
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excmo. Sr. Presidente de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias
Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

CONSEJO EDITORIAL

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 9

LA ERA DE LOS DERECHOS
LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
SUS NUEVOS TERRITORIOS Y ENSAMBLAJES

Coordinador: Ignacio Villaverde Menéndez



Junta General
del Principado de Asturias

2016

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-572-4

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Krk Ediciones. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-742-2017

INDICE

LA ERA DE LOS DERECHOS.
LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SUS NUEVOS
TERRITORIOS Y ENSAMBLAJES

Presentación.

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ.	7
Autores.	13

PRIMERA PARTE

LOS NUEVOS ENSAMBLAJES DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES

Democrazia e diritti nella crisi dell'Unione Europea. LUIGI FERRAJOLI.	17
Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo. CARLOS BERNAL PULIDO	39
Au cœur de la protection «multi-niveaux» et du dialogue juridictionnel: la «dématérialisation» des droits fondamentaux comme clé de lecture du raisonnement actuel dans le domaine des droits fondamentaux. GÉRALDINE ROSOUX	71
A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Um problema de geometria variável. JORGE PEREIRA DA SILVA.	101

SEGUNDA PARTE

NUEVOS TERRITORIOS Y ESPACIOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La territorialización de los derechos. Las nuevas declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía y en la Unión Europea.	
JOSÉ TUDELA ARANDA	141
Transparencia.	
LUIS POMED SÁNCHEZ	167
Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital.	
GERMÁN M. TERUEL LOZANO	215
Sociedade da informação e direitos sociais. Breves reflexões, algumas inquietudes.	
CARLOS ALBERTO MOLINARO /INGO WOLFGANG SARLET	245

TERCERA PARTE

LOS DERECHOS DEL ESTADO SOCIAL EN SERIO

Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?	
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO.	265
Esquemas constitucionales y legales: posibilidades de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las Regiones en situación de crisis económica: fines legislativos y jurisprudenciales de garantía de los derechos sociales.	
ELISABETTA CATELANI.	309
Hat das Leben keinen Preis? Absolute und relative Ansprüche im System der Gesundheitsversorgung.	
STEFAN HUSTER	339

CUARTA PARTE

LOS DERECHOS EN BUSCA DE SUJETO

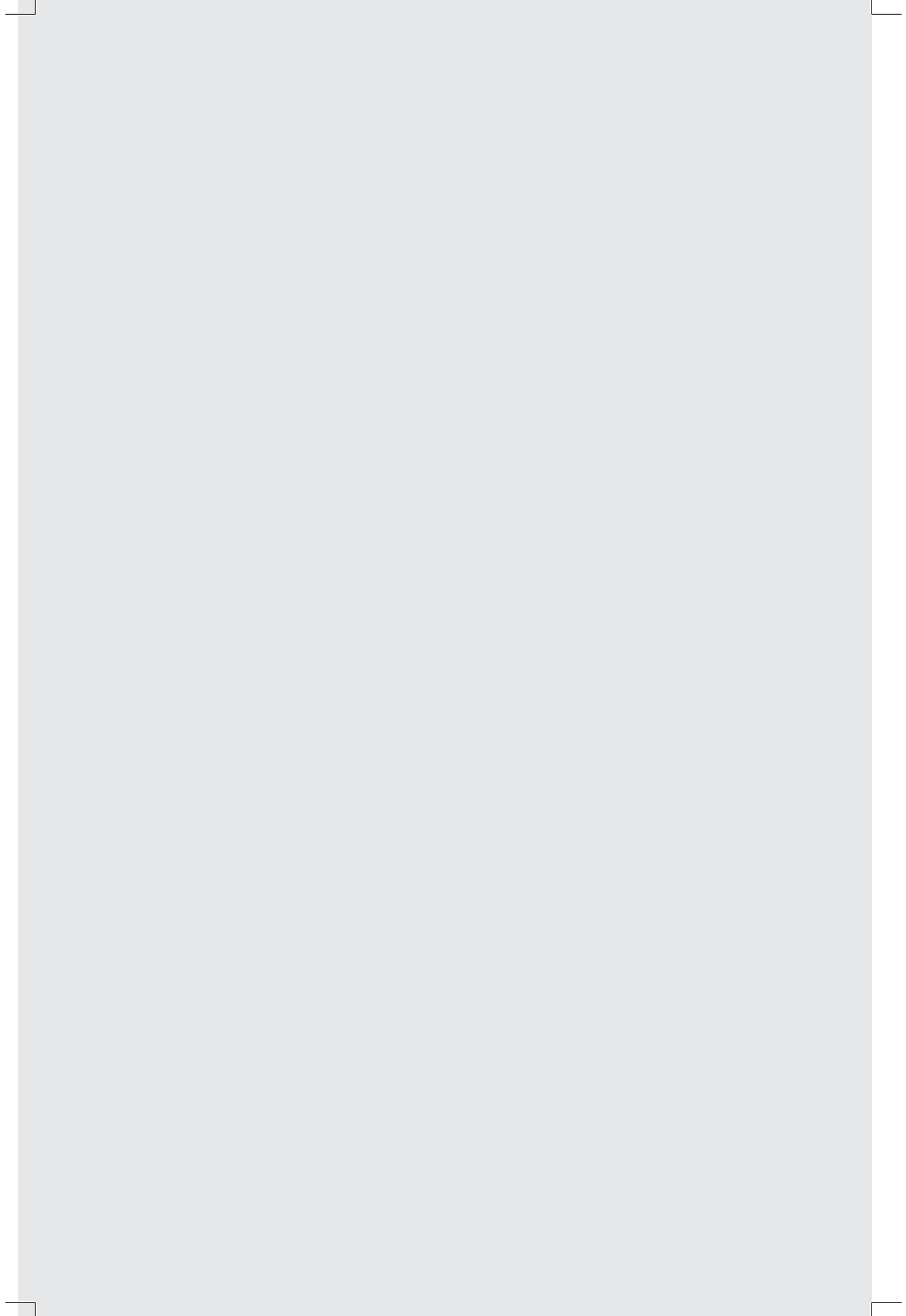
El derecho a decidir como instrumento constitucional para la canalización de problemas territoriales.	
MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA.	361
La reconfiguración del derecho a la educación de las personas con discapacidad.	
JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	393

LA ERA DE LOS DERECHOS.
La teoría general de los derechos fundamentales en sus
nuevos territorios y ensamblajes

PRESENTACIÓN

Ignacio Villaverde Menéndez¹

¹ Deseo dejar constancia de la inestimable colaboración de Patricia García Majado, becaria de investigación del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, sin cuya ayuda hubiese sido imposible la culminación de este volumen monográfico.



Hace nada menos que 27 años se preguntaba Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales en el 40 aniversario de la Ley Fundamental de Bonn¹. Concluía su reflexión sobre si el camino que había tomado la dogmática alemana (pregunta que podíamos hacer extensible a la teoría general de los derechos fundamentales adoptada por las doctrinas y jurisprudencias de los Estados constitucionales de tradición continental en su condición de deudoras de aquella) era el correcto. Su preocupación se cifraba en el sobrepeso que había adquirido, sobre todo en la jurisprudencia del BVerfG, la dimensión objetiva de los derechos. A su juicio, el hallazgo de esa dimensión que trascendía y llegaba a oscurecer su prístina condición de derechos subjetivos constitucionales, había promovido con intensidad el activismo judicial del BVerfG en la defensa, ya no sólo de las personas en el disfrute individual de sus derechos, sino de un supuesto orden de valores encarnado en el catálogo de derechos fundamentales y que impregnaba y programaba todo el ordenamiento jurídico (algo de esto se puede leer en el trabajo de Pereira y cómo ese objetivismo ha transformado las relaciones jurídicas entre privados). Para el maestro alemán, este camino emprendido por el BVerfG desplazaba preocupantemente al legislador democrático de su papel en la proyección de los derechos en las distintas ramas del ordenamiento jurídico y transformaba al Tribunal Constitucional (y por contagio a la jurisdicción ordinaria) en fuente creadora de normas *iusfundamentales*, incluso yendo más allá de la letra de la propia Constitución. Se preguntaba Böckenförde en quién debía confiar el ciudadano a la hora de llevar los derechos fundamentales al seno de las distintas ramas del ordenamiento jurídico: en el parlamento elegido democráticamente por ellos, en el (aristocrático,

¹ *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Veröffentlichungen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München, 1990.

lo digo yo, y no Böckenförde) Tribunal Constitucional. La forma de comprender la posición y contenido de los derechos fundamentales, su teoría general y su dogmática, definen, y no de forma insustancial, la arquitectura constitucional del Estado democrático contemporáneo. La tribulación de Böckenförde hoy es más actual aún en la medida en que el *principialismo* se ha convertido en la teoría general de los derechos fundamentales dominante favoreciendo la tendencia, ya vaticinada por Böckenförde, de convertir a los derechos en meros argumentos a libérrima disposición de los tribunales para regular las relaciones jurídicas públicas y privadas, para controlar los actos de los poderes públicos, incluidos los del legislador, y para descubrir y construir contenidos de los derechos más allá de la literalidad constitucional con la excusa de alinearse con un contenido estándar de los derechos que se descubre a través del diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales.

