sobre la Inteligencia artificial avanza ya en Europa, con una propuesta del Parlamento, sobre la que la Comisión hará una propuesta de Reglamento y cuyos criterios de determinación para esa legislación europea son tres: el respeto a los derechos humanos, la innovación y las garantías de seguridad. La UE destina una cantidad de 20.000 de euros al año, para la inversión en tecnología relacionada con la inteligencia artificial, y para la gestión de esta iniciativa ha creado una Comisión especial al respecto, que en mayo de 2022 hizo público un informe.

En dicho trabajo se establecen ya unos criterios garantes de la intervención y la supervisión humana.

- Desde una posición ética se pretende regular la posible responsabilidad civil de las empresas que se relacionen con la IA, el respeto a la propiedad intelectual de las personas creadoras de programas relacionados con esos

procesos creativos, y la ausencia de toda discriminación respecto de prejuicios de género, sociales y culturales.

- La garantía de que no se imponga un uso policial de la IA, en el sentido de ser utilizada para reconocimientos faciales automáticos.

Se establecen aquí las bases sobre las que Europa podría desarrollar una normativa garante de los derechos y, al mismo tiempo, impulsora de un importante avance tecnológico y digital. De una parte, y como un aspecto positivo se ve la posibilidad de aplicación para aquellas áreas como la agricultura, la mitigación del cambio climático, la adaptación de los sistemas de producción a predicciones capaces de mejorar la actividad y eficacia de los diferentes sectores a que afecte, al tiempo que aumentara la seguridad; y, de la otra, la necesidad de considerar los riesgos de la IA, si no se utiliza con las garantías precisas para los derechos de la ciudadanía.

Es importante por lo tanto la sujeción a los valores europeos, y la garantía de su utilización en el aprovechamiento para la mejora de la vida de esa ciudadanía, lo que exige una implicación ética de ese uso.

Como aspectos importantes se señala la necesidad de una regulación garantista y la necesidad de una inversión suficiente. A ello obedece ese libro blanco que debe ser un factor que contribuya a la consecución de estos fines.

En su introducción, el documento entra en la importancia de los datos como elemento informativo, que en las sociedades altamente tecnificadas ha resultado imprescindible para acometer esta función de desarrollo tecnológico, junto con los algoritmos y la capacidad informática de los Estados miembros, que puedan situarse al nivel de liderar mundialmente la sociedad digital.

Se llama ecosistema de inteligencia artificial, a esta situación creada con efectos positivos para Europa en la vertiente de sus ciudadanos, que obtendrían beneficios en materia de atención sanitaria, mejora en los aparatos domésticos, sistemas de transporte más seguro y mejores servicios públicos. En el desarrollo de la actividad empresarial permitiría la generación de nuevos productos, en los que ya Europa ejercería un liderazgo, como la maquinaria, el transporte, la ciberseguridad, la agricultura, la economía verde, la moda o el turismo. Y a los servicios de interés público, como la gestión de residuos, el transporte o la educación, así como los servicios de la seguridad del Estado, dejando a salvo el respeto a los derechos fundamentales.

En lo que se refiere a una perspectiva colectiva, el liderazgo de Europa en la lucha contra el cambio climático sería, a juicio de este razonamiento, un elemento motor para alcanzar los objetivos del Pacto Verde, para lo que sería necesaria una Europa fuerte, lo que se posibilitaría con una legislación única para todos los Estados, que evitaría la fragmentación si cada uno de ellos asumiera una legislación separada.

Se establece unos pilares fundamentales que serían:

- Un marco político, con aportaciones de todos los Estados de la Unión, que crearan un “ecosistema de excelencia” a lo largo de la cadena de valor, con aportaciones científicas derivadas de una investigación incentivada, que integrara a las pequeñas y medianas empresas.
- Una articulación jurídica que respetase los derechos fundamentales sobre todo en determinadas materias como los consumidores y la seguridad.

Para ello se acompaña un documento de Estrategia Europea de Datos, que contiene varias medidas políticas como la movilización de recursos con inversiones públicas y privadas, y una clara normativa de responsabilidad civil.

En el punto dos se aborda la posibilidad de que la UE no solamente sea beneficiaria de la IA, sino que pueda ser creadora y productora de tecnología, al ser líder mundial en la robótica, la automoción, la atención sanitaria, la energía, los servicios financieros y la agricultura. Todos estos factores situarían a Europa a la vanguardia de la IA.

Destaca la exigencia de una mayor financiación para conseguir estos objetivos. Aunque en los últimos tres años esa financiación ha aumentado un 70 por ciento, sería muy importante aumentar significativamente la capacidad económica de la Unión, para conseguirlos.

a. Aprovechamiento de las próximas oportunidades: la siguiente oleada de datos

Actualmente se están llevando a cabo importantes cambios en el valor y la reutilización de los datos en diferentes sectores. El volumen aumenta significativamente, lo que ofrece a Europa una oportunidad importante para incrementar su posición de liderazgo. Se podría articular una nueva formulación de procesadores (Iniciativa Europea en materia de Procesadores), para desarrollar sistemas informáticos de bajo consumo de energía para la computación.

Igualmente, caben aunar esfuerzos en relación con ciertas actividades infinitas, que pueden reagruparse en lo que se refiere a la combinación de razonamiento simbólico, con redes neuronales profundas; lo que podría ayudar a mejorar la capacidad de explicar los resultados de la inteligencia artificial.

b. Ecosistema de excelencia

Aquí se establecen algunos niveles:

- Colaboración entre Estados miembros. En cumplimiento de la Estrategia sobre la IA adoptada en abril de 2018, se presentó meses después un plan

preparado por los estados para fomentar el desarrollo y la utilización de la IA en Europa.

Ese plan contiene 70 acciones conjuntas de los Estados, para favorecer la cooperación entre los Estados miembros, de cara al desarrollo de la IA. Comprendería las áreas de investigación, inversión, introducción en el mercado, las capacidades y el talento, los datos y la cooperación internacional, y una previsión de revisión en 2027.

Igualmente, se propone centralizar los esfuerzos de la comunidad en lo que se refiere a los campos de investigación e innovación, dada la fragmentación que ahora hay en los diferentes centros, en los que ninguno alcanza la envergadura, para competir en el escenario mundial.

Por otra parte, es importante también la extensión de los efectos beneficiosos de la Europa verde y digital. A través de una educación digital, se pretende la familiarización de todas las personas con los elementos básicos de la sociedad digital, desde la terminología hasta el conocimiento de algunos conceptos elementales, para facilitar el trabajo relacionado con el mundo de la inteligencia artificial. De manera especial trata el documento, la necesidad de que esta información y formación recaiga sobre las mujeres, como compensación a la desigualdad entre mujeres y hombres en la tecnología.

En referencia a la exigencia de un tratamiento y uso ético de la inteligencia artificial, se debe poner el esfuerzo en crear un listado de evaluación de directrices éticas, con un currículum de mínima exigencia, que las empresas formadoras deberán cumplir.

La extensión a las universidades y centros educativos de alta cualificación podrá ofrecer programas de alto nivel formativo, de manera que garanticen que la presencia humana en la inteligencia artificial pueda llevar a cabo un control de su utilización en condiciones de seguridad y respeto a los derechos fundamentales.

Las pymes y empresas emergentes deberán contar con apoyo de los Estados; para lo que se prevé, que en cada Estado se pueda contar al menos con un centro de innovación de un elevado nivel de especialización.

En lo que se refiere al sector privado, igualmente se potenciará la creación de una asociación público-privada, que permita el desarrollo de todas estas actividades, comprometiendo a los altos cargos de las empresas con la finalidad de respaldarlas.

El sector público implementará la inteligencia artificial en sus actividades como hospitales, transporte, supervisores financieros y otras actividades de manera progresiva, y a medida que su grado de tecnificación lo haga posible, en tanto que las administraciones públicas favorecerán el acceso a esa tecnología y la posibilidad de trasferencia masiva de los datos.

La colaboración de la UE con otras instancias internacionales ha permitido sostener relaciones con la OCDE, el G20, la UNESCO y otras, siempre desde posiciones éticas del respeto a los derechos humanos como la dignidad, el pluralismo, la inclusión, la ausencia de discriminación y la protección de la privacidad y los datos personales, en los que la IA puede tener un papel importante.

c. Ecosistema de confianza: el marco regulador de la IA

La IA presenta importantes ventajas para la humanidad, pero igualmente presenta problemas de grave desconfianza por parte de una sociedad, que teme una utilización perversa de datos e informaciones, cuyo uso se desconoce o puede tener consecuencias fatales para las personas si se usan con finalidades poco correctas. De manera que, para que pueda hacerse un uso fiable de la IA, han de arbitrarse medidas que impidan su utilización descontrolada. De ahí que la Comisión elaborara un documento por un grupo de expertos de alto nivel, que contaba con estas exigencias:

- Acción y supervisión humanas.
- Solidez técnica y seguridad.
- Gestión de privacidad y de los datos.
- Transparencia.
- Diversidad, no discriminación y equidad.
- Bienestar social y medioambiental.
- Rendición de cuentas.

En relación con esos criterios se exigirá a las empresas el cumplimiento de todas esas directrices. En 2019 se aprobó esta lista en 350 empresas, que enviaron sus observaciones. Esta consulta se tendría en cuenta en los sucesivos informes de expertos, para determinar algunas otras medidas de garantía.

La necesidad entonces de un marco regulador para toda Europa parece evidente. Este buscaría la conformidad con el ordenamiento jurídico europeo, en cuanto a las disposiciones en vigor, que tengan algún punto de conexión con la materia, como la seguridad en el consumo o la responsabilidad civil en que puedan incurrir quienes lesionen derechos de terceros. Asimismo, la posibilidad de llegar a acuerdos, por parte de los Estados de la Unión, para crear un marco de entendimiento capaz de integrar un modelo común. Sobre esto se han formulado algunas propuestas como la de Alemania, que hace hincapié en la valoración de los riesgos creando varios niveles del uno al cinco; o la creación de un sello europeo como propone Dinamarca, que se llamaría el sello ético de los datos; pero en todo caso, la unificación de los criterios sería muy necesaria, para no crear fragmentaciones del mercado.

Uno de los problemas fundamentales estaría en el control de la seguridad en referencia a la identificación de personas mediante la IA, que se puede producir por el análisis facial, reconocimientos que a veces pueden inducir a error o prejuicios en sus consecuencias, sobre todo de discriminaciones racionales, lo que debe tenerse en cuenta para su evitación, reversión o, en su caso, indemnización por parte de las empresas o del sistema policial de cada Estado.

De ahí la importancia que cobra el sistema de responsabilidad civil en los Estados, que es uno de los factores más importantes, para la consecución de un sistema común de responsabilidad por errores o daños producidos en el funcionamiento de la IA.

Y es que uno de los principales problemas, que se está descubriendo en el uso de la IA, lo constituye precisamente el riesgo que implica el uso de un tipo de actividad que puede desvincularse del control humano. En la medida en que el cruce de los datos puede permitir, potencialmente al menos, consecuencias no previstas, los efectos perversos de ese resultado tienen que estar previstos legalmente en lo que se refiere a daños a terceras personas. Del peligro de que en algún momento el cúmulo de datos pudiera no sujetarse a la programación humana, tiene que derivarse una responsabilidad indemnizable.

Y aquí debe operar el principio de seguridad jurídica, que tiene que ser regulado de manera clara y fehaciente para permitir que se puedan ejercer acciones legales frente a las entidades responsables, lo que tiene que ser establecido en normas vinculantes que garanticen su efectividad.

Y en ese sentido la Comisión considera que existen Directivas de aplicación en la UE, que permiten extender a la IA la exigencia de esa responsabilidad, como la de igualdad de trato, igualdad racial, protección de consumidores, de datos personales o datos penales y otras, pero sería necesario mejorar esta normativa para integrar supuestos no contemplados o mejorar los supuestos vigentes. Aconseja en este sentido la mejora de la funcionalidad de los sistemas, incorporando equipos informáticos más eficaces y actualizados, que pueden controlar mejor los riesgos, regular el sistema de responsabilidad de manera más clara, en cuanto a la imputación de responsabilidad en la cadena de suministro y en esas diferentes etapas, y el cambio del sistema de seguridad de manera que se pueda prever el riesgo de ciber-amenazas, seguridad personal y riesgos propios de las aplicaciones.

Otros riesgos por estudiar serían:

- El comportamiento autónomo de algunos sistemas de IA a lo largo de su ciclo de vida, por averías o problemas de seguridad, que requerirían una supervisión humana desde la fase de diseño hasta su total ciclo de vida.