En este contexto, ¿tiene sentido hablar de nuevos retos, nuevas fronteras, para la teoría general de los derechos fundamentales? ¿O lo que en realidad está ocurriendo es que nos hemos olvidado de esa teoría general? El debate sobre la teoría general de los derechos en los últimos tiempos ha estado vivamente marcado por la nostalgia del derecho natural, que se manifiesta en el creciente uso alternativo del Derecho que hacen nuestros tribunales con la excusa de defender objetivamente los derechos fundamentales incluso frente a la propia Constitución que los consagra. Bernal y Amado analizan desde perspectivas distintas ese anhelo moralizante de los neoconstitucionalismos que buscan en los derechos fundamentales la sustancia de los valores de una sociedad democrática, que deben imponerse a costa de cualquier otro principio constitucional. Otra vez la preocupación de la dogmática alemana frente a la tendencia moralizante del BVerfG a expensas de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. En esa medida, en realidad los derechos no es que se desmaterialicen, tal y como analiza y propone Rosoux en este volumen (más bien debería decirse que se desnacionalizan, haciendo imposible su dogmática), o que se universalicen disueltos en una supuesta «entidad única» en palabras de la propia Rosoux; en rigor se convierten en una excusa para eludir el texto constitucional si no coincide con la sustancia universal de los derechos que resulta descubierta por los tribunales en su «diálogo».

En este volumen no se pretenden resolver semejantes tribulaciones, pero sí contribuir a ese debate aún abierto entre los que creen que los derechos fundamentales no son sino meras «razones para la ponderación» y los que, por el contrario, siguen creyendo que son reglas que fijan poderes jurídicos a disposición

de la persona, pero indisponibles al legislador, sobre la prohibición de poder público en ciertos ámbitos vitales y sociales de la persona. El trabajo de Ferrajoli, con el que se abre este monográfico, transita este camino desde una perspectiva europeísta, poniendo la atención en el valor que los derechos poseen como una especie de *ius commune* europeo de la libertad y la igualdad. Ahora bien, esta «globalización» de los derechos, ¿significa que poseen una «materia única» y que podamos disolverlos en un «modelo constitucional global de derechos» que se imponga a las mismísimas Constituciones nacionales?² Este sigue siendo el gran nudo gordiano de la teoría general de los derechos.

Existen otras fronteras y otros ensamblajes, por traer aquí el término acuñado por Saskia Sassen, que también quieren ser objeto de atención en este monográfico. El mundo digital e internet lo han cambiado todo. Han hecho desaparecer los límites físicos y temporales que enmarcaban el ejercicio y la eficacia de los derechos en su teoría general y dogmática tradicionales. Por un lado, la irrupción de una pluralidad de territorios con poderes con capacidad para regular la vida de las personas y que se ensamblan en una compleja articulación de legitimidades y distribuciones de poder, de las que habla Tudela en su opúsculo, y también Catelani en el suyo; por otro, el impacto de un mundo digital en el que no hay ni fronteras, ni controles efectivos, ni olvido, y que se ha transformado es un inasible foro público, en un espacio universal de ejercicio virtual y no tan virtual de los derechos fundamentales, donde todo queda al desnudo. Todo conforma un nuevo paisaje que merece una reflexión detenida. De esto algo dicen las aportaciones de Pomed, Teruel y de Molinaro/Sarlet. Los derechos se desterritorializan, pierden sus referentes físicos, se hacen líquidos en una sociedad globalizada donde las personas ya no se arraigan en un solo lugar. Pero allá donde están se llevan «su» derecho con ellas, dando nueva vida a los viejos y olvidados estatus personales y un nuevo sentido a la idea de derechos «de la persona». Ensamblajes a los que se suman las urgencias y las realidades del nuevo siglo, donde los riesgos para la vida y seguridad ya no provienen del uso perseguido y castigado de la libertad personal, sino de las amenazas latentes en las sociedades globales. La salud, la vivienda, el trabajo, el medio ambiente, ya no son simples materias de la política de Estado, hoy son necesidades del individuo que reclaman su redefinición jurídica. Amado, Catelani y Huster (que se hace una pregunta inquietante sobre si la vida tiene precio, y más inquietante es su respuesta: sí lo tiene) llaman la atención sobre un

² Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

proceso de intensa subjetivización que están sufriendo los derechos sociales, todo dimensión objetiva hasta la fecha, y que contrasta con la objetivización de los derechos fundamentales. Y en ese proceso en el que los derechos fundamentales se diluyen en su objetividad principialista, al tiempo que los derechos sociales se fortalecen subjetivizándose, emergen nuevos sujetos necesitados de reconocimiento. Los derechos fundamentales, como los derechos sociales, y acaso sea éste su punto de encuentro, son en el siglo XXI derechos de reconocimiento y no sólo derechos de defensa. Son derechos que están al servicio de la visualización de nuevos sujetos que exigen ser reconocidos en sus singularidades por el ordenamiento jurídico. Los derechos adquieren aquí una nueva dimensión legitimadora del sistema constitucional y del propio Estado que va más allá de la garantía de un espacio de libertad e igualdad y que consiste en la exigencia de ser reconocidos y protegidos por una justicia reparadora. La diferencia hecha derecho. Algo de esto tratan los trabajos de Barceló y Fernández.

Somos conscientes de que hay muchas omisiones en este volumen, y muchos terrenos que han quedado fuera de sus páginas. Pero el objetivo de este volumen no es explorar todo el territorio y trazar su mapa definitivo, sino señalar posibles caminos en la frontera del constitucionalismo clásico. Esperamos que así sea y que hayamos logrado ese propósito.

Autores

MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

CARLOS BERNAL PULIDO

Profesor asociado de la Macquarie Law School, Sydney, Australia.

ELISABETTA CATELANI

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela.

LUIGI FERRAJOLI

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Roma III.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León.

STEFAN HUSTER

Catedrático de Derecho Público, Derecho Social y de la Salud y Filosofía del Derecho de la Universidad del Ruhr-Bochum.

CARLOS ALBERTO MOLINARO

Professor Doctor del Programa de Maestría y Doctorado en derecho de la Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

JORGE PEREIRA DA SILVA

Profesor de la Escuela de Lisboa de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa.

LUIS POMED SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Letrado del Tribunal Constitucional español.

GÉRALDINE ROSOUX

Encargada de Curso de Derecho Constitucional en la Universidad de Lieja y letrada de la Corte Constitucional belga.

INGO WOLFGANG SARLET

Doctor en Derecho por la Universidad de Munich y Profesor Titular de Derecho en la Universidad Pontificia de Rio Grande do Sul (Brasil) y *Desembargador* del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, Porto Alegre.

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

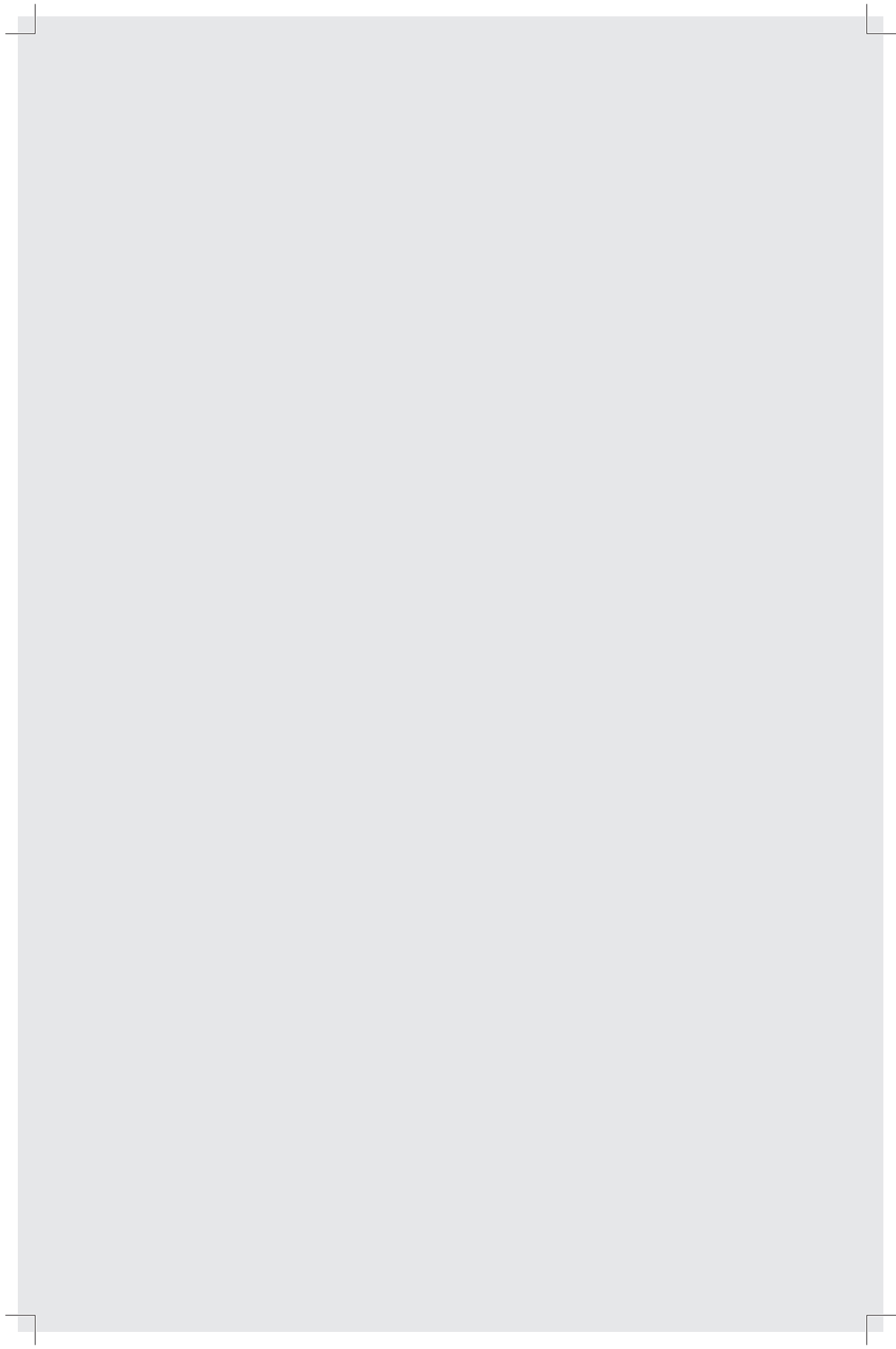
Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Murcia.

JOSÉ TUDELA ARANDA

Letrado de las Cortes de Aragón y Director de la Fundación Giménez Abad.

PRIMERA PARTE

Los nuevos ensamblajes de la teoría general de los
derechos fundamentales

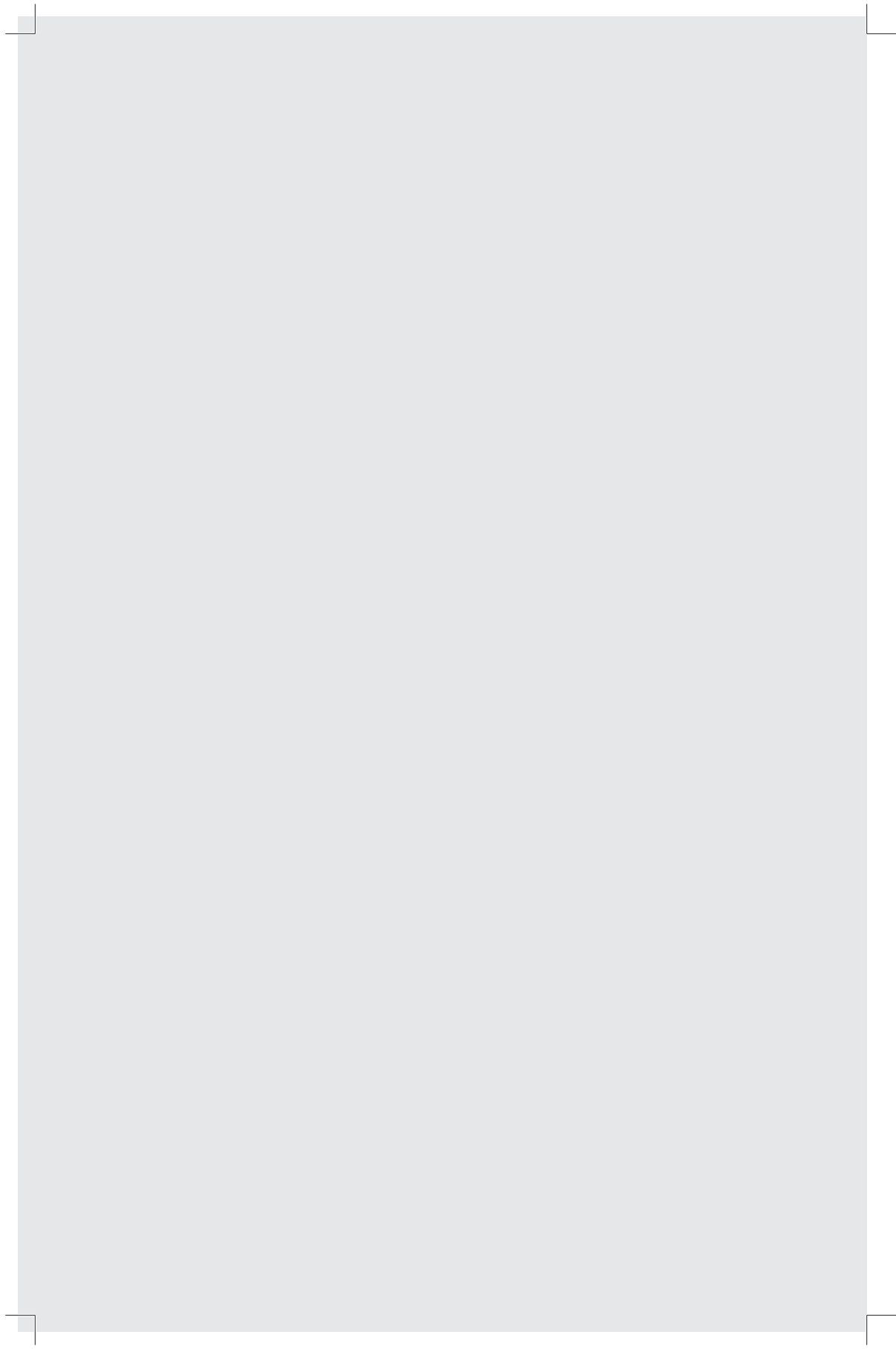


Democrazia e diritti nella crisi dell'Unione Europea

Luigi Ferrajoli

SUMARIO

1. La crisi, in Europa, della democrazia e dello stato sociale.
2. Un capovolgimento della gerarchia democratica dei poteri.
3. Politica e diritto, legislazione e giurisdizione. Un altro capovolgimento dei ruoli.
4. Per una rifondazione costituzionale del progetto di integrazione europea. Per un'Assemblea costituente europea.
5. Tre separazioni dei poteri quali condizioni della rifondazione costituzionale dell'Unione Europea.