- Las obligaciones explícitas en relación con la salud mental de los usuarios, en cuanto al tiempo de exposición a las máquinas de uso, sobre todo, si la colaboración es con robots.
- Los problemas de datos incorrectos en la fase de diseño, que puedan occasionar efectos perjudiciales.
- La opacidad de los sistemas basados en algoritmos, que deban abordarse desde la transparencia.
- Los programas autónomos que deban conectarse a aparatos, y en su comercialización resulten contrarios a la seguridad.
- La relación entre fabricantes y usuarios, respecto de la seguridad jurídica de los datos.
- La equiparación de los daños producidos por la IA, a los que produzcan otras tecnologías.
- La necesidad de equilibrar la carga de la prueba, cuando la complejidad del caso lo requiera.

El ámbito de aplicación normativa ha de determinarse. Para ello es necesario delimitar el concepto de inteligencia artificial. Su definición en la COM (2018) 237 sería la de que “el término de inteligencia artificial” se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción con cierto grado de autonomía, y con el fin de alcanzar sus objetivos específicos. El Grupo de Expertos de Alto Nivel perfeccionó esta definición como Programas informáticos (y posiblemente también equipos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno mediante la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, frutos de estos datos, y la decisión de las mejores acciones que se llevaran a cabo, para alcanzar el objetivo fijado.

Esta definición ha de ser flexible en cuanto a la comprensión de los diferentes supuestos que regula, por ejemplo: en la conducción mecánica automática, el algoritmo se comporta según los datos referentes a carretera, señales y otros, pero los algoritmos se entrenan para inferir de la información modelos que determinan acciones y dependen por lo tanto de estos datos. Finalmente, la responsabilidad es humana y la detección de la prueba en casos como este, puede llegar a ser muy compleja.

Lo que aconseja en este caso la Comisión es adoptar un criterio de proporcionalidad en relación con las exigencias de la responsabilidad exigida. Una intervención reguladora muy estricta puede llegar a ser disuasoria en el uso de la IA, por lo

que debe guardarse el principio de proporcionalidad. Para ello, se valorará el riesgo en función de cada programa, actividad y otros criterios como el sector, las repercusiones que tenga la acción concreta, las revisiones periódicas de su utilización y conservación.

El riesgo elevado se consideraría para la contratación de los trabajadores, consumo de algunos alimentos y, también, en cuanto al uso discriminado de los datos, en evitación que un uso sin control pueda tener repercusiones en algunos derechos.

Y aquí la exigencia en la utilización de los datos y su protección debe exigirse conforme a la directiva de protección de datos en el ámbito penal y el Reglamento general de Protección de datos.

Finalmente, en cuanto a la supervisión humana, esta constituye una ayuda importante para una IA fiable, ética y antropocéntrica en las situaciones de riesgo elevado. Esta actúa en la fase de elaboración, revisión y validación de la toma de decisiones, por ejemplo, en el reconocimiento de derechos. Sobre todo, en la denegación de derechos, cuya documentación es importante que sea revisada por personas, y es extrema en los vehículos de motor, para fijar como debe ser ante la movilidad reducida u otras situaciones.

En la identificación biométrica remota como el reconocimiento facial en lugares públicos, se tiene que hacer referencia al objetivo, el contexto o el alcance de dicho uso. Se partirá de una prohibición general por la colisión con el derecho a la imagen y la intimidad, y obedecerá al interés público inmediato, siendo la prohibición la regla general. Así que la identificación debe estar debidamente justificada, debe ser proporcional y estar sujeta a las garantías adecuadas.

El control que se deba ejercitar en materia de IA ha de tener en cuenta que se dirige a una pluralidad de agentes, que exige la determinación de las responsabilidades de cada uno de ellos, en cuanto se trata de procesos encadenados, y es importante que se delimita la responsabilidad en la que puede incurrir cada uno, porque de lo contrario se puede dar la situación de que se exija la responsabilidad a algún agente que no haya tenido intervención en el proceso. De ahí que sea necesario detectar el momento en que se produce la lesión, y a quien cabe atribuirla. Hay que tener en cuenta que, al menos, intervendrán el desarrollador, la persona que implementa el producto, el productor, el distribuidor, el importador, el proveedor y el usuario a la hora de determinar el grado de responsabilidad o, en su caso, si esta ha de ser solidaria y conjunta y en qué situaciones.

Pero independientemente de la responsabilidad, de oficio debe tenerse en cuenta la obligación de efectuar un control de calidad y, por lo tanto, el cumplimiento de todos los requisitos técnicos y legales del proceso, mediante los ensayos científicos

necesarios, efectuando después los controles de calidad, donde deben considerarse asimismo los datos y algoritmos utilizados.

El reparto, por lo tanto, de la responsabilidad puede tener lugar desde la fase respectiva de cada momento del proceso, aun cuando hay que suponer que en algunas situaciones se planteen dificultades importantes en la respuesta jurídica a la responsabilidad civil. En todo caso, la Comisión considera imprescindibles el control en la fase de ensayo, de inspección y de certificación, pero no deben excluirse otras posibilidades.

Respecto de la acción contenciosa, se tiene que garantizar el ejercicio de la acción procesal para quienes se consideren perjudicados por el uso de la IA, pero la Comisión no entra a distinguir la responsabilidad concreta en ningún orden jurisdiccional, sino que la considera de manera genérica, citando solamente la responsabilidad patrimonial y, por tanto, el orden jurisdiccional civil, pero es importante que se considere la responsabilidad penal, dada la posibilidad de que los daños puedan llegar a ser constitutivos de delito, e igualmente, en el orden contencioso-administrativo, en lo que se refiere al funcionamiento de las administraciones públicas, incluidas las europeas.

Igualmente, y en esto sí entra la Comisión, la centralización de la legislación en el contexto europeo exigirá organismos dedicados a la materia, y la atribución competencial a órganos ad hoc creados expresamente para el conocimiento y juicio de esos asuntos, en cuya particularidad ya no se entra.

En conclusión, la Comisión considera la inteligencia artificial como una tecnología estratégica que ofrece numerosas ventajas a los ciudadanos, empresas y la sociedad en su conjunto, si se cumplen las condiciones de comportamiento ético, antropocéntrico y sostenible; si se respetan los derechos fundamentales.

Su utilización permite mejoras de eficacia y productividad y refuerza la competitividad de Europa en el contexto geopolítico y económico mundial, y ayuda al cambio climático, la sostenibilidad y demás factores demográficos.

Establece la posibilidad de consulta pública hasta el 19 de mayo de 2020, y prevé el desarrollo de contextos participativos más amplios.

4.2. Propuesta del Parlamento y otros documentos posteriores

El 21 de abril de 2021, el Parlamento Europeo y el Consejo formulan una propuesta de reglamento sobre la IA, donde ambas institucionales anexionan propuestas sobre este borrador, y en mayo de 2021, el Comité Europeo de Protección de Datos emite un Dictamen sobre esta propuesta.

Algunas normas específicas sobre la IA estarían en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la Inteligencia Artificial de 28 de septiembre de 2022.

Desde inicios de 2023, se intenta agilizar la tramitación de una ley, que regule la IA por la repercusión mediática que en estos últimos meses se está llevando a cabo respecto de uno de los aspectos más delicados de la IA que es el ChatGPT, por la alarma que está creando desde los propios Estados de la UE, algunos de los que, como en el caso de Italia, han llegado a prohibirla y, en otros, se están creando organismos que intenten analizar sus efectos.

Mas allá de las circunstancias concretas en que se desenvuelve esta normativa, es importante llamar la atención acerca de una de las deficiencias crónicas de la UE en relación con los procesos normativos y su coercibilidad. La normativa de la Unión Europea adolece de una insuficiencia que es consustancial a las circunstancias que rodearon a la construcción jurídica de la UE desde sus inicios, y es la tardanza en el funcionamiento de su maquinaria legislativa, intermediada por un excesivo organicismo de instituciones, que intervienen mediante informes y valoraciones que retrasan la vigencia de sus normas. Esta circunstancia que mediatiza su efectividad de por sí, se acrecienta en ineffectividad, cuando se trata de normas que atañen a materias como las relacionadas con la digitalización, en las que se corre el riesgo de que cuando alcancen efectividad, la realidad digital haya superado el Derecho en ese momento vigente.

Resumen

La Unión Europea viene prestando atención desde hace tiempo a aquellos importantes elementos de caracterización de los problemas de los Estados miembros, desde principios y valores que atienden a la igualdad, al deterioro progresivo del medio ambiente, y a la progresiva digitalización social, con sometimiento a controles de ciberseguridad. La preocupación por el respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía de la Unión y, al mismo tiempo, a la posición de la UE en el liderazgo de las nuevas tecnologías, llevan a plantear la exigencia de una normativa de cobertura a las nuevas situaciones que presenta hoy una sociedad plural y compleja como la de Europa. Y en relación con esta exigencia, analizamos la normativa incumbente a la interdicción de la discriminación racial, la defensa del medio ambiente y la inteligencia artificial.

Palabras clave

Unión Europea, discriminación racial, medio ambiente, inteligencia artificial.

Abstract

The European Union has been paying attention for some time to those important elements of characterization of the Member States, from principles and values relatives to equality,

the progressive deterioration of the environment, and the progressive social digitization with submission to controls of cybersecurity. The concern for respect for the fundamental rights of the Union's citizens and, at the same time, for the position of the EU in the leadership of new technologies, lead to the demand for a regulation that covers the new situations presented today in a plural and complex society like that of Europe. And in relation to this requirement, we analyze the current regulations for the prohibition of racial discrimination, the defense of the environment and artificial intelligence.

Keywords

European Union, racial discrimination, environmental protection, artificial intelligence.

Recibido: 1 de junio de 2023

Aceptado: 15 de junio de 2023

Foro



EL JURISTA EUROPEO¹

The european jurist

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

*Catedrático de Derecho Constitucional en el Departamento de
Derecho Político de la UNED*

SUMARIO:

- I. Comunidad Política y Derecho en Europa
- II. El Derecho y los juristas
- III. El Derecho y los juristas europeos

1 Se reproduce aquí, con mínimas rectificaciones de estilo, el texto que sirvió de apoyo a mi intervención en la sesión organizada bajo la misma rúbrica el 23 de noviembre de 2022 en *La Madraza* (Centro de Cultura Contemporánea de la Universidad de Granada), al amparo de la Cátedra Fernando de los Ríos; y agradezco de nuevo la invitación de Miguel Azpitarte. Complementaba una conferencia previa en la que Miryam Rodríguez-Izquierdo (Universidad de Sevilla) expuso con brillantez cómo los más diversos operadores jurídicos afrontan cotidianamente los retos que les plantea el derecho europeo. En mi caso se trataba solo de esbozar la trascendencia que tiene, también en ese contexto, la percepción del derecho como resultado de un amplio proceso de interacción social en torno al espacio de comunicación específico de la comunidad de juristas, inserto en la colectividad política, pero diferenciado y dotado de un cierto grado de autonomía.

Tal idea es reconocible a lo largo de toda la obra de Peter Häberle; también, por ejemplo, en el discurso con el que contestó el 16 de noviembre de 2001 a su investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Granada, precisamente titulado también “El jurista europeo” y recogido en el volumen coordinado por Francisco Balaguer *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle* (Tecnos, 2004). En cualquier caso, fueron las enseñanzas de Michael Stolleis las que me hicieron cobrar conciencia de la trascendencia objetiva que tienen para la vida del derecho las relaciones personales y *de escuela* que los juristas desarrollan hoy fundamentalmente en universidades, cátedras e institutos de investigación, congresos, jornadas y seminarios, revistas científicas, obras colectivas, intercambios de publicaciones... (*Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, C. H. Beck, vol. I 1988, vol. II 1992, vol. III 1998, vol. IV 2012). Pero todo eso es algo que se sabe ya desde la antigua Roma, y yo mismo lo tenía interiorizado, porque llevaba décadas mostrándomelo el romanista Javier Paricio; a quien ahora, con tanto afecto como admiración, dedico este ensayo. Entre los libros tuyos que han resultado decisivos en mi formación se tienen aquí en cuenta *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados* (Civitas, 1987), *Los juristas y el poder político en la antigua Roma* (Comares, 1999) y *La formación del derecho privado romano* (Marcial Pons, 2021).

I. COMUNIDAD POLÍTICA Y DERECHO EN EUROPA

Hay un nuevo derecho, que es en parte europeo; aunque las novedades hoy fundamentales en la generación de normas no consisten solo en que puedan proceder de instituciones europeas, sino, quizás especialmente, en el predominio de otras fuentes de origen difuso en redes transnacionales, digitales, informales...