I. LA CRISI, IN EUROPA, DELLA DEMOCRAZIA E DELLO STATO SOCIALE

Stiamo assistendo, in Europa, a una crisi delle nostre democrazie quali furono rifondate, all'indomani della seconda guerra mondiale, dalle costituzioni rigide varate, con i loro ampi cataloghi di diritti fondamentali, come sistemi di limiti e vincoli a qualunque potere, a cominciare dai poteri politici delle maggioranze.

Uno dei fattori della crisi è indubbiamente il declino di quel grande progetto che è stato il processo di integrazione europea. Alla base di questo declino c'è l'irrazionale architettura istituzionale dell'Unione, che ha favorito lo sviluppo di politiche autolesioniste ad opera degli organi comunitari. Sono stati creati un mercato comune e una moneta unica, ma non anche un governo comune dell'economia. In queste condizioni, la sola regola di convivenza che gli Stati membri sono stati capaci di inventare per proteggere le loro produzioni è stato il divieto per i governi di intervenire nelle vicende economiche con aiuti alle loro imprese in difficoltà onde impedirne il fallimento e, insieme, l'obbligo del pareggio di bilancio e della riduzione dei debiti pubblici. Di qui il passo indietro degli Stati nel governo dell'economia, cui ha corrisposto un enorme passo avanti dei poteri dei mercati, dei quali gli organi centrali dell'Unione hanno finito per farsi tramiti. Ne è risultato un mostro istituzionale: l'abdicazione degli Stati al loro ruolo tradizionale di governo dell'economia e di garanzia dei diritti sociali; il trasferimento delle loro funzioni di governo agli organi dell'Unione, dotati così di poteri di tipo sostanzialmente federale – ne sa qualcosa la Grecia – se non altro perché le norme da essi prodotte, come avviene nelle federazioni, entrano in vigore negli ordinamenti degli Stati membri senza bisogno di ratifiche parlamentari; la subordinazione di fatto della politica europea – in assenza di un vero federalismo politico garantito da un'effettiva rappresentatività degli organi di governo e da limiti e vincoli costituzionali – ai poteri globali e selvaggi dei mercati.

L'Europa si configura così come una federazione sul piano giuridico ma non anche sul piano politico, a causa dell'assenza di unità e di solidarietà. E' questo il vero, gravissimo problema, che rischia oggi di provocare il crollo dell'Unione: la mancanza di unità politica e di democrazia. Gli organi comunitari dell'Unione – la Commissione e il Consiglio dei ministri – non sono stati né democratizzati politicamente tramite l'investitura popolare e rappresentativa, né sottoposti effettivamente a rigidi limiti e vincoli costituzionali, a garanzia dell'uguaglianza e dei diritti di tutti i cittadini europei stabiliti nelle costituzioni nazionali e nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Essi sono, in realtà, dei consessi internazionali dove ciascuno Stato difende i propri interessi e gli Stati più deboli sono costretti a subire i dettami degli Stati più forti. Al venir meno delle sovranità nazionali e alla riduzione delle sfere pubbliche dei singoli Stati non ha insomma corrisposto né l'affermazione di una sovranità politica dell'Unione, né la costruzione di una sfera pubblica europea in grado di supplire all'indebolimento delle sfere pubbliche nazionali.

Il primo, nefasto risultato di questa carenza è stato lo sviluppo di politiche europee informate, volta a volta, non già all'interesse generale dell'Europa, bensì agli interessi degli Stati membri, inevitabilmente in competizione tra loro. E' questo il primo effetto dell'assenza di unità politica al vertice della cosiddetta Unione Europea: il fatto che le sue istituzioni di governo non operano, come tutte le istituzioni federali, in funzione di un comune interesse pubblico europeo, bensì, come nelle organizzazioni confederali, sulla base di compromessi tra gli interessi nazionali degli Stati membri. E' chiaro che nella competizione tra Stati sono destinati a prevalere gli interessi e la volontà degli Stati più forti. Nonostante la struttura giuridica sostanzialmente federale dell'Unione e l'immediata operatività delle sue decisioni in tutto il suo territorio, i membri del Consiglio europeo dei ministri difendono ciascuno gli interessi degli Stati da essi rappresentati. Non esiste perciò un governo europeo politicamente rappresentativo dell'insieme dei cittadini europei e finalizzato e vincolato alla cura degli interessi dell'Unione, bensì una sorta di consesso internazionale di 28 paesi entro il quale si può solo realizzare una continua mediazione pattizia tra interessi in conflitto. Ne è prova il fatto che la sola cosa che i governi in dissenso dalle politiche dell'Unione possono fare, e in effetti dichiarano ripetutamente di voler fare, è andare a "battere i pugni sul tavolo" dei vertici europei; cosa che ovviamente non avrebbe senso in un sistema federale democratico, dotato di unità politica e di funzioni di governo informate all'interesse dell'intera federazione.

Di qui il secondo e ancor più grave risultato della mancanza di una sovranità politica dell'Unione e di una sfera pubblica informata all'interesse generale

dell'intera Europa. Questa mancanza ha lasciato libero spazio ai poteri dei mercati finanziari e si è risolta, in presenza della più grave crisi economica del dopoguerra, in un potente fattore di diseguaglianze economiche, di tensioni politiche e di disgregazione sociale. L'Europa è tornata ad essere soltanto un mercato comune; con la differenza, rispetto al passato, che le sfere pubbliche nazionali sono oggi paralizzate, dai poteri federali conferiti alle istituzioni comunitarie, nel loro ruolo tradizionale di garanzia dei diritti fondamentali e, in particolare, dei diritti sociali e del lavoro. E' stato questo il prezzo pagato all'ambivalenza istituzionale originaria dell'Unione, quella di una federazione governata da un consesso internazionale anziché da un vero governo federale: la pesante restrizione delle sfere pubbliche nazionali, la preclusione ai governi degli Stati di autonome politiche economiche e sociali con conseguente crescita della disoccupazione e tagli alla spesa sociale, in breve la trasformazione in senso liberista delle costituzioni economiche di tipo intervista e dirigista disegnate dagli articoli 41-43 della Costituzione italiana, dagli articoli 14 e 15 della Legge Fondamentale tedesca, dagli articoli 17 e 18 della Costituzione greca, dal capo III della Costituzione spagnola e dalla parte seconda della Costituzione portoghese.

I costi di questo singolare federalismo solamente giuridico perché privo di unità politica e di una sfera pubblica comunitaria sono insomma l'abdicazione degli Stati al loro ruolo di intervento nell'economia, lo smantellamento o quanto meno la restrizione dei sistemi di welfare edificati nel dopoguerra, la crescita delle disuguaglianze economiche e delle disparità nei diritti tra cittadini europei, il riemergere dei vecchi nazionalismi e lo sviluppo di rancori e diffidenze tra le diverse popolazioni dell'Unione. Alla rinuncia degli Stati alle loro tradizionali funzioni pubbliche di redistribuzione della ricchezza e di governo dell'economia ha fatto inevitabilmente riscontro la liberazione da limiti e vincoli dei poteri economici e finanziari privati. Alla sovranità degli Stati si è così sostituita la sovranità anonima, invisibile e irresponsabile dei mercati, ai cui dettami la politica europea si è di fatto subordinata. In mancanza di un comune governo europeo dell'economia, le sole politiche economiche che l'Unione è stata in grado di imporre sono state le politiche di rigore a sostegno del libero mercato, ovviamente in danno dei paesi più deboli e, in questi paesi, dei ceti più poveri. L'economia – dapprima il mercato comune e poi la moneta unica –, che i padri costituenti dell'Europa avevano concepito come un fattore di unificazione, è diventata, per la miopia dell'attuale ceto politico, un fattore di divisione.

Ne è seguita, con la crescita delle disuguaglianze, la rottura a livello di massa dello spirito pubblico comunitario e del senso di unità delle popolazioni europee.