El derecho europeo que se suele tomar en consideración cuando se habla del «jurista europeo» es, de un lado, el de las normas de la Unión Europea (UE), tanto el derecho originario ratificado por los Estados miembros como el inmenso caudal de derecho derivado adoptado por las instituciones de la Unión; y, de otro, el de las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Con sus respectivas jurisprudencias, no meramente complementarias de las fuentes consideradas formales (también para el derecho nacional se queda muy corto el art. 1.6 CC). *Ubi societas, ibi ius* (Ulpliano), o viceversa: la relación dialéctica, recíprocamente creadora, entre poder y derecho fue explicada magistralmente por Hermann Heller. Hay una (alguna) sociedad política europea y también existe derecho europeo, recíprocamente condicionados.

La vigencia de las normas jurídicas supone la existencia de operadores jurídicos que las procesan y las ponen en práctica. Los operadores jurídicos manejan, pues, el derecho europeo. Pero «el jurista europeo» parece evocar algo diferente, quizás más profundo. ¿Qué son exactamente los juristas y qué papel les corresponde ante el derecho europeo?

II. EL DERECHO Y LOS JURISTAS

2.1. El derecho y el poder

Comencemos por lo más elemental. Podemos decir que son normas jurídicas aquellas cuyo reconocimiento y cuyo aseguramiento dependen del poder político institucionalizado en un ámbito determinado. Lo que singulariza a las normas jurídicas es, por tanto, su relación con el poder político, que tiene mecanismos establecidos para identificar de modo inequívoco cuáles son esas normas e instituciones específicas dedicadas a garantizar su cumplimiento. Esa garantía se realiza mediante la aplicación del derecho, que transfiere el contenido de las normas al plano de los hechos: los jueces imponen el cumplimiento de las normas en caso de conflicto o determinan la correspondiente sanción, la administración concede una pensión de jubilación a quien cumple los requisitos establecidos...

El derecho se refiere a normas, que pretenden identificar ciertas regularidades; y, por tanto, solo puede hablarse de derecho en la medida en que esas intervenciones

del poder destinadas a garantizar las normas, reconocidas como tales por el propio poder, se orientan precisamente conforme a dichas normas, sin romper las regularidades que estas establecen. Si las autoridades estatales encargadas de aplicar el derecho deciden al margen de sus reglas, entonces ya no están garantizando el derecho, sino imponiendo su voluntad arbitraria.

Por eso, el respaldo institucionalizado que ofrecen los jueces y la administración al derecho debe depender de un entramado específico relativamente independiente respecto del arbitrio político, de modo que la decisión de los casos concretos quede solo condicionada por el análisis especializado de las normas correspondientes, que deben considerarse presupuestadas. Ese es el sentido que se atribuye hoy la independencia de los jueces y a la objetividad e imparcialidad de la administración.

2.2. Los juristas

Esto parece fácil de asumir cuando la aplicación del derecho opera, como ocurre ordinariamente, en forma de simple ordenación. El derecho se percibe como una cajonera en cuyo interior desaparecen las pretensiones individuales, los conflictos y los problemas: se trata solo de encontrar el lugar adecuado para cada uno.

Sin embargo, las normas no son más que tablas; es preciso construir con ellas la cajonera. Son juristas quienes articulan las normas en un sistema, quienes concretan los principios y los valores que las complementan, quienes dotan de sentido al conjunto. También son los encargados de ir adaptando el ordenamiento a nuevos problemas y a nuevos criterios de valor. Porque la respuesta espontánea del poder público ante la perturbación que supone cualquier novedad le lleva a producir nuevas tablas; pero ni siquiera el legislador debería sucumbir a la ilusión de que con eso solo ya está creando cajones. Ni siquiera ahora, con la multiplicación de regulaciones minuciosas y aparentemente exhaustivas y con las posibilidades abiertas por los nuevos sistemas de tratamiento de la información, y quizás precisamente por todo eso ahora menos que nunca, es posible prescindir de la tarea interpretativa, sistematizadora y racionalizadora de los juristas; al menos, si se quiere mantener bajo control el infinito complejo de problemas que plantean la vida social y las tareas públicas.

En consecuencia, la diferencia entre operadores jurídicos y juristas, aunque fluida, es similar a la que se establece entre los que usan las cajoneras y los que construyen las cajoneras o, mejor aún, los que enseñan a construir cajoneras. Los juristas muestran cómo adaptar las tablas a su función (objetiva: sirven para guardar problemas) y a su finalidad (ideal: sin que amenacen con salir de nuevo a la luz, lo

que exige generar un cierto grado de satisfacción y de seguridad), insertándolas con ello en la estructura social y de legitimación que les sirve de referencia.

La construcción del ordenamiento debe concebirse, a la postre, como un proceso abierto, en el que intervienen, al lado de los poderes creadores de normas positivas, los juristas teóricos y los prácticos del derecho (abogados, funcionarios, jueces, notarios...), mediante un trabajo colectivo y dinámico, siempre provisional, de invención, concreción, interpretación y articulación de normas, principios y valores. Las relaciones entre todos ellos varían en cada periodo histórico y en cada ámbito material de regulación. La trascendencia del derecho en cada uno de esos contextos particulares depende, en último extremo, de que se haya logrado formar un grupo social especializado y relativamente independiente de juristas dotado de autoridad para establecer cuál es la respuesta que, conforme a las normas, debe darse a los nuevos conflictos.

Esta es una autoridad que puede ser reclamada por el grupo social mismo, deseoso de que sus problemas se resuelvan de manera racional y ordenada; pero también necesita ser confirmada por el poder político, dando relevancia a los criterios de decisión formados en la comunidad de juristas. Y en última instancia depende de la consistencia que dicha comunidad haya logrado acreditar en su tarea, de su nivel de independencia y profesionalidad en el ejercicio de su específico «arte». Tal crédito no puede captarse mediante valoraciones simplistas; es preciso tomar en consideración procesos históricos complejos y diferenciados, que afectan tanto a los distintos grupos en los que se articula la comunidad de juristas como a su relación con el poder público y con la sociedad en su conjunto.

Todo ello se aprecia, por ejemplo, al considerar el distinto respeto y prestigio social que han logrado labrarse en España, en diferentes periodos históricos, los diferentes colectivos de profesionales del derecho, que por su parte están encargados de enfrentarse a problemas de muy diferente tipo: abogados, fiscales y jueces de los distintos órdenes jurisdiccionales (de lo civil y de lo penal, luego ya de lo laboral y de lo contencioso-administrativo, más recientemente la jurisdicción constitucional); notarios y registradores; técnicos de la administración civil y abogados del Estado; letrados del Consejo de Estado, de las Cortes Generales o del Tribunal Constitucional...

... y finalmente, con un papel peculiar por la autoridad que les confiere la tarea de formar como especialistas a los miembros de todos esos grupos y de controlar luego su actuación mediante la crítica pública, los profesores de universidad de las diferentes disciplinas jurídicas, con sus correspondientes tradiciones académicas. Ellos integran a los estudiantes en la comunidad de operadores jurídicos y les transmiten

el derecho como un saber socialmente condicionado por la comunidad de juristas que lo procesa, con sus estructuras y sus instituciones peculiares, con sus tradiciones y sus mecanismos de socialización. Por eso es importante seguir explicando las cuestiones fundamentales de las distintas disciplinas (la teoría del negocio jurídico y del contrato, de la posesión y de la propiedad; la teoría del delito y los fines de la pena; la teoría de la acción y del proceso; la teoría del Estado y de la Constitución...) como se hacía tradicionalmente, a través de los nombres de los autores más relevantes en la correspondiente preceptiva argumentativa.

2.3. Un excuso histórico

En síntesis: el sentido último y la vigencia efectiva del derecho dependen de la existencia y de la configuración concreta de la comunidad de juristas que lo respalda y de su relación con el poder político del momento. Un historiador del derecho podría exemplificarlo fácilmente.

Relatando, en primer lugar, el papel de los juristas en Roma, desde el inicial colegio de pontífices que solo paulatinamente concede publicidad a su saber: la Ley de las XII Tablas de mediados del siglo V a.C.; la obra jurídica de Apio Claudio el Ciego, con la publicación de los formularios procesales y quizás también de los negociales a través del llamado *ius flavianum* y del libro *de usurpationibus*, en la transición hacia el siglo III a.C.; la actividad de Tiberio Coruncanio, el primer plebeyo que alcanza el pontificado máximo y explica públicamente sus responsas, medio siglo más tarde. Luego ya se forma la comunidad laica de juristas, con Quinto Mucio Escévolia y el más joven Servio Sulpicio Rufo como maestros de la tradición republicana y con la formación de escuelas, con Labeón y Casio como referentes de las que, sin embargo, no llegan hasta nosotros con su nombre, sino con los de proculeyana y sabiniana. Es entonces cuando se concibe el *ius* como *ars boni et aequi* (Celso), en términos que aluden al arte del jurista, pero también al del juez: a su capacidad subjetiva para ajustar su comportamiento típico, la decisión del conflicto, a un patrón objetivado de conducta, el *bonus et aequus*, que se corresponde con el paradigma valorativo del *bonus vir*. Este se impone como normativo, y su depuración es obra de la jurisprudencia, entendida a su vez como saber sistemático de *rationes decidendi*, como ciencia de lo justo y de lo injusto (Ulpiano); por eso, *ius civile in sola interpretatione prudentium consistit* (Pomponio). Pero al mismo tiempo se ha creado el *ius publici respondendi* por Augusto y Tiberio, y se consolida con Adriano la secretaría a *libellis*, que institucionaliza la nueva proximidad de los juristas con el poder. Finalmente, Papiniano y Ulpiano llegan a ser prefectos del pretorio y ambos mueren violenta-

mente, convertidos en símbolo de la justicia y de la civильidad frente al poder arbitrario, sea imperial («es más fácil cometer un fraticidio que justificarlo») o militar.

Luego, desde finales del siglo XII, se recupera en Occidente el derecho romano, primero con intereses filológicos, enseguida con unas pretensiones de vigencia que se desarrollan en contextos sustancialmente diferentes desde el punto de vista político (la Italia disgregada, la Alemania de pretensiones imperiales, la Francia tempranamente centralizada y con tradiciones jurídicas diversas, la Castilla de Alfonso X, la Inglaterra del invasor normando) y también institucional (las Universidades, el Parlamento de París, los tribunales del *common law*). Por eso, la base común sobre la que se apoya la formación de los juristas no necesariamente lleva a un derecho compartido. Lo acreditan luego, en competencia con el renacimiento humanista del romanismo filológico y con el derecho natural racionalista, los juristas de Estado protestantes, el derecho de los códigos napoleónicos, la evolución autónoma del *common law* inglés en tensión con los tribunales de equidad instaurados en la Corte...

Interesa también aquí diferenciar entre comunidades jurídicas abiertas y cerradas, no solo por referencia a la mayor o menor permeabilidad de sus ordenamientos positivos, sino teniendo especialmente en cuenta la receptividad de sus comunidades académicas ante los argumentos formulados en lenguas y contextos diferentes. Entre las abiertas se cuenta la española del último siglo y medio gracias seguramente a la influencia fundamental de la Institución Libre de Enseñanza y de la Junta de Ampliación de Estudios, tan importante en el ámbito jurídico quizá por haber sido José Castillejo, un romanista, mano derecha de Santiago Ramón y Cajal y Francisco Giner de los Ríos. La referencia no es en absoluto forzada, aunque es cierto que permite enlazar con el sobrino de este último, el ilustre Fernando de los Ríos que da nombre a este foro, catedrático de Derecho Político en Granada y traductor al castellano de la Teoría del Estado de Jellinek, la obra que culmina y al mismo tiempo cierra la magna construcción doctrinal del derecho político de impronta prusiana.

Lo decisivo, en cualquier caso, es que la idea europea de jurista no aboca a la construcción de un derecho común europeo; ni siquiera debería sobrevalorarse la base normativa común del derecho romano. Importa más la tradición romana en la identificación del derecho como construcción dinámica en la que interviene decisivamente un grupo social especializado y dotado de una autoridad que resulta reconocida por el poder político del momento; este, sin duda, puede intentar instrumentalizarlo, pero ha de ser también consciente de la relación de recíproca dependencia.

III. EL DERECHO Y LOS JURISTAS EUROPEOS

3.1. Peculiaridades del Derecho europeo

Las Comunidades Europeas nacen como Comunidad de derecho, en el sentido específico que las opone a la organización dotada de un poder de coacción potencialmente arbitrario que es el Estado. Pero el derecho europeo no opera, como lo hizo el derecho romano, en forma de base jurídica común a la que se superponen las particularidades nacionales. El derecho de la Unión Europea, por el contrario, se presenta como un damasquinado de normas específicas acerca de materias determinadas. Sus principios, de textura jurisprudencial, le dotan de primacía, particularmente potente en el caso de las normas de aplicación directa, e incluso de autonomía respecto de los derechos nacionales, proporcionándole criterios de interpretación propios.

En cualquier caso, la estructura institucional de la Unión y su complejo procedimiento legislativo hacen que sea un derecho en manos de especialistas (la burocracia de Bruselas), impuesto en último extremo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (los jueces de Luxemburgo). El proyecto político de integración a través del derecho se traduce en la connivencia institucional entre ambas sedes, con una interpretación expansiva de las libertades comunitarias, de las atribuciones funcionales de competencia, de las llamadas competencias implícitas.

Detrás del derecho europeo hay desde el principio, en efecto, juristas comprometidos con el proyecto político de integración europea. La apelación al jurista europeo es, sin embargo, más tardía. Podría haber surgido en confluencia con un doble proceso: la ampliación de competencias de la Unión, con el consiguiente incremento de la densidad normativa y la creciente implicación de todos los operadores jurídicos; y la correlativa relevancia de las resistencias en algunos Estados, cuyos juristas ven perturbadas sus concepciones tradicionales. Todo ello se podría simbolizar en las reservas formuladas por la jurisdicción constitucional alemana, apoyadas precisamente en una construcción dogmática del Estado social y democrático de derecho que allí opera como elemento fundamental de legitimación del orden político (patriotismo constitucional). Invocar un jurista europeo supondría, a la postre, relegar a un segundo plano al jurista alemán y su dogmática nacional introvertida.

Sin embargo, pese a las tensiones que son conocidas, se ha producido una cierta evolución estabilizadora, una sucesión de soluciones basadas en la construcción de modelos comunes y de una relación de equilibrio y de tolerancia recíproca. Esto no solo ocurre en el plano de las decisiones jurisdiccionales; también se aprecia en las elaboraciones dogmáticas. Por ejemplo, mediante la constitucionalización del derecho de la Unión Europea, o al menos con su problematización constitucional,

al hilo justamente de esos debates y en relación también con el CEDH y su control indirecto de las normas y actuaciones de la Unión. Sintéticamente: el desplazamiento de la atención desde las libertades comunitarias hacia los derechos fundamentales reconfigura el derecho de la Unión, de derecho básicamente administrativo a derecho vocacionalmente constitucional. Que, finalmente, llega a determinar incluso la garantía de los estándares constitucionales de los Estados miembros por parte de la UE. Podría entenderse que, en algún sentido, este proceso confluye con la proyección del derecho constitucional como nuevo derecho común dentro de los Estados, a través de la dimensión objetiva y la irradiación de los derechos fundamentales; pero también aquí serían precisos análisis muy diferenciados.

En ese marco, el derecho de los derechos del CEDH también incrementa sus efectos vinculantes y se potencia. Como ocurre con todas las normas internacionales, tan resistentes a la reforma, la actualización depende fundamentalmente de la interpretación. Pero aquí se coloca en manos no solo de diplomáticos, funcionarios a fin de cuentas con un acendrado sentido de Estado y de la razón de Estado, sino principalmente de jueces (los de Estrasburgo) y de juristas, aunque sin duda conscientes de los condicionamientos políticos y quizás por ello particularmente cautelosos: en ello consiste, a la postre, el margen de apreciación nacional.

3.2. La comunidad europea de juristas

En torno a todo ese derecho jurisprudencial europeo se ha ido formando una particular «comunidad europea de juristas», cada vez más amplia, que se comunica en inglés y que ha institucionalizado su influencia en Europa y en los Estados. Resulta funcional para la consolidación del nuevo orden político europeo, como ocurrió en su momento con los «juristas de Estado».

Conviven, a su lado y con diversos grados de permeabilidad, comunidades de juristas formadas en las tradiciones dogmáticas de los respectivos derechos nacionales. Se apoyan en sus propios derechos positivos, pero sobre todo en tradiciones, principios y métodos que solo limitadamente son compartidos en otros Estados, aquilatados mediante la comparación y la diferenciación, y que se ven confrontados con la necesidad de integrar un sistema de referencias que a veces les resulta literalmente «extravagante».

El modo en que se relacionan esos dos niveles de comunidades de juristas refleja la complejidad del derecho vigente en Europa y la apertura de las perspectivas de análisis: desde la mera yuxtaposición a la cooperación más o menos equilibrada, desde la prioridad política del Estado a la prioridad jurídica de unos postulados constitucionales más o menos universalizables.

¿Se necesita, puede haber, hay ya incluso un verdadero «jurista europeo»? Es una serie de preguntas que se planteó en relación con la sedicente Constitución europea de 2004 y que dio lugar a interesantes debates, por ejemplo en Alemania entre Habermas y Grimm. El orden en el que se plantean las cuestiones no es indiferente, porque las anteriores condicionan la respuesta e incluso el planteamiento de las siguientes. En cualquier caso:

Haberlos, haylos: todos cuantos, desde los Estados y desde Europa, problematizan el derecho como una construcción compleja, sin relegar por principio ninguna de sus fuentes. Lo que desde luego no habrá es una sola «comunidad europea de juristas», como la que se afirma que existió en Europa durante la Baja Edad Media sobre la base del derecho romano y que habría perdurado hasta el barroco comunicándose en latín. El contexto político y jurídico actual es completamente diferente; y también el pasado se reconstruye a menudo de manera engañosa. El proyecto de los juristas puede seguir siendo la autonomía del derecho, siempre relativa. Sobre el destino de los Estados y de Europa decidieron entonces los principios, hoy han de decidir los políticos y los ciudadanos.

Resumen

En el marco altamente diferenciado de la integración europea, el texto esboza la trascendencia que tiene la percepción del derecho como resultado de procesos de comunicación desarrollados fundamentalmente en torno a las distintas comunidades de juristas. La comunidad de juristas formada en torno al derecho europeo convive con comunidades de juristas enraizadas en sus propias tradiciones nacionales; pero todas comparten el reto, característico para el modelo europeo de jurista, de preservar su relativa autonomía respecto del arbitrio político.

Palabras claves

Juristas, operadores jurídicos, comunidad de juristas, poder político.

Abstract

In the highly differentiated framework of European integration, the text outlines the importance of the perception of law as the result of communication processes developed mainly around the different communities of jurists. The community of jurists formed around European law coexists with communities of jurists rooted in their own national traditions; but they all share the challenge, characteristic for the European model of jurist, of preserving their relative autonomy from political arbitrariness.

Key words

Jurists, legal practitioners, community of jurists, political power.

Recibido: 6 de marzo de 2023

Aceptado: 23 de marzo de 2023



Noticias de libros



**L'OROLOGIO DELLA GUERRA. CHI HA SPENTO
LE LUCI DELLA PACE, ANTONIO CANTARO, NTS
MEDIA, 2023, 212 PÁGINAS**

MIGUEL J. ARJONA SÁNCHEZ

*Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho
Constitucional de la Universidad de Granada*

Trátase esta original obra de un libro dedicado a la guerra de Ucrania, escrito a modo de diario, en la que el autor va analizando cada uno de los acontecimientos que van jalando este tiempo bélico, compartiendo con el lector sus impresiones y reflexiones, no solo respecto al conflicto, sino a sus repercusiones respecto al orden mundial y, muy especialmente, la construcción europea.

Vaya por delante, como aviso a los lectores, que aunque Antonio Cantaro sea un reputado profesor, que ha dedicado una gran parte de su obra a analizar la construcción europea, no encontrarán en su libro una lectura académica al uso; sino una propuesta mucho más personal, en la que nos invita a conocer no solo sus pensamientos, sino –en cierto modo– sus sentimientos respecto de estos graves acontecimientos; al tiempo que nos agasaja con una interesante bibliografía de referencia, propia del intelectual. Obviamente no es el autor un corresponsal de guerra que nos regala la crónica de los avances o retrocesos en el frente de batalla; sino que en su defecto nos brinda sus análisis y reacciones ante este primer año de la denominada “operación especial”.

Reflexiones y pensamientos, que parecen sernos confiados, casi de forma confidencial; a lo que contribuye que el autor haya optado por señalar la fecha y el lugar donde parece haber recibido esta o aquella noticia o bien donde se produjese su reacción, generándonos la impresión de estar asomándonos a las páginas de un diario personal sobre la guerra, que probablemente podría ser también el de una generación de europeos.

Consta la obra de un prólogo que es seguido, en sentido cronológico por once capítulos, con algunos flashbacks, que dotan a la lectura de mayor intensidad emotiva. El mismo autor nos previene en su prólogo, que se encuentra el lector ante una suerte de “diario intelectual involuntario”, cuya “cartografía invoca continuamente a la historia”.

El primer capítulo comienza con un título que ya en sí mismo resulta toda una declaración, “el retorno de la guerra”, en la que el autor desgrana quienes son los contendientes.

Así, el evidente conflicto entre Ucrania y Rusia es señalado también como un enfrentamiento de la UE frente a la Federación Rusa. Una federación, que no ha pretendido legitimar su actuación (como sí hicieron los EEUU) como la propia de una “policía internacional” que actúa por “razones humanitarias”, sino por la necesidad vital de Rusia de preservar “su rol y estatus de potencia imperial”, que no rehúsa un enfrentamiento entre valores (una guerra de religión sin religión) entre la democracia occidental y el liberalismo del régimen de Putin. La lógica identitaria al servicio de la estrategia.

Abriendo el angular, el profesor nos invita también a observar la alianza chino-rusa (militar y tecnológica) frente a una OTAN que estrena un nuevo concepto estratégico, como el retorno de la geopolítica, la geoeconomía e incluso la geohistoria. Disciplinas que coadyuvan a señalar las contradicciones del orden liberal (que afirma la existencia de un orden multipolar, en la práctica unipolar) con la intención de subvertirlo.

El segundo capítulo tendrá un título no menos directo “I russi, i russi gli americani” con el que el “diario” se adentra en las consideraciones geopolíticas sobre la guerra.

Para el profesor, la guerra de Ucrania es mucho más que un conflicto entre sus dos actores principales, como nos había adelantado. Por una parte, se trata de una nueva guerra fría entre Rusia y Estados Unidos, que usa retóricas propagandísticas como las de la desnazificación y los valores tradicionales, por un lado; frente a democracia frente autocracia, por otro. Tras bambalinas, la oportunidad para los anglosajones de apartar a Rusia del gran juego entre las potencias mundiales; evitando la autonomía estratégica de Europa, anclada así a los destinos estadounidenses. Una guerra fría pues, que tendería a bipolarizar el mundo frente al coloso chino, pero con nuevos actores, no aliados, mucho más fuertes, como la India, algunas partes de África y Oriente Medio.

En el tercer capítulo “Morire per Kiev?” se analiza la europeidad de Rusia y la corriente ideológica que soporta la actual Federación Rusa.

Para el autor no hay duda de que Rusia se ha sentido repetidamente atraída por la idea de Europa, a la que ha identificado con la alta cultura, el genio de la Ilustración, etc. Un modelo humanista europeo que Rusia ha encontrado compatible con su alma, aquella construida sobre el mito de la Rusia eterna, que otra vez parece poblar los pasillos del Kremlin, pero ¿son compatibles ambas visiones?

Para Cantaro, el origen del putinismo está en esta particular relación entre Europa y Rusia. Para afrontar su retraso económico, el conservadurismo ruso ha rescatado el mito de la Rusia eterna y su misión histórica-cultural, cuya traslación

geopolítica le conduce a la reconstrucción del espacio postsoviético, identificado como la Rusia Imperial y eterna frente al avance otanista. El propio Putin, en febrero de 2022, hizo a Lenin responsable de la fragmentación del espacio post imperial y, en última estancia, de la moderna Ucrania, construida en tierras de esa Rusia eterna.

El cuarto capítulo “Gorbačëv, un giorno...” describe como el sueño de Gorbačov de una nueva relación entre Rusia y Occidente ha ido progresivamente desapareciendo a manos del nuevo orden mundial planteado por Bush junior y las conferencias internacionales sobre seguridad.

“Nel tempo della guerra freddo-calda” es el título del quinto capítulo. Si en el segundo capítulo el profesor Cantaro nos descubría una nueva guerra fría, en este nos alerta, que contiene en su interior el peligro de una nueva guerra mundial; aquella que resuelva la clásica competencia entre la potencia en descenso frente a la ascendente, que no puede ser más que China (no Rusia, nos recuerda). Un conflicto que podría encenderse en muy poco tiempo en Taiwán. En cualquier caso, para el profesor, esta guerra fría certifica el actual declive del globalismo neoliberal y sus consecuencias, lo que le lleva a apelar por un alejamiento del eurocentrismo belicoso, para propugnar un diálogo entre las corrientes de “pensamiento crítico” y los movimientos pacifistas.