Giacché l'unità di un popolo, nell'unico senso nel quale merita di essere perseguita, risiede essenzialmente nell'uguaglianza nei diritti, affermata del resto, insieme alla dignità della persona e alla solidarietà, quale fondamento dell'Unione, nella Carta europea dei diritti fondamentali. Risiede, come scrisse Cicerone oltre duemila anni fa, nella "par condicio civium" e nei loro "iura paria", e perciò nel senso di appartenenza di tutti e di ciascuno alla medesima comunità.¹ Oggi quel senso di appartenenza è svanito, l'Europa viene avvertita come un'entità ostile da una parte crescente della sua popolazione e il sogno europeo, proprio in paesi come la Grecia, la Spagna e l'Italia che all'inizio del processo di integrazione furono i più europeisti, si è trasformato in un incubo. Di qui il facile successo di tutti i partiti e i movimenti populistici che cavalcano la rabbia e la delusione all'insegna dell'antieuropeismo.

2. UN CAPOVOLGIMENTO DELLA GERARCHIA DEMOCRATICA DEI POTERI

La crisi politica dell'Unione Europea ci pone dunque di fronte a una profonda ristrutturazione del sistema dei poteri. Si sono ribaltati i rapporti tra società e rappresentanza politica, quelli tra parlamenti e governi e quelli tra politica ed economia. Non sono più le forze sociali organizzate nei partiti che indirizzano dal basso la politica delle istituzioni rappresentative, ma è il ceto politico che gestisce i partiti, politicamente neutralizzati dal loro radicamento sociale. Non sono più i parlamenti rappresentativi che controllano i governi ancorandoli alla loro fiducia, ma sono i governi che controllano i parlamenti attraverso le loro maggioranze parlamentari rigidamente subordinate alla volontà dei capi. Non sono più le istituzioni di governo politicamente rappresentative che regolano e governano l'economia e la finanza, ma sono sempre più i poteri dell'economia e della finanza, privi di una sfera pubblica alla loro altezza, che in difesa dei loro interessi impongono ai governi regole e politiche antisociali legittimate dalle "leggi del mercato" pur se incompatibili con i limiti e i vincoli costituzionali.

Si è in questo modo prodotto un capovolgimento di quella che possiamo chiamare la *gerarchia democratica dei poteri* e che vorrebbe al vertice i poteri delle forze sociali mediate dai partiti politici, poi i poteri della sfera pubblica legittimati dalla rappresentatività politica dei parlamenti e dal rapporto di fiducia cui a questi sono vincolati i governi, infine i poteri economici e finanziari del mercato che dovrebbero sottostare alle regole e ai controlli dettati dai pubblici poteri. Oggi,

¹ Cicerone, *De re publica*, in "Collezione romana" diretta da Ettore Romagnoli, Istituto Editoriale italiano, Roma 1928, lib. I, XXXII, p. 80.

al contrario, il primato del mercato sulla politica e della politica sulla società è stato provocato dalla smobilitazione sociale dei partiti, apertamente perseguita in questi anni dai loro gruppi dirigenti. E' questa sterilizzazione delle basi sociali dei partiti politici che è stata la prima, necessaria condizione della cosiddetta "governabilità". La seconda condizione è stato il trasferimento delle funzioni di governo dalla politica al mercato, favorito dal finanziamento privato dei partiti e delle campagne elettorali, dal nesso sempre più stretto tra politica e denaro, dalle pressioni delle lobby, dai tanti conflitti di interesse e dai fenomeni sempre più diffusi di corruzione. La terza condizione è stata la mutazione in senso verticistico e tendenzialmente autocratico dei sistemi politici di cui in Italia è stata perfino tentata la formale costituzionalizzazione. Ce le chiede l'Europa, hanno a lungo ripetuto in Italia i nostri vertici politici a proposito della riforma elettorale e di quella costituzionale volute dal governo Renzi. E' vero: l'Unione europea e per il suo tramite i mercati hanno visto con favore queste riforme, dato che solo grazie al mutamento in senso decisionista e verticistico delle istituzioni politiche può essere assicurata la governabilità. In tanto, infatti, possono essere adottate dai governi le politiche anti-sociali dettate dai mercati – dai tagli alle spese sociali alla dissoluzione dei diritti dei lavoratori – in quanto la società sia "governabile". E in tanto la società è governabile in quanto la politica, per poter essere impotente e subalterna all'economia e alla finanza, divenga onnipotente nei confronti dei governati e dei loro diritti, grazie anche alla neutralizzazione dei partiti, trasformati in apparati leggeri e personalizzati, al servizio dei loro capi e separati dalla società. "Governabilità" vuol dire, appunto, che la società deve essere governata da un sistema politico liberato da condizionamenti sociali dal basso e da vincoli costituzionali dall'alto, onde essere in grado di imporre le politiche anti-sociali ad esso dettate dai mercati.

A questa ristrutturazione in senso antidemocratico del sistema dei poteri che si sta producendo in tutta Europa concorrono peraltro, oltre al passo indietro della sfera pubblica in quanto tale dalle sue classiche funzioni di governo, tre potenti fattori, che vanno tutti al di là della vicenda europea. Il primo fattore è l'asimmetria tra il carattere globale dell'economia e della finanza, determinato soprattutto dalla liberalizzazione della circolazione dei capitali, e i confini ancora prevalentemente statali sia del diritto che della politica. Sul piano giuridico e politico la globalizzazione si manifesta infatti come un vuoto di diritto pubblico, colmato da un pieno di diritto privato prodotto autonomamente, per via negoziale, dagli stessi attori dell'economia. E' chiaro che i poteri economici e finanziari, in assenza di una sfera pubblica alla loro altezza, si sviluppano come poteri selvaggi, non

più regolati dagli ordinamenti statali, ma al contrario in grado di orientare a loro vantaggio le politiche degli Stati. Anche sotto questo aspetto il rapporto tra Stato e mercato si è ribaltato: non sono più gli Stati che garantiscono la concorrenza tra le imprese, ma sono le grandi imprese che mettono in concorrenza gli Stati privilegiando, per i loro investimenti, i paesi nei quali possono più facilmente sfruttare il lavoro, inquinare l'ambiente e corrompere i governi.

Il secondo fattore di questo ribaltamento della gerarchia democratica dei poteri è di carattere culturale. Consiste nel potente sostegno ad esso prestato, negli anni nei quali è stata proclamata la fine delle ideologie, dall'ideologia liberista, cui ha fatto riscontro il vuoto politico, intellettuale e morale della sinistra, da anni totalmente subalterna all'egemonia di questo nuovo e aggressivo pensiero unico. Questa egemonia si è manifestata in un duplice svuotamento, della politica e del diritto, corrispondente a una duplice crisi della ragione: della *ragione politica*, cioè dell'attuazione e della cura degli interessi generali, e della *ragione giuridica*, cioè del progetto costituzionale dell'uguaglianza e della garanzia dei diritti di tutti, sostituite entrambe da una sola ragione, la *ragione economica*, i cui unici criteri di razionalità sono lo sviluppo economico e la crescita della ricchezza, poco importa se a vantaggio di tutti o di una minoranza di ricchi. Le leggi dell'economia hanno così prevalso sulle norme giuridiche. Le vere norme fondamentali dell'odierna Unione Europea, non sono più le costituzioni, con i loro principi di uguaglianza, solidarietà e dignità delle persone e con i loro cataloghi di diritti fondamentali, bensì le regole ferree e inflessibili del mercato. E il linguaggio dell'economia, che ignora totalmente concetti come costituzione, uguaglianza, dignità della persona e diritti fondamentali, ha ormai sostituito sia il linguaggio del diritto che quello della politica come il linguaggio del potere nel quale vengono formulati i problemi e le loro soluzioni.