El sexto capítulo “Lampi di memoria Guerra e pace in Bruno Trentin” está enteramente dedicado a analizar a Europa y su relación con los EEUU. Dos versiones del viejo continente, en el que, por una parte, tenemos una Europa unionista entendida como espacio mercantil, subalterna a los intereses estadounidenses y representada por Maastricht; y por otro, una Europa federalista, que debe reclamar para la eurozona un gobierno político de la economía, y con una política exterior y de defensa común autónoma a los estadounidenses, consciente de la decadencia de su hegemonía. Esta Europa es calificada por el autor como revolucionaria, porque la entiende como un primer paso hacia un gobierno mundial. Una Europa que debe representar un nuevo orden internacional basado en el Derecho y no en la fuerza, en la cooperación y la paz internacional, federación de estados y pueblos (como esperaba el “grupo Spinelli”), alternativa a la globalización, etc. Una Europa que no debe romper con su enfoque global, pero sí con su miopía neoliberal impulsada por los intereses de ciertas élites políticas y financieras frente a los intereses de los pobres del mundo.

El capítulo “Maastricht, 30 anni portati male” es el séptimo, y en él, el autor nos hace ver que Maastricht coincidió con la popular obra de Fukuyama “El fin de la historia y el último hombre”, que –a juicio de Cantero– confundió la unipolaridad

estadounidense con su hegemonía. De aquella soberbia concepción del poder americano, surgiría la ampliación de las fronteras de la OTAN y el resentimiento de Rusia.

En contra de la predicción de Fukuyama, no nacería un nuevo orden liberal. Muy al contrario, una paulatina bipolarización ideológica entre democracias y autorocracias desplazaría la posición de Europa en el mundo. El fracaso de Afganistán y la lucha contra el terrorismo volvería a las relaciones entre Rusia y Occidente a la casilla de salida; una segunda guerra fría que empujó a Rusia a los márgenes de la estructura de seguridad europea. La actual guerra de Ucrania no es más que la culminación de esta guerra fría, con la que EEUU desplaza la línea que define a Occidente. Así, el Consejo de Madrid de la OTAN habría certificado el fin de la relativa autonomía de Europa y la remilitarización del mundo, cuya lógica con Rusia parece querer también trasladarse a China.

Para el autor, la política energética y militar alemana no parece dirigida a la creación de un gran espacio europeo. Todo se fía a confiar en la política monetaria del BCE y las sanciones monetarias, lo que probablemente lleve a Europa del ordo liberalismo alemán al orto occidentalismo atlántico, poniendo en franco riesgo las capacidades productivas europeas, su economía y finalmente su calidad democrática. Tras ello, solo cabe un nuevo comienzo europeo sobre bases nuevas.

El octavo capítulo “*Lampi di memoria Berlinguer ti voglio bene, ancora*” se encuadra en la vocación intimista de esta obra. Berlinguer y la labor de los comunistas italianos, la nostalgia por lo que significaron para Italia y Europa.

“*Unione oggi. Sotto il vestito niente*”. En este noveno capítulo, la obra enfrenta con contundencia la construcción europea. Su argumentación parte de una afirmación rotunda, aquella de que la falta de autonomía política de la Unión, la deja a merced de los mercados y, por tanto, de las fuerzas opacas que los gobiernan. Se habla entonces de la narrativa de la Unión Europea, que es la “narrativa de la salvación” que se nos vende verde y digital, que lucha contra el cambio climático a través de las energías renovables, la inteligencia artificial, etc. Frente a esta narrativa los datos duros, que muestran que las emisiones que alteran el clima no han dejado de aumentar, como la factura energética y la inflación, pavimentando una futura recesión.

Para el profesor, la guerra sorprendentemente puede abrir una nueva narrativa ecológica. La batalla contra la dependencia el gas ruso sitúa al imperativo ecológico en el centro, y une el apoyo a la guerra con el desarrollo de las energías renovables. Una “guerra justa” (mañana contra Rusia) para detener el reloj climático. El mundo al revés de cómo lo solíamos ver.

“*La pace (im)possibile*”. En este noveno capítulo Cantaro analiza la última obra de Aldo Schiavone, “*L’Occidente e la nascita di una civiltà planetaria*”. En dicha

obra se niega la decadencia occidental, y se defiende la existencia de una civilización única para el conjunto de la humanidad producto de la difusión de la tecnología y el capitalismo, cuyos riesgos están a la espera de ser solventados mediante la consecución de la dimensión supranacional de la política y la democracia; sin posible marcha atrás.

Para nuestro profesor, sin embargo, esta denominada civilización planetaria es en realidad incivilizada, como revelan los informes de la ONU sobre el desarrollo humano o la Encíclica "Fratelli Tutti" de Bergoglio. Este pretendidamente victorioso modelo global enfrenta verdaderas guerras civiles, alimentadas por localismos e identidades que se resisten a las enormes desigualdades, haciendo de la paz un objetivo imposible. Hoy, como señala el Papa Francisco, palabras como democracia, libertad o justicia han sido manipuladas y transformadas en instrumentos de dominación, que hay que devolver a su significado original.

El autor defiende la posición del Papa frente a la guerra, del que afirma ha sido "crucificado" por no caer en el entusiasmo infantilista alrededor del derecho a resistir la invasión, que no permite razonar sobre qué intereses avivan la guerra. Al contrario de estas posturas, el autor sostiene que la paz solo llegará con un acuerdo entre las partes que convoque a la misma mesa a los países europeos, EEUU, Rusia y los emergentes como China e India y la propia África. No sin señalar, que si no reparamos el enorme déficit democrático y la privación de derechos de las clases populares se seguirán alimentando estas guerras civiles permanentes, sin que un sano pacifismo pueda enfrentarlas.

El último capítulo "Post scriptum. Armati fino ai denti". Frente a la lógica de la escalada hasta la victoria hay que promover la de la desescalada hasta la paz. Los tres escenarios del historiador militar francés Michel Goya (la "reconquista" ucraniana, la aventura nuclear y la guerra abierta entre la OTAN y Rusia) solo tienen como certeza la escalada. La guerra se ha convertido en un vehículo para prescindir de la política democrática, y en ella no será posible la victoria porque todos serán potencialmente enemigos. Para Cantero la certeza en la victoria occidental es otra certeza peligrosa, siendo lo más razonable que aparezca el partido de la paz.

Como habrá podido intuir el lector de esta recensión, el libro de Cantero representa una mirada del intelectual a la guerra de Ucrania, en la que nos desvela sus sentimientos y miedos, su visión del futuro y del propio avenir de Europa. El profesor prefiere, en cierto modo, compartir más su estado de ánimo frente a la rigurosidad de una obra que podría haber sido más académica, y quizás en ello más perfecta, pero probablemente menos conmovedora, sobre este primer y año de la denominada "operación especial".

Resumen

Este trabajo recensiona la obra del profesor Cantaro “L’orologio della guerra. Chi ha spento le lucid ella pace”, en la que analiza las repercusiones de la guerra de Ucrania para el proceso de construcción europeo, las relaciones entre Europa y Rusia, el orden mundial –incluyendo la relación de Europa con el mundo anglosajón y las nuevas potencias emergentes– y la democracia.

Palabras clave

Guerra, operación especial, Ucrania, Rusia, Estados Unidos, China, orden mundial, seguridad, geopolítica, democracia, derechos humanos.

Abstract

This paper reviews Professor Cantaro’s work ‘L’orologio della guerra. “Chi ha spento le lucid ella pace”, in which he analyses the repercussions of the war in Ukraine for the process of European construction, relations between Europe and Russia, the world order –including Europe’s relationship with the Anglo-Saxon world and the new emerging powers– and democracy.

Keywords

War, special operation, Ukraine, Russia, United States, China, world order, security, geopolitics, democracy, human rights.

Recibido: 22 de mayo de 2023

Aceptado: 30 de mayo de 2023

**NATURALEZA Y EFICACIA DE LA CARTA DE
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN
EUROPEA, AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO,
CEPC, 2021, 294 PÁGINAS**

PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Pompeu Fabra

La entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, Carta o CDFUE), en virtud de la ratificación del Tratado de Lisboa, ha contribuido a reforzar un fenómeno progresivo de constitucionalización de la integración europea. No obstante, como es bien sabido, este “*bill of rights*” europeo ni declara ni constituye *ex novo* los derechos fundamentales en la esfera supranacional. Más bien, es la última etapa de un largo (e inacabado) recorrido iusfundamental que se ha ido conformando a lo largo de varias décadas, cuyos orígenes se remontan a la acción pretoriana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa construcción judicial encontró una inspiración inicial en las tradiciones constitucionales comunes y en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cristalizando decenios más tarde en un texto jurídico único que trasluce una suerte de voluntad codificadora.

La original estructuración del poder público en la Unión Europea obliga a analizar con cautela su tabla de derechos. O lo que es lo mismo, su vocación constitucionalizadora no debe hacer perder de vista la necesidad de atender a los peculiares signos distintivos del orden europeo para comprender debidamente los rasgos jurídicos básicos de la Carta. En este sentido, es imprescindible la referencia a la integración de la CDFUE en el denominado sistema multinivel de protección de derechos fundamentales en Europa. En pocas palabras, la Unión Europea –con su propio catálogo de derechos y con una autoridad judicial superior como máximo intérprete de su Derecho– constituye un estrato normativo adicional que se suma a los existentes en el plano estatal e internacional. Esta singular arquitectura normativa se enfrenta al reto de ofrecer respuestas coherentes y eficaces a los desafíos iusfundamentales de una sociedad enmarcada en un contexto de fuerte globalización e intensa integración regional en Europa.

La obra de Augusto Aguilera Calahorro se propone la desafiante tarea de examinar dos aspectos basilares de la CDFUE: su naturaleza y eficacia. Con ese pro-

pósito, se estructura el libro en torno a tres partes principales: I) “Objeto, método y conclusiones”; II) “Sobre valores, principios y derechos”; III) “Sobre la iusfundamentalidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Todo ello precedido por un prólogo a cargo de Francisco Balaguer Callejón y una breve introducción.

Se comienza con una exposición de las cuestiones metodológicas esenciales, que van a permitir ordenar los contenidos de la monografía. Con respecto al objeto de investigación, se formula de manera clara y ciertamente sugerente, a saber: ¿contiene la CDFUE realmente derechos fundamentales? Pese a que a primera vista pueda resultar un interrogante contraintuitivo, se expone con acierto por qué las dificultades que rodean a la configuración jurídica de los derechos fundamentales, más allá del contexto estatal en que fueron alumbrados, merecen tratar con detalle esta cuestión. Cabe mencionar un par de aspectos formales sobre la aproximación metodológica de la investigación. Por un lado, se adopta una visión constitucional del conjunto integrado por los ordenamientos nacionales y el Derecho de la Unión como dos espacios jurídicos autónomos e interdependientes. Por otro, dadas las inherentes dificultades de un orden jurídico compuesto por veintisiete realidades jurídicas nacionales, se pone especial énfasis en la aplicación de la Carta en la jurisdicción española como única experiencia jurídica nacional.

La segunda parte constituye un auténtico “*tour de force*” en el que se atiende con detalle a una vasta dogmática jurídica que, con referencia a obras claves de autores como Hart, Kelsen o Dworkin, se ha dedicado a la categorización de las normas jurídicas en valores, principios y derechos. Pues bien, si este segundo bloque aspira a examinar minuciosamente el primero de los elementos que figura en el título de la obra –la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales de la Carta–, el tercero se detiene en el segundo de los aspectos destacados en su rúbrica –la eficacia de los derechos integrados en la CDFUE–. Es así como la obra va avanzando metódicamente de modo que, tras haber expuesto las bases teóricas en el capítulo segundo, y en parte del tercero, se abordan directamente las preguntas de investigación principales de la obra.

En una primera aproximación, puede adelantarse que las tres categorías normativas que ocupan la atención preferente de la obra –valores, principios y derechos– son concebidas por su autor como elementos de una misma escala con una gradación ascendente por lo que se refiere a su concreción. Dicho de otro modo, son susceptibles de ser ordenados desde una menor precisión (o, si se prefiere, una mayor abstracción) –representados en su expresión más imprecisa por los valores– a una mayor determinación –encarnados en su grado superior por los derechos–. Gracias

al estudio de estas figuras, será posible determinar la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales de la Carta en el marco del Derecho de la Unión.

Los valores de la Unión, que son a su vez comunes a los Estados miembros, aparecen actualmente reconocidos en el art. 2 TUE. Su redacción presente es a todas luces deudora del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que contenía una disposición idéntica a la vigente a día de hoy. Genera confusión que sean referidos ahora como valores, en contraste con lo verbalizado en versiones previas de los Tratados que aparecían recogidos bajo el “*nomen iuris*” de principios. De ahí que sea conveniente un esfuerzo doctrinal con intención de esclarecer los caracteres definitorios de esta categoría. En opinión del autor, los valores cumplen un doble cometido. Expresan “los fundamentos de la Unión derivados de la caracterización de la sociedad europea” y, al propio tiempo, “despliegan efectos jurídicos muy concretos que los distinguen de los meros ideales o aspiraciones constitutivas”. Junto a la bien conocida eficacia de los mismos como presupuestos para la adhesión y permanencia en el proyecto europeo, también son un parámetro de legalidad de los actos de la Unión.

Teorizar sobre los principios no se presenta tampoco como una tarea sencilla. Una primera mirada al contenido de los Tratados y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia revela que con ese término se hace referencia a realidades muy heterogéneas. Se propone el autor en este punto un triple cometido conducente a examinar las concepciones de los principios jurídicos por diferentes escuelas de pensamiento, ofrecer una clasificación e identificar su significado.

En esencia, la primera cuestión que se propone abordar consiste en determinar la relación entre la moral y el Derecho. Esto se traduce en el ámbito de los principios en su posible consideración, o bien como realidades previas al Derecho impregnadas de una determinada concepción axiológica, o bien como como instrumentos puramente jurídicos que pueden cumplir diferentes finalidades. Augusto Aguilar se posiciona en este debate apostando por una perspectiva dualista, en virtud de la cual reconoce que el Derecho tiene un “sentido eminentemente positivo”, pero al mismo tiempo admite que “su validez general como Derecho (...) remite a elementos externos al propio Derecho sobre el que se va a jugar su aceptación social”.

Ante la dificultad de formular un concepto de principios que reúna los rasgos esenciales comunes de dicha categoría, se elaboran dos clasificaciones con la idea de arrojar luz sobre esta imprecisa noción. A diferencia de la primera, que presenta un carácter más general, la segunda se centra en el marco del Derecho de la Unión. De un lado, se distingue entre “*principia cognoscendi*”, que sirven de orientación para el conocimiento, interpretación y aplicación de las restantes normas; “*principia essen-*

di", que son fuentes del Derecho expresas o derivadas del Derecho positivo; "*prima principia*", que concretan los valores sobre los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. De otro lado, se diferencia entre principios generales del Derecho originario, principios generales no escritos y principios rectores de las políticas de la Unión. Es posible distinguir dos grupos, de modo que, por lo que aquí interesa, las dos primeras categorías son directamente eficaces, mientras que los principios rectores son generalmente objetivos que las políticas de la Unión deben alcanzar y requieren de la intervención del poder público para adquirir eficacia.

Las constituciones normativas han venido a reconsiderar el papel de los valores y principios en los ordenamientos europeos contemporáneos. Una mayor adhesión a las teorías dualistas está comportando una distinción cada vez más difusa entre Derecho y moral y, por ende, un creciente protagonismo de esta tipología de normas. Los debates teóricos se han concentrado en los límites entre el poder legislativo y el poder judicial, la legitimidad de los jueces para interpretarlos y aplicarlos, para realizar ponderaciones entre disposiciones constitucionales y determinar la norma aplicable al caso. En breve, no cabe dudar del carácter abierto de los valores y los principios, que están necesitadas de una ulterior concreción para que puedan ser empleados por los operadores jurídicos; otra cosa distinta, es el papel del juez a la hora de interpretarlos y aplicarlos al caso concreto.

Continuando con esta gradación normativa, el tercer peldaño está representado por las reglas. Como primera caracterización, las reglas establecen una correlación entre un presupuesto de hecho, dotado de un cierto grado de determinación, y una consecuencia jurídica que impone una obligación a sus destinatarios. Esta estructura normativa está íntimamente conectada con su aplicación, que responde a un silogismo lógico de subsunción. Así, estas primeras notas ponen de relieve una nítida distinción con los valores y principios. Especial interés suscita la eficacia de las reglas, que contienen un mandato de obediencia dirigido a sus destinatarios y, en caso de incumplimiento, podrán ser impuestas coercitivamente por la autoridad pública legitimada para ello. Será en este punto donde cobran relevancia las garantías jurídicas, señaladamente para el caso de los derechos fundamentales.

Habiendo diferenciado entre valores, principios y derechos, es posible seguir ahondando en la naturaleza de las normas jurídicas para ocuparnos ahora de los derechos fundamentales. Lo verdaderamente determinante, a juicio del autor, para apreciar en los derechos ese rasgo de iusfundamentalidad reside en la posibilidad de invocarlos por parte de los particulares en defensa de pretensiones subjetivas, es decir, será su eficacia la característica determinante que permita adscribirlos a esa categoría. Podrán ser considerados como reglas o como principios, aunque no como

principios rectores que, por su propia definición, exigen de un eventual desarrollo normativo para que puedan hacerse valer ante la autoridad jurisdiccional.

Partiendo de este marco teórico, conviene sintetizar en unas breves líneas las opiniones del autor con relación a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales de la Carta. Primero de todo, sostiene una concepción integrativa de los derechos fundamentales en vez de una antagonista, esto es, no los concibe como simples límites frente al poder público, sino que son elementos de construcción de una comunidad política. Esta comprensión de los derechos se revela aún más imperiosa en el ámbito supranacional que en el estatal por razón de la necesidad de reforzar una debilitada legitimidad del proyecto de integración, al menos en comparación con el modelo estatal. Asimismo, los derechos fundamentales son entendidos como una positivización de fines, valores y principios que no tienen que ser necesariamente concretados en derechos subjetivos, aunque las disposiciones de la Carta deben ser normas de derechos fundamentales. Dicho todo esto, no está de más insistir en que la iusfundamentalidad de tales derechos radica esencialmente en su invocabilidad; en caso de no concurrir este atributo, se perversa la efectividad de los derechos fundamentales de la Carta con el resultado de socavar la legitimidad de la construcción europea.

Todo este planteamiento previo sienta los fundamentos teóricos necesarios para poder responder a la hipótesis de partida de la presente investigación. Corresponde ahora, pues, abordar específicamente las normas de derechos fundamentales contenidas en la Carta para averiguar si los mismos son verdaderamente iusfundamentales.

La naturaleza y eficacia de la Carta ha sido una preocupación constante para los teóricos de la integración europea desde los mismos orígenes del aquel texto jurídico. La CDFUE fue aprobada en el año 2000 a través de un método inédito hasta entonces en la práctica comunitaria: la Convención. Se trataba de una fórmula más abierta y participativa que se alejaba del modelo de la conferencia intergubernamental, más apegada a los usos internacionalistas. En todo caso, hubo de transcurrir casi una década para que este instrumento normativo adquiriera fuerza vinculante con “el mismo valor jurídico de los Tratados” (art. 6.1 TUE). Contrariamente a la propuesta de la Constitución europea, que incorporaba la tabla de derechos en su Parte II, se erige ahora como un texto jurídico separado de los Tratados, que no es más que una muestra evidente de la tarea desconstitucionalizadora que caracterizó la transición de la Constitución europea al Tratado de Lisboa.

El autor de la obra expone con claridad las principales dificultades para la eficacia de la Carta. Es imprescindible a estos efectos atender preferentemente al rele-

vantísimo Título VII de la Carta en el que se contienen las disposiciones generales sobre su interpretación y aplicación. En concreto, se identifican tres obstáculos a la eficacia de la Carta: la distinción entre principios y derechos, el principio de atribución competencial y el ámbito de aplicación de la Carta.

En primer lugar, el artículo 52.5 CDFUE establece una distinción vidriosa cuando declara que la Carta contiene principios y derechos. Y esto se debe a que la misma no especifica qué preceptos albergan principios y cuáles derechos, salvo en casos muy contados. Siguiendo el tenor literal de la norma, la diferencia se cifra en que los principios deben ser observados –a diferencia de los derechos que serán respetados– y deben “aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos”. No cabe duda, entonces, de la eficacia mediata de los principios incorporados en la Carta que queda reducida “para los tribunales solo cuando se trata de la interpretación o revisión de los actos de la Unión”, sirviendo para el desarrollo “de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros”.

En segundo lugar, la Carta advierte de que la misma no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ni modifica las competencias establecidas en los Tratados. Esto comporta igualmente una limitación a la eficacia de la Carta, que está condicionada por el reparto de competencias dispuesto en los Tratados de la Unión. Este límite puede sencillamente explicarse por la incorporación de la Carta en un espacio multinivel de derechos fundamentales, no siendo una cláusula que pueda encontrarse en las constituciones normativas europeas de posguerra con relación a su propio catálogo de derechos.

En último lugar, asumiendo una mayor relevancia que las consideraciones precedentes, la tercera de las trabas a la eficacia de la Carta está relacionada con el ámbito de aplicación del catálogo de derechos supranacional. Como es sabido, el artículo 51.1 CDFUE goza de efectos desiguales en atención a sus destinatarios. Se proyecta frente a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sin que el texto exprese mayor constrección que el respeto al principio de subsidiariedad. Por el contrario, siendo este el aspecto verdaderamente conflictivo, la Carta está dirigida a los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Sin lugar a duda, esta es una cuestión nuclear en la medida en que esa escueta e imprecisa previsión encierra la aplicación de uno u otro catálogo de derechos –nacional o supranacional– y, por extensión, es un elemento clave para la interacción entre los ordenamientos estatales y el Derecho de la Unión.

Este problemático fenómeno de la “bifuncionalidad” de la Carta, término acuñado por Pedro Cruz Villalón, se encuentra en los orígenes de una compleja jurisprudencia que ha dado lugar a diálogo conflictivo entre el Tribunal Constitucional

español y el Tribunal de Justicia. Esta ha sido la única ocasión en la que la jurisdicción constitucional española ha desempeñado un papel singularmente relevante en el espacio judicial europeo. Con ocasión del célebre asunto Melloni, el Alto Tribunal español se separa de su tradicional posición de voluntario aislamiento en materia de Derecho de la Unión para plantear su primera –y única hasta la fecha– cuestión prejudicial. Las dudas de europeidad elevadas conciernen a dos cuestiones centrales sobre la interpretación y aplicación de la Carta, que están estrechamente enlazadas entre sí: el ámbito de aplicación (art. 51 CDFUE) y el nivel de protección (art. 53 CDFUE).

Siendo ampliamente conocidas las pautas interpretativas sentadas por la Corte de Luxemburgo en la pareja de sentencias Melloni y Åkerberg Fransson, se expondrán de manera sucinta sus rasgos más elementales. El Tribunal Constitucional español incoó el proceso judicial por excelencia para entablar un cauce comunicativo entre jurisdicciones a fin de conocer si en caso de colisión entre el nivel de garantía de la Constitución nacional y la Carta, puede prevalecer la norma fundamental española en caso de otorgar un régimen de protección más elevado. Para dar respuesta a esta hipótesis de conflicto, el Tribunal de Justicia establece un criterio jurisprudencial que no encuentra fundamento ni en la letra de la Carta ni en las explicaciones anexas. Declara que las autoridades nacionales están habilitadas para aplicar los estándares nacionales de protección en aquellos casos en los que “la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión”. Es así como el Tribunal de Justicia, fiel a su papel de defensor de la autonomía de su propio ordenamiento jurídico, trata de garantizar la primacía, la efectividad y la uniformidad del Derecho de la Unión.

Este auxilio interpretativo ofrecido por el Tribunal de Luxemburgo no es bien acogido por el órgano judicial emisor de la cuestión prejudicial. Con la sentencia del Tribunal Constitucional por la que se pone fin al litigio, se acata la interpretación proveniente del Tribunal europeo de manera reticente, como si se tratase más bien de un cambio de jurisprudencia resultante de una reflexión autónoma. Más relevante aún, este desencuentro provoca que el Tribunal Constitucional decida conceder a la Carta una eficacia meramente hermenéutica por la vía del art. 10.2 CE, rechazando con ello su recepción a través del art. 93 CE. En consecuencia, sostiene Augusto Aguilar que “el juez constitucional parece exento de la eficacia directa y la primacía de la Carta cuando aplique el Derecho de la Unión”.

Otra consecuencia destacada de la exégesis establecida en el asunto Åkerberg Fransson consiste en desplazar el debate sobre la eficacia de la Carta al ámbito del principio de atribución de competencia. En concreto, el margen de discrecionalidad

otorgado a los Estados para transponer las directivas será el nuevo escenario en el que va a desarrollarse su eficacia. Con las pautas marcadas por la jurisprudencia europea y la actitud de repliegue del TC español, Augusto Aguilar considera que se alcanza un resultado indeseado para la Carta: una degradación de su valor jurídico y de su eficacia. En efecto, la aplicación de la Carta estará marcada por la intervención legislativa de los poderes europeos y nacionales en la labor inherentemente cooperativa que caracteriza la tarea de transposición de directivas.