Il terzo fattore della crisi della democrazia politica e del ribaltamento dei rapporti tra sfera pubblica e sfera privata è stato il processo di spolticizzazione e di disgregazione delle nostre società. Lo svuotamento di senso della politica e la crescita delle disuguaglianze, in contraddizione con le promesse costituzionali di uguaglianza e garanzia dei diritti, retroagiscono infatti sulla società, alimentando la disillusione dei cittadini nel progetto europeo e la loro sfiducia fino al disprezzo per l'intero ceto politico, nonché per le stesse istituzioni democratiche e per la sfera pubblica in quanto tale. Di qui il disimpegno politico, il crollo dello spirito civico e lo sviluppo della paura, dell'aggressività e degli egoismi sociali, che formano il terreno di coltura di due caratteristiche che accomunano sia le politiche anti-sociali liberiste che l'anti-politica populista, sia il populismo governativo dall'alto che quello antigovernativo dal basso. La prima caratteristica

consiste nella sostituzione delle tradizionali mediazioni svolte da partiti radicati nella società con il rapporto diretto, organico, tra capi e popolo, inteso il popolo come un tutto indifferenziato. La seconda, strettamente connessa alla prima, è un'operazione demagogica di indubbia efficacia nella conquista del consenso: fomentare la guerra tra poveri, alimentandone e mobilitandone gli istinti peggiori – la paura, l'egoismo, il razzismo – contro i soggetti più deboli ed emarginati della società; rompere i legami sociali; scatenare la rabbia e l'odio contro le minoranze e i “diversi”; mettere i penultimi contro gli ultimi e gli ultimi contro i penultimi: i poveri e gli emarginati contro i migranti, i non garantiti contro i garantiti, i maschi contro le donne, in generale gli emarginati e gli esclusi contro quanti sono ancora più esclusi o viceversa, onde ottenere il consenso degli uni attraverso, volta a volta, la riduzione dei diritti degli altri. E' stata così ribaltata la direzione del conflitto sociale: non più la lotta di classe di chi sta in basso contro chi sta in alto, ma al contrario la lotta di chi sta in basso verso chi sta ancora più in basso, a totale beneficio di chi sta in alto. Di qui la mutazione delle identità collettive che, se riguardata alla luce della Costituzione italiana, è di segno apertamente anti-costituzionale: la distruzione delle vecchie soggettività politiche, basate sulle lotte inclusive *contro le disuguaglianze*, che il 2° comma dell'art. 3 della Costituzione identifica con gli “ostacoli” che la Repubblica deve “rimuovere”, e la loro sostituzione con soggettività di tipo identitario, razzista o religioso o nazionalista o maschilista, basate al contrario sulla lotta escludente *contro le differenze* – di etnia, di religione, di nazionalità, di sesso – che il 1° comma del medesimo articolo è diretto invece a tutelare e a valorizzare. E' poi evidente che al crollo delle identità e delle soggettività politiche collettive corrispondono la regressione delle soggettività individuali, il venir meno del senso civico e dell'impegno politico, il primato degli interessi personali e lo sviluppo dei fenomeni dell'illegalità diffusa, del voto di scambio e della corruzione. Che sono precisamente i fattori sociali del declino odierno delle nostre democrazie.

Si capisce come il risultato di simili processi sia stato una crisi radicale dell'identità europea. L'Europa sta negando se stessa. Non è più l'Europa civile e sociale dei diritti e della solidarietà che in passato rappresentava un modello per i progressisti di tutto il mondo, ma un'Europa divisa, disuguale, depressa, debilitata politicamente e moralmente, avvertita come ostile da parti crescenti delle popolazioni, nuovamente in preda agli egoismi nazionali, alle pretese egemoniche, ai populismi xenofobi, alle rivalità, alle recriminazioni e alle diffidenze reciproche. La prova di questo abbassamento della politica europea è stata offerta dal diverso ruolo da essa svolto in due vergognose tragedie: da un lato il trattamento inflitto

alla Grecia con una disciplina in tema di bilanci pubblici tanto inflessibile quanto inspiegabile se non con il suo carattere esemplarmente punitivo, dato che proprio la sua durezza rende impossibile la ripresa economica e il pagamento dei debiti; dall'altro la xenofobia razzista di gran parte dei paesi dell'Unione, la loro sordità al dramma dei profughi, respinti alle loro frontiere con muri, fili spinati e violenze poliziesche e le migliaia di morti – una gigantesca e criminale omissione di soccorso – provocate dalle loro feroci politiche di esclusione. La prima tragedia è stata promossa con successo dalla Germania, alle cui politiche di austerità tutti i paesi europei si sono disciplinatamente allineati. La seconda, al contrario, è stata inizialmente contrastata proprio dalla Germania, e specificamente dalla cancelliera Angela Merkel che ha fatto appello ai valori di solidarietà e al rispetto dei diritti umani che dovrebbero essere alla base dell'Unione. Ebbene, la Germania è risultata tanto potente nel far valere le regole del mercato, quanto impotente nel far valere il rispetto dei diritti umani, a riprova dell'assoluto primato delle prime e del declino dei secondi dall'orizzonte della politica europea.

Si spiega in questo modo la trasformazione della politica delle istituzioni europee in tecnocrazia, cioè in una forma di potere che, come ammonì Norberto Bobbio, è antitetica alla democrazia.² Venuto meno il governo politico dell'economia, le funzioni di governo si sono ridotte al vigile controllo del rispetto delle leggi del mercato. Questo e non altro è il senso delle cosiddette politiche di austerità: l'attuazione tecnica, tramite prescrizioni, controlli e sanzioni, delle regole del mercato, pur se in contrasto con i principi costituzionali formulati nei Trattati istitutivi e con la stessa ragion d'essere dell'Unione. Ne è prova la rassegnazione espressa dalla frase “non ci sono alternative” ripetuta spesso dai governanti, a cominciare dal più potente di essi, Angela Merkel. E' precisamente la tecnocrazia, infatti, che si accredita come la sola attività di governo razionalmente corretta, perché priva di alternative razionali rispetto alla sola ragione, quella appunto del mercato, alla quale la politica ha accettato di subordinarsi.

3. POLITICA E DIRITTO, LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE.

UN ALTRO CAPOVOLGIMENTO DEI RUOLI

Dunque, la politica odierna non è solo diventata impermeabile alle domande sociali di giustizia, ma ha ribaltato il proprio ruolo di governo dell'economia, aggredendo lo stato sociale e i diritti alla salute, all'istruzione e alla previdenza

² N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino 1984, cap. I, § 10, p. 22.

in ossequio alle direttive dei mercati. Si capisce come a questa abdicazione della politica al suo tradizionale ruolo di governo abbia fatto riscontro un fenomeno singolare: un sostanziale progresso delle istituzioni giudiziarie nel loro ruolo di garanzia secondaria dei diritti fondamentali, simultaneo alla regressione delle istituzioni politiche e amministrative nel loro ruolo di garanzia primaria, cioè di immediata tutela o soddisfazione dei medesimi diritti ad opera della sfera pubblica.³ A causa del discredito della politica e della sua distanza dalla società, le domande di giustizia vengono rivolte in misura crescente al potere giudiziario, sollecitato a intervenire dalle violazioni legislative, amministrative e negoziali dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere.⁴ È stato d'altro canto istituito, in Europa, un complesso e originale sistema giudiziario, integrato e multi-livello, a garanzia dei diritti fondamentali: la giurisdizione delle due Corti europee – quella di Strasburgo competente in tema di violazioni della Convenzione europea dei diritti umani del 1950 e quella di Lussemburgo competente in tema di violazioni dei Trattati, inclusa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – in aggiunta alle giurisdizioni nazionali, sia costituzionali che ordinarie. Si è trattato di una novità rivoluzionaria: l'istituzione di giurisdizioni sovrastatali di fronte alle quali gli Stati possono essere citati in giudizio su istanza dei loro stessi cittadini per le lesioni dei loro diritti fondamentali, i quali operano quindi come limiti e vincoli sovra-statali al potere tradizionalmente sovrano degli Stati. Di qui, grazie alla comunanza alle varie carte costituzionali, non solo europee ma anche extra-europee, di gran parte dei medesimi diritti e valori, lo sviluppo del dialogo tra le diverse corti, nazionali e sovranazionali e, insieme, di un comune diritto costituzionale di tipo giurisprudenziale e di rango internazionale che oggi è chiaramente il migliore sostegno non solo alla tutela dei diritti umani, ma anche alla democrazia e al processo di integrazione europea.