Para conocer la eficacia de la Carta, resulta de interés el estudio realizado sobre la aplicación del catálogo de derechos europeo por parte de la jurisdicción supranacional y nacional. Gracias a esta aportación, se añade una dimensión más práctica a un examen precedente eminentemente teórico. De un lado, se ha desarrollado a manos del Tribunal de Justicia una nada sencilla jurisprudencia sobre la aplicabilidad de la Carta. Este “test de aplicabilidad” es el resultado de decisiones judiciales individuales que han ido incorporando criterios para la aplicación de la Carta. Así pues, el acto nacional “debe verse afectado por una regulación europea, pero la afectación exige un vínculo de conexión específico, superior a la mera proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra”. A raíz de la misma se ha constatado que los derechos fundamentales de la Carta son vehiculados a través de normas de Derecho derivado para su aplicación. En consecuencia, se requiere de la intervención del legislador europeo para su eficacia, lo que los acerca a meros principios rectores.

De otro lado, a tenor de la práctica judicial en España, se ha evidenciado que son sumamente infrecuentes los casos en los que se invoca la Carta como único fundamento en caso de que un acto del poder público estatal pueda ser contrario al Derecho de la Unión. Con carácter general, los posibles conflictos se manifiestan como una posible contradicción entre los actos nacionales de ejecución y una directiva, sirviendo la Carta para determinar los márgenes de apreciación concedidos a las autoridades estatales. Queda así relegada la Carta a un instrumento de interpretación del Derecho derivado y de sus efectos en el ordenamiento nacional, viéndose perjudicada en su eficacia por mor de la aplicación que de la misma están haciendo los Tribunales nacionales. Una ulterior consecuencia de enorme interés que se extrae del análisis de la aplicación de la Carta por las autoridades judiciales nacionales es que dicho instrumento normativo no es empleado como una limitación del poder público frente a los ciudadanos. Frente a esta dimensión clásica de los derechos fundamentales que responde a una preocupación reflejada en las constituciones históricas, es poderosamente llamativa la constatación de que los derechos fundamentales de la Carta actúan como “un límite frente a actos de autoridad en defensa de otros

actos de autoridad". Expresado en otros términos, con esta aproximación se está haciendo uso de la Carta como un instrumento de delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros.

No obstante, una reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha abierto la puerta a una interpretación favorable a una mayor eficacia de la Carta. Un número significativo de sentencias del Tribunal de Luxemburgo ha venido a reconocer la eficacia horizontal de algunas disposiciones de la Carta al margen de la normativa de desarrollo. Se ha inaugurado una nueva línea interpretativa que se inicia en el año 2018 a raíz del asunto Egenberger, con una fundamentación que ha sido asumida por otros pronunciamientos posteriores. Se reconocía en este litigio que el principio de igualdad de trato en materia de empleo no se establece por sí mismo por la Directiva 2000/78, sino que encuentra su fundamento en las tradiciones constitucionales comunes y en diversos instrumentos internacionales. Continúa el fallo señalando que la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión. Y todo ello para terminar afirmando que dicha prohibición recogida en el artículo 21 CDFUE "es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en el litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión". Debe precisarse, en todo caso, que es una jurisprudencia que por el momento ha dado sus frutos en el ámbito de las relaciones laborales. Con motivo de esta sentencia, que ha sido confirmada y precisada por otras posteriores, el prof. Aguilar concluye que se puede apreciar una corrección e inversión de una tendencia judicial de largo recorrido que limitaba la eficacia de los derechos de la Carta a principios rectores, y no de disposiciones iusfundamentales.

En definitiva, el libro objeto de la presente recensión aborda una cuestión de enorme interés y relevancia para la doctrina constitucional europea. Queda bien claro que la entrada en vigor de la Carta no fue un punto de llegada, subsistiendo interrogantes de primer orden sobre la configuración básica del catálogo de derechos europeo. Partiendo de una pregunta de investigación bien definida y atractiva, el autor guía con rigor al lector para explicar las dificultades para que la CDFUE adquiera plena eficacia en un marco jurídico complejo, caracterizado no solo por el solapamiento de declaraciones de derechos fundamentales y órganos judiciales encargados de su interpretación y aplicación, sino también por contar con autoridades estatales y supraestatales que ostentan potestades normativas. Un prolífico estudio teórico sobre la naturaleza jurídica de los derechos de la Carta viene acompañado de una cuidada visión práctica desde la óptica jurisdiccional española y europea. Por todo lo anterior, es una lectura recomendable para los estudiosos de la integración

europea interesados en conocer algunos de los más importantes retos estructurales de una pieza fundamental del espacio constitucional común europeo.

Resumen

Este trabajo recensiona la obra de Augusto Aguilar Calahorro, “Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (CEPC, Madrid, 2021).

Palabras clave

Derechos fundamentales, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, espacio constitucional común europeo.

Abstract

This work reviews the volume “Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (CEPC, Madrid, 2021) by Augusto Aguilar Calahorro.

Keywords

Fundamental rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Court of Justice of the European Union, common European constitutional space.

Recibido: 5 de junio de 2023

Aceptado: 13 de junio de 2023

***EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN
MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS
EN SU LABERINTO, CALOGERO PIZZOLO,
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, 2022,
365 PÁGINAS***

ANDREA GARRIDO RAYA

Doctoranda de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

El proceso de internacionalización del Derecho que trajo consigo el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra desencadenó, dentro de los ordenamientos de los Estados, una tendencia hacia el aperturismo constitucional que llevaría a los respectivos sistemas de derechos de estos últimos a admitir su integración en el tan novedoso, como complejo, sistema europeo de protección multinivel de derechos. De esta manera comenzaría a desarrollarse en Europa un contexto de realización de derechos fundamentales impregnado de pluralismo constitucional, al pasar aquel a estar constituido, al margen de los subniveles nacionales de régimen local, por una tríada de niveles constitucionales que interaccionan permanentemente y que, si bien en la gran mayoría de casos, se retroalimentan y enriquecen, también, al mismo tiempo, se autoperciben como autónomos y suficientes, así como detentadores del *derecho a la última palabra* en aquellos casos, minoritarios, en los que acontece algún tipo de conflicto o confrontación. De ahí que Calogero Pizzolo inicie su obra comparando, de forma enormemente ilustrativa, el vigente sistema europeo multinivel de derechos con la imagen del clásico *laberinto borgeano* sin salida: la apertura del Derecho constitucional-estatal hacia un Derecho internacional segmentado o fraccionado ha conducido a la formación de una *Comunidad de intérpretes finales*, –conformada por el Tribunal de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los respectivos Tribunales Constitucionales nacionales–, que, como máxima exponente del pluralismo jurídico europeo se erige, a su vez, en la mejor síntesis conceptual de dicho laberinto. En consecuencia, al igual que ocurre dentro de este último, las partes que lo transitan pueden insistir con sus decisiones, –o en nuestro caso interpretaciones–, unilaterales y divergentes, pero jamás encontrarán la salida, –o la solución al supuesto de colisión aplicativa–, actuando de manera aislada o autorreferencial.

Siguiendo con esta analogía “*sistema europeo de derechos-laberinto borgeano*”, inspiradora de toda la obra, parece que para alcanzar la (utópica) salida de este úl-

timo no queda otra opción más que la construcción de *consensos dialógicos* entre los intérpretes que recorren sus circuitos y senderos, —el Tribunal de Justicia, el TEDH y las más altas jurisdicciones nacionales—; pues la proclamación absoluta, por parte de estos últimos, de su *derecho a la autorreferencia y a la última palabra* no solo niega el (innegable) pluralismo jurídico existente en el continente, sino que, además, y lo que es aún más alarmante, acaba erosionando y reduciendo el estándar de garantía de los derechos que pretenden ser tutelados por toda esta *red laberíntica* de protección europea.

Esta última cuestión no es insignificante. Más aún cuando nos ha tocado vivir una época en la que la vulneración de los derechos fundamentales está siendo la regla en lugar de la excepción. Por ello la obra aquí recensionada resulta tan oportuna. Pues la definitiva construcción de un sistema europeo de protección de derechos plenamente eficaz exige, por un lado, estudiar y conocer las características concretas que singularizan a cada uno de los diferentes niveles europeos de garantía (piénsese, por ejemplo, en las diferencias existentes entre los principios de supranacionalidad y subsidiariedad que vertebran al sistema comunitario y convencional, respectivamente), y, por otro lado, enjuiciar y comprender las confluencias y tensiones dialécticas inherentes a cualquier sistema jurisdiccional de naturaleza compuesta, entre los cuales se encuentra nuestra *Comunidad europea de intérpretes finales*.

De este modo, tras un primer esfuerzo dedicado a la descripción y contextualización de este enrevesado sistema de derechos multinivel (capítulo I), Pizzolo dedicará los siguientes capítulos de su obra a exponer los innumerables retos y desafíos a los que se enfrenta, —no está de más recordarlo—, un complejo jurisdiccional cuyos órdenes o niveles se autoproclaman, a través de sus respectivas *terminales* o intérpretes finales, como autónomos y completos, pero que, al mismo tiempo, en razón a la materia que regulan, —la tutela de derechos—, son convergentes e interdependientes.

Siguiendo esta línea, el capítulo II comienza abordando la cuestión de la *doble prejudicialidad*, que hace referencia a aquellos casos en los que el juez competente atisba la posibilidad de que la norma aplicable al caso resulte, simultáneamente, incompatible con el Derecho de la Unión y con el Derecho constitucional nacional: ¿Qué vía incidental, entonces, habría de plantearse con *prioridad en el tiempo*?; ¿La cuestión prejudicial o la cuestión de inconstitucionalidad? O, también, ¿qué ocurre cuando el ordenamiento nacional impone que su Tribunal Constitucional sea quien pronuncie *la última palabra* frente a la posición de los jueces de Luxemburgo?; ¿Hasta qué punto es esto último compatible con los principios, *incondicionales*, de primacía y autonomía del DUE?

No en vano, precisamente el proceso de construcción de una *identidad constitucional comunitaria* a partir de la autonomía absoluta del Derecho de la Unión y, sobre todo, la necesidad de articular aquella con las respectivas *identidades constitucionales nacionales* es el dilema tratado en el capítulo III. Así, en caso de contradicción inconciliable entre los niveles de tutela constitucional y supranacional, ¿resulta “aceptable” que el “baluarte infranqueable” representado por la autonomía del DUE acabe imponiendo, en los ordenamientos nacionales, una reducción del estándar constitucional de protección más amplio?

Las razones para analizar aquí el caso *Melloni* caen por su propio peso. Así lo hace el autor de forma detallada y, como era de esperar, de dicho análisis vuelven a surgir más preguntas que respuestas. De este modo, el perfil inflexible y cerrado mostrado por los jueces de Luxemburgo a la hora de promocionar la construcción de una identidad constitucional propia y específica de la UE, ¿no podría llegar a encontrar problemas de compatibilidad con el propio Derecho originario y su art. 4.2 TUE? Esto es, el planteamiento del art. 53 CDFUE no solo como estándar común de protección mínima, sino también máxima, ¿impide que el sistema europeo de derechos funcione como una verdadera red de protección multinivel? Y, en ese caso, ¿no sería necesario, entonces, un *replanteamiento* del principio de autonomía del DUE para conseguir, con ello, su integración en un auténtico sistema de derechos multinivel y promocionador, por tanto, en todo caso, del nivel de protección más beneficioso para el justiciable?

A los límites a los que debe hacer frente el proceso de integración europeo, —y con ello el de consecución de *consensos dialógicos* entre los jueces que forman parte del mismo—, fruto de la actitud unilateral y marginal mostrada por los jueces luxemburgueses en resoluciones como *Melloni* o el famoso dictamen n.º 2/13 sobre la adhesión de la UE al CEDH, se agregan, asimismo, aquellos impuestos por algunos Tribunales Constitucionales a través de la implacable invocación de *sus* identidades constitucionales con fundamento en la interpretación de sus respectivas *fórmulas constitucionales habilitantes*.

En sintonía con esto último, el capítulo IV comienza mostrándonos las diferentes técnicas utilizadas por las más altas jurisdicciones nacionales frente a la progresiva extensión competencial experimentada por el DUE a manos del Tribunal de Justicia. Así, dentro de estas últimas destaca, en particular, la apelación al núcleo duro e intangible que sustenta a toda Constitución nacional; inmanente a la identidad constitucional del Estado y cuya salvaguarda queda impuesta como límite ineludible, incluso, sobre el propio poder de reforma constitucional. Estos principios angulares de las identidades constitucionales nacionales (y europeas) vienen a ser

aquellos sobre los que se construye todo Estado de Derecho contemporáneo, es decir; el principio democrático y el de la garantía efectiva del contenido mínimo y esencial de los derechos fundamentales.

A la hora de analizar esta última estrategia, cada vez más generalizada entre las jurisdicciones constitucionales, basada en la presentación de la identidad constitucional nacional como *escudo defensivo* frente a una interpretación extensiva del principio de atribución competencial, Pizzolo, tras abordar las sentencias más relevantes y de tono más “rebelde” (entre otras, la doctrina *Solange* o las resoluciones *Maastricht* y *Lisboa*), acaba exponiendo al TCFA como la jurisdicción más intransigente, –por lo menos hasta fechas recientes (capítulo V)–, a la hora de ceder o relativizar su *derecho absoluto a la última palabra* en relación con el proceso de constitucionalización europeo y su (enorme) incidencia en los órdenes constitucionales nacionales, hasta el punto de establecer sus magistrados la posibilidad de realizar, ellos mismos, un procedimiento de control doble, –el primero focalizado en el respeto a la identidad constitucional y el segundo de rango *ultra vires*–, sobre los actos provenientes de las instituciones de la UE conforme a sus propios parámetros de validez, en virtud de los cuales estos últimos podrían llegar a ser inaplicados por los jueces de Karlsruhe.

Como nos deja entrever el autor, este precedente jurisprudencial sentado por el TCFA, francamente hostil y promocionador de una deriva unidireccional y auto-referencial¹, ha acabado conduciendo al proceso dialogante que venía tradicionalmente dirimiéndose entre los intérpretes finales europeos a un callejón *sin salida*, lo que no hace más que bloquear la continuidad del proceso de integración y de su sistema multinivel de derechos. Esto último, sobre todo, si tenemos en cuenta que dicho precedente *defensivo-protector* no solo ha sido asumido por un número, cada vez mayor, de jurisdicciones nacionales, sino que también, además, se ha visto mutado y contaminado por tintes extremistas, rupturistas y autoritarios. Ello a partir, especialmente, de la labor realizada por algunos Tribunales Constitucionales que deambulan por el *laberinto borgeano* cegados por lo que el autor conoce como *soberanismo constitucional* (capítulo V).

¿Qué ocurre cuando, frente a la deriva expansiva del proceso de integración, la identidad constitucional nacional deja de ser esgrimida como *escudo defensivo* para acabar convirtiéndose en un virus que infecta y destruye, desde dentro, los cimientos identitarios europeos (art. 2 TUE)? Tribunales Constitucionales como el polaco, el húngaro o el rumano vienen enarbolando la bandera de defensa de *su* identidad constitucional, que en el caso de Hungría, se llega a identificar con la cultura “his-

1 Su más reciente expresión la tenemos en su sentencia de 5 de mayo de 2020, *Weiss/PSPP*.

tórica” del país, ya no solo como medio para justificar el desconocimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia o de la normativa europea, sino también, incluso, como instrumento para erosionar y degradar la piedra basilar sobre la que se sustenta todo el Derecho constitucional europeo: el Estado de Derecho en general y el principio de la independencia judicial, en particular. Principio este último que rige, a su vez, como la *conditio sine qua non* para la definitiva construcción de un sistema de tutela de derechos plenamente eficaz y garantista.

Efectivamente, el espíritu autoritario y ultranacionalista que prevalece en Varsavia, Budapest y Bucarest se caracteriza por su gran interés en degradar, a través de una estrategia de amenaza o presión, el grado de independencia e imparcialidad de los jueces nacionales, para con ello evitar que estos mantengan una actitud dialogante con sus colegas de Estrasburgo y Luxemburgo. Luego, el objetivo no es, “solo”, flexibilizar y contestar la primacía incondicional del DUE, sino, más bien, *romper* con la tradición dialógica sobre la que se venía construyendo todo el proyecto de integración europeo.

Es aquí donde Pizzolo nos muestra la diferencia nuclear existente entre la postura *defensiva y protectora* proyectada por el TCFA y aquella *rupturista* promocionada por Estados como Hungría, Rumanía y Polonia. Ambas actitudes no son, en absoluto, equiparables: el TCFA suele moverse en un plano “más hipotético que real”, es decir, si bien éste ha mantenido una postura obstinada en imponer su última palabra, ello siempre lo ha hecho desde una posición que, a la hora de la verdad, ha acabado promocionando, a través de un proceso de búsqueda compartida de la solución al conflicto, la cultura del diálogo entre los jueces europeos. El problema era el enfoque del que partía ese diálogo, —quizá demasiado combatiente—, pero no tanto las consecuencias finales del mismo. El Tribunal Constitucional polaco, en cambio, ha roto flagrantemente con el diálogo hasta ahora mantenido con la *Comunidad de intérpretes* europeos al negar abiertamente la primacía del DUE y declarar la inconstitucionalidad de diversos preceptos de los Tratados o del art. 6.1 CEDH². Todo ello sin olvidar, además, como evoca el autor en razón a las palabras de *Halmai Gábor*, que los jueces alemanes siempre tenían en mente imponer, frente a la primacía del DUE, su estándar de protección más amplio, mientras que otros magistrados constitucionales, como los húngaros, han recurrido, por el contrario, a su “histórica” identidad constitucional para justificar su decisión de no acoger y no dispensar protección humanitaria a una cantidad ingente de solicitantes de protección internacional³.

2 SSTC polaco de 7 de octubre de 2021 [K 3/21] y de 24 de noviembre de 2021 [K 6/21].

3 STC húngaro de 16 de diciembre de 2016 (22/2016).

Como bien enfatiza Pizzolo, apoyándose en la opinión de otros tantos autores, esta diferenciación ni puede, ni debe ser olvidada por las instituciones europeas a la hora de responder a las jurisdicciones nacionales más “díscolas”: la actitud procedente de los Estados iliberales pone en serio peligro la supervivencia de la *Comunidad europea de intérpretes finales* y la consecución de su principal objetivo: la tutela común de derechos en el espacio jurídico europeo. La proyectada, en cambio, por la jurisdicción alemana no llega a amenazar la continuidad de dicha Comunidad, pues el TCFA, –junto con otros Tribunales Constitucionales como el español o la *Consulta italiana*–, ha optado por “sbleverse” contra la primacía *incondicional y absoluta* del DUE conforme a los principios dialógicos estructurales que cimentan aquella. Gracias a ello, muchos de los supuestos de solapamiento entre los niveles nacional y supranacional que inicialmente se presentaban como potenciales casos de lucha y confrontación entre ambas jurisdicciones finalmente han dado lugar, tras un (complicado) proceso de *comunicación y escucha* entre Tribunales, a numerosas resoluciones de gran espíritu convergente y confluente.

En relación con esta última cuestión la saga *Taricco* y la sentencia *Consob* (2021) son analizadas con riguroso detalle (capítulo VI). En ambos casos es posible apreciar una actitud dialogante y abierta tanto por parte de la *Consulta italiana*, –al decidir ésta plantear varias cuestiones prejudiciales para iniciar un diálogo con Luxemburgo y abstenerse así de imponer, de forma directa y abrupta, su última palabra en defensa de la identidad constitucional italiana–, como también por el Tribunal de Justicia, –quien, a la hora de fallar sus sentencias para ambos supuestos, consigue conjugar la identidad constitucional comunitaria con la identidad constitucional nacional tomando como referencia la *matriz común* inmanente a ambas: el Estado de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales–. Siguiendo esta línea, los magistrados de Luxemburgo optan por reinterpretar y flexibilizar su controvertida solución al *eterno dilema Melloni* admitiendo un cierto margen de apreciación nacional con fundamento en la identidad constitucional irreductible del Estado, lo que va a permitir a este último aplicar un nivel de protección más amplio que el dispensado por el DUE sin que ello afecte, eso sí, a la vigencia del derecho del propio Tribunal de Justicia a mantener su *última palabra* en cuanto a la protección de la autonomía y primacía del ordenamiento de la UE.

Esta nueva interpretación del art. 53 CDFUE como cláusula mínima de protección es alcanzada por los jueces comunitarios en *Consob* (2021) a la luz de la jurisprudencia sentada por el TEDH; lo que redunda, finalmente, en la consecución de una afortunada articulación entre los diferentes niveles de tutela dispensados por el triángulo de ordenamientos constitucionales europeos; el internacional-regional,

el supranacional y el nacional. Y todo ello, y aquí está la clave, en beneficio de los derechos del ciudadano.

Esto último, como nos venía repitiendo Pizzolo hasta la saciedad, solo es posible conseguirlo a través de un diálogo interjurisdiccional aperturista y confluente, en el que han de tomar parte todos los jueces europeos escuchándose y referenciándose los unos a los otros.

Pues bien, si alguno de los integrantes de nuestro *laberinto* se caracteriza por haber realizado un meritorio esfuerzo integrador, dialéctico e incluso de *self-restraint* en beneficio de la continuidad de la Comunidad de intérpretes europeos ese ha sido el Tribunal de Estrasburgo.

Esto último tampoco lo deja pasar por alto el autor, quien, *a mi juicio*, pretende presentar, como corolario final de su obra (capítulo VII), a la presunción de la “protección equivalente” y, en especial, a la evolución y flexibilización que ésta última ha ido experimentando, paulatinamente, a través de un intenso marco de diálogo con el Tribunal de Justicia en relación a diversos ámbitos competenciales *clave* atribuidos a la Unión, como una esperanzadora *técnica de cohabitación* entre los jueces de Luxemburgo y Estrasburgo, la cual, finalmente, ha habilitado a estos últimos a ejercer su control de convencionalidad sobre diversos actos y políticas de naturaleza comunitaria, –para seguir garantizando así la tutela mínima y esencial que el sistema convencional debe otorgar a los derechos plasmados en el CEDH–, pero sin dejar de mostrar, al mismo tiempo, un amplio y riguroso respeto a los principios constitucionales comunitarios de confianza y reconocimiento mutuo, así como de primacía y autonomía del DUE.

En definitiva, nos encontramos ante una obra realmente formativa y oportuna, digna de ser leída y estudiada por cualquier jurista interesado en el Derecho constitucional y su compleja relación con el proceso de integración. Con esta monografía, Calogero Pizzolo realiza un exhaustivo esfuerzo compilador de doctrina académica y jurisprudencial, en razón del cual éste nos presenta a los procesos de apertura e integración jurisdiccional, así como a aquellos enfocados en la búsqueda de la consecución de *consensos dialógicos* entre jueces, como la mejor vía para lidiar con la tensión dialéctica e interordinamental inherente a todo sistema de derechos multinivel de naturaleza compuesta. Solo así se conseguirá garantizar el contenido esencial de los derechos de la ciudadanía bajo un marco de respeto de las diversas y diferentes, pero también convergentes, identidades constitucionales que prevalecen a lo largo de todo el espacio jurídico europeo y que inspiran el Derecho constitucional común por el que se rige este último.

Resumen

En esta noticia de libro se realiza una síntesis descriptiva de la monografía publicada por el profesor Calogero Pizzolo. En su obra el autor explica el contexto actual del sistema europeo de protección de derechos multinivel, a la par que plantea una reflexión crítica en torno a la mejor vía para garantizar su progreso y expansión de cara al futuro.

Palabras clave

Sistema de protección de derechos multinivel, Proceso de integración europeo, identidad constitucional, Diálogo interjurisdiccional, Derechos Humanos.

Abstract

This book review summarizes the monography published by professor Calogero Pizzolo. In his book, the author explains the current context of the European multilevel system of rights and, at the same time, provides a critical reflection on the best way to ensure its progress in the future.

Keywords

Multilevel system of rights, European integration process, constitutional identity, Inter-jurisdictional dialogue, Human Rights.

Recibido: 12 de marzo de 2023

Aceptado: 26 de marzo de 2023

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE
LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES
LIBROS JURÍDICOS

MARANZADI

FUNCIONALIDADES



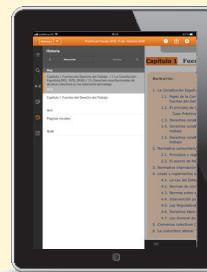
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Crea anotaciones y escoge los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA 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.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas en Soporte electrónico 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.



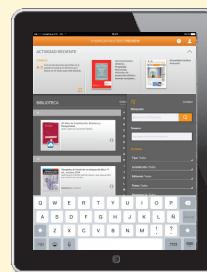
BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

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 deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro.

A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en OnePass, en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico.

Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

The screenshot shows a registration form titled 'DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO'. It includes fields for 'N.I.P.' (with a placeholder '1') and 'País' (set to 'España'). A checkbox labeled 'Acepto la política de privacidad y he leído y acepto la [cláusula de protección de datos' is checked. Below the form is a note: 'Todos los campos son obligatorios. Recuerda que para validar la dirección de correo electrónico esta tiene escrita ya que requiere de su confirmación.' At the bottom are 'Enviar' and 'Cancelar' buttons, and a copyright notice '© 2022 Aranzadi'.](#)

Si es la primera vez que te registras en **OnePass**, deberás cumplimentar los datos para crear tu cuenta 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 a través del navegador en la ruta 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 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).