³ In *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, §§ 10.16-10.18, pp. 668-684 e §§ 12.5-12.8, pp. 862-879 e vol. II, §§ 14.10-14.12, pp. 200-218 e § 16.14, pp. 548-552, ho distinto le *istituzioni* e le *funzioni pubbliche* in a) *istituzioni e funzioni di governo*, che includono la legislazione e le attività di governo, sia politiche che amministrative, e b) *istituzioni e funzioni di garanzia*, distinte a loro volta in ba) *funzioni e istituzioni di garanzia primaria o amministrative*, immediatamente corrispondenti ai diritti fondamentali, come la scuola, la sanità, la previdenza e l'assistenza pubblica e bb) *funzioni e istituzioni di garanzia secondaria o giurisdizionali*, consistenti nelle funzioni giudiziarie di accertamento e riparazione delle violazioni giuridiche e, in particolare, delle violazioni delle garanzie primarie.

⁴ Si vedano, in tal senso, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992, pp. 169-186. Si veda anche, su questa espansione degli spazi della giurisdizione, P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2007, pp. 41-43 e 107-126.

Assistiamo così a un singolare paradosso: da un lato al processo decostituente di progressiva erosione dello stato sociale e delle garanzie primarie dei diritti fondamentali ad opera delle politiche di austerità imposte dagli organi di governo dell'Unione; dall'altro al simultaneo processo di integrazione giurisprudenziale e di rafforzamento del ruolo garantista degli organi della giurisdizione. In passato era esattamente il contrario. Era la politica il luogo della trasformazione della società in senso progressivo. Era la legislazione che innovava nel diritto vigente, costruendo lo stato sociale e introducendo o rafforzando le garanzie dei diritti fondamentali. La giurisdizione, al contrario, aveva un ruolo tendenzialmente conservatore, quando non apertamente reazionario. Oggi il rapporto tra diritto e politica, tra giurisdizione e legislazione, tra cultura giuridica e cultura politica si è paradossalmente ribaltato, e i ruoli delle due funzioni e culture si sono in gran parte invertiti: mentre la giurisdizione svolge un ruolo di tutela dei diritti, sia pure in via secondaria, attraverso l'effettività delle garanzie giurisdizionali, la politica e la legislazione svolgono il ruolo opposto di aggressione e restrizione dei diritti, non attuando ma al contrario riducendo le loro garanzie primarie. Insomma, l'integrazione europea sta avvenendo assai più sul piano giudiziario che su quello politico e di governo, sul quale si va invece sviluppando una tendenziale disgregazione. E la tutela dei diritti si sta sviluppando al livello giurisprudenziale delle garanzie secondarie, mentre sta regredendo al livello legislativo e amministrativo delle garanzie primarie.

Le ragioni di questo progresso della giurisdizione, e in generale della cultura giuridica, e dell'opposto regresso della legislazione e della cultura politica sono molteplici. La prima è il diverso tipo di professionalità: i giudici, la cui funzione è applicare il diritto, prendono il diritto, a cominciare dalle Costituzioni, assai più sul serio dei politici; e lo stesso fanno i giuristi, nel loro lavoro esplicativo del diritto vigente e inevitabilmente critico dei suoi profili di incostituzionalità. A causa del loro ruolo professionale, giudici e giuristi avvertono insomma come vincolanti, perché consistenti in norme di diritto positivo sopraordinate a qualunque altra, i principi e i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Simultaneamente la politica ha subito il processo inverso: a causa, di nuovo, di un suo tratto professionale – l'abitudine alla mancanza di limiti, oggi favorita dal suo sradicamento sociale – essa è sempre meno disposta ad accettare i vincoli costituzionali. Si sono al contrario prodotte una sua perdita di memoria dei *mai più* pronunciati nella stagione costituente seguita alla seconda guerra mondiale e un conseguente declino dei principi costituzionali dai suoi orizzonti programmatici.

La seconda ragione consiste nell'indipendenza della giurisdizione e nella dipendenza della politica dai mercati. La politica odierna, ho già detto, non è solo

impermeabile alle domande sociali di giustizia, ma ha ribaltato il proprio ruolo di governo dell'economia, riducendo le garanzie dei diritti sociali alla salute e all'istruzione e dei diritti dei lavoratori in ossequio alle direttive dei mercati. E' in questa efficiente e tecnocratica attuazione delle leggi del mercato che consiste, ripeto, l'agognata governabilità che in Italia, da Craxi a Berlusconi e a Renzi, è diventata la parola d'ordine che accomuna da trent'anni le politiche di governo sia di destra che di sinistra. Dove governabilità vuol dire semplificazione e verticalizzazione del sistema politico, emarginazione del Parlamento, crollo della rappresentanza, mani libere nell'aggressione ai diritti sociali e del lavoro.

Naturalmente l'indipendenza della giurisdizione e l'espansione del suo ruolo di garanzia secondaria dei diritti fondamentali non sono in grado di compensare l'assenza di una sfera pubblica europea e la violazione, o peggio lo smantellamento, delle ben più importanti garanzie primarie dello stato sociale messi in atto da politiche economiche dell'Unione di solito non giustiziabili davanti alla giurisdizione. Tocchiamo qui il problema di fondo dell'Europa. La regressione della politica, privata dell'orizzonte costituzionale e del suo ruolo di governo e progettazione, sta provocando la regressione morale, intellettuale e culturale di gran parte della società: una regressione che si manifesta nella sfiducia, nella depressione, nella rabbia, nell'odio, nella generale aggressività e nell'assunzione dell'interesse personale e del denaro come unici metri e valori. La Brexit è solo un sintomo clamoroso di questa involuzione civile dell'Europa. Ma dobbiamo prendere atto che un federalismo giuridico europeo senza un governo politico federale non è a lungo sostenibile; che le politiche di austerità, comportando la crescita delle disuguaglianze e la riduzione dello stato sociale, stanno provocando, come era prevedibile, la disgregazione della società europea, il crollo delle solidarietà e del senso di appartenenza dei diversi popoli a una medesima comunità politica, la crescita dell'anti-politica che sempre si sviluppa come inevitabile riflesso dei fallimenti della politica. Ciò cui stiamo assistendo, in breve, se non ci sarà un mutamento di rotta nelle politiche comunitarie, è il lento suicidio politico dell'Unione Europea.

4. PER UNA RIFONDAZIONE COSTITUZIONALE DEL PROGETTO DI INTEGRAZIONE EUROPEA. PER UN'ASSEMBLEA COSTITUENTE EUROPEA

E' possibile questo mutamento di rotta delle politiche europee? Io penso che questa possibilità dipenda anzitutto dal rifiuto dell'opposto postulato ideologico secondo il quale non ci sarebbero alternative possibili. Dipende, precisamente, dalla consapevolezza che in politica non c'è nulla di inevitabile; che sempre esistono alternative alle politiche volta a volta praticate; che anzi, oggi più che mai,

vanno elaborate alternative alle politiche attuali, rivelatesi oltre tutto fallimentari anche sul piano economico, essendo state tra le cause non secondarie della crisi della quale continuano, paradossalmente, a riproporsi come terapia. Il mutamento di rotta dipende, in particolare, dal riconoscimento dell'infondatezza della tesi secondo cui l'assenza di politiche alternative sarebbe dovuta, come ripetono economisti liberisti e politici di governo, alla mancanza delle risorse per finanziare adeguatamente le garanzie dei diritti sociali, le quali sarebbero un lusso che solo i paesi ricchi e non in tempi di crisi possono permettersi. Questo luogo comune va letteralmente ribaltato: sono precisamente le spese sociali rese possibili dalla distribuzione della ricchezza che determinano lo sviluppo economico. Non dimentichiamo che nel 1945, all'indomani della Liberazione e della fine della guerra più distruttiva della storia, l'Europa e più di tutti l'Italia e la Germania erano un cumulo di macerie: sul piano economico, oltre che sul piano istituzionale e su quello politico e morale. Fu su quelle rovine, con risorse incomparabilmente inferiori a quelle attuali, che fu rifondata la democrazia nelle forme del paradigma costituzionale, attraverso la costituzionalizzazione dei diritti sociali e dei relativi vincoli di spesa a carico della sfera pubblica, nonché dell'obbligo di una politica fiscale informata al principio di un'effettiva progressività delle imposte.

Oggi si è perduta la memoria di quei vincoli costituzionali. Rimosse le costituzioni dall'orizzonte della politica, si è sviluppata, nell'Unione europea e nei paesi membri, una sorta di processo decostituente attraverso il rovesciamento sopra illustrato della gerarchia democratica dei poteri e la disinvolta restrizione dei diritti sociali e dei diritti dei lavoratori costituzionalmente stabiliti. E invece sono proprio quei vincoli che oggi dobbiamo tornare a prendere sul serio. E' stato anche grazie ad essi che si è prodotto, oltre alla fondazione delle nostre democrazie, il più rapido e straordinario sviluppo economico della storia. Contrariamente al credo liberista, quell'impetuoso progresso economico fu reso possibile, nel primo trentennio del dopoguerra, proprio dallo sviluppo della democrazia politica e dalla costruzione dello stato sociale; in Italia, in particolare, dalla scolarizzazione di massa, dalla valorizzazione del lavoro tramite l'espansione dei diritti dei lavoratori, dall'introduzione del servizio sanitario nazionale universale e gratuito, dalle garanzie universali della previdenza e dell'assistenza, in breve dall'attuazione del progetto costituzionale in tema di diritti sociali e di diritti dei lavoratori. Dovrebbe infatti essere evidente che le garanzie di tali diritti sono il principale investimento produttivo, dipendendo da esse la produttività individuale e perciò la produttività collettiva. Prova ne siano due chiarissimi processi storici prodotti in Italia e più in generale in Europa nel dopoguerra: da un lato la crescita

del Pil in quei primi trent'anni, simultanea alla costruzione dello stato sociale; dall'altro la recessione economica di questi anni simultanea alle controriforme in materia di lavoro, alla riduzione della spesa sociale in materia di istruzione e di ricerca, alle restrizioni, infine, imposte alla sanità pubblica, le cui prestazioni sono state monetizzate in contrasto con l'universalità del diritto alla salute che ne imporrebbe la gratuità.

Dobbiamo allora riconoscere che ciò che nei primi trenta anni del dopoguerra ha determinato quello straordinario sviluppo civile ed economico fu la volontà politica, generata e sorretta da forti lotte sociali, di dare attuazione al progetto costituzionale. Questo progetto rappresenta perciò l'alternativa alle miopi politiche odierne tuttora politicamente possibile e giuridicamente dovuta. Esso è nient'altro che il progetto dell'uguaglianza, della pari dignità delle persone e della garanzia dei diritti fondamentali disegnato non solo dalle costituzioni degli Stati membri, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dai primi articoli dei Trattati europei; i quali, non dimentichiamo, stabiliscono che "l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani" (art. 2 TUE); promuove non solo "un mercato interno", ma anche la "piena occupazione" e la "qualità dell'ambiente" (art. 3 TUE); "mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne" (art. 8 TFUE), nonché a perseguire "un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana" (art. 9 TFUE).

E' chiaro che tale progetto – la costituzionalizzazione dell'Europa e conseguentemente la sua unità politica – richiede, anzi impone se lo prendiamo sul serio, una legislazione di attuazione. Richiede alla politica, precisamente, la costruzione di una sfera pubblica europea idonea a restituire alla politica un ruolo di governo all'altezza dei poteri sovranazionali di carattere economico e finanziario, e al diritto il ruolo di garanzia dei diritti sociali e del lavoro. Non solo. La stessa democrazia costituzionale degli Stati membri può sopravvivere solo se il suo paradigma si affermerà e si svilupperà al livello dell'Unione Europea. Le sole alternative alle attuali politiche di austerità e ai processi decostituenti in atto delle nostre democrazie sono infatti due: o il crollo del processo di integrazione con effetti disastrosi sulle economie dei paesi più poveri e indebitati e il ritorno alla vecchia Europa dei nazionalismi degli Stati sovrani di infausta memoria; oppure lo sviluppo di un processo costituente europeo che ponga fine alla percezione sempre più diffusa dell'Unione come un fattore di

regresso anziché di progresso, responsabile della crescita delle disuguaglianze, della povertà e della disoccupazione e perciò dei processi di esclusione provocati dalle sue politiche. Con paradosso apparente, infatti, proprio gli emarginati e gli esclusi formano oggi la principale base sociale dei tanti populismi che stanno sviluppandosi in tutta Europa – in Italia, in Grecia, in Francia, in Inghilterra, nei Paesi Bassi, in Belgio, in Austria e perfino nei paesi scandinavi – e che fanno leva sulla frustrazione, sulla protesta anti-europea e sulle nostalgie nazionaliste e sovraniste.

Ciò che oggi si richiede, in alternativa radicale ai processi decostituenti che hanno investito tanto l'Unione Europea quanto le nostre democrazie nazionali, è perciò un processo costituente della prima quale necessario presupposto di un processo ricostituente delle seconde. In questa prospettiva, una sicura rifondazione dello spirito pubblico europeo proverrebbe oggi dall'istituzione di un'Assemblea Costituente Europea o anche dall'attribuzione al Parlamento europeo, da parte del Consiglio europeo dei ministri, di poteri costituenti, ovviamente su iniziativa e con la partecipazione dei soli paesi dell'Unione che condividano un apposito Trattato costituente.⁵ Solo una vera Costituzione votata da un Parlamento legittimato dal voto di tutti i popoli europei può infatti rilegittimare l'Europa, oggi in crisi di legittimità democratica, ridisegnandone con chiarezza i lineamenti federali e sociali: l'attribuzione di funzioni legislative a un Parlamento eletto su liste europee; l'istituzione di un governo federale ad esso vincolato da un rapporto di fiducia o comunque eletto anch'esso su basi europee; la conseguente creazione di un vero governo politico dell'economia attraverso l'introduzione di un fisco comune e l'attribuzione alla Banca centrale europea dei poteri che spettano a tutte le banche centrali; la formazione di partiti e di sindacati europei; la previsione e, soprattutto, la garanzia di un diritto d'asilo europeo e, insieme, la concessione della cittadinanza europea quanto meno ai figli di immigrati che nascono in Europa; l'uguale garanzia, infine, di diritti uguali per tutti i cittadini europei – in tema di salute, istruzione e reddito di cittadinanza – in grado di assicurarne l'uguaglianza e perciò la coesione sociale e il senso di appartenenza a una medesima comunità politica. E' questa costruzione a livello europeo di uno

⁵ Un precedente analogo a questo possibile trattato istitutivo di un'Assemblea costituente europea è stato il Trattato istitutivo del cosiddetto *Fiscal Compact*, approvato il 2 marzo 2012 da 25 dei 28 paesi dell'Unione. Tale trattato ha imposto agli Stati contraenti – peraltro in violazione dei Trattati istitutivi dell'Unione sul limite del 3% del Pil entro il quale gli Stati possono indebitarsi – l'obbligo del pareggio di bilancio, nonché del pagamento in rate ventennali dei debiti pubblici eccedenti il 60% del Pil.

stato costituzionale di diritto, basato sul carattere universale e gratuito di tutti i diritti, di libertà e sociali, costituzionalmente stabiliti, il progetto oggi più avanzato, la cui attuazione varrebbe non solo a rilegittimare la politica e a restituire credibilità all'Unione, ma anche a minare alle radici le ragioni dei tanti populismi antipolitici e anti-europei.

Non si tratta soltanto di abbandonare le attuali politiche economiche di rigore e di invertire la rotta fallimentare finora seguita: un obiettivo, tra l'altro, per la cui attuazione, a questo punto, ben poco possono fare da soli i singoli Stati membri. Si tratta di promuovere, mediante una rifondazione costituzionale dell'Unione, un diverso modello economico e sociale, basato sull'unità politica e perciò sull'uguaglianza di tutti i cittadini europei nei diritti fondamentali, e in particolare nei diritti sociali e del lavoro, e su una correlativa limitazione e regolazione dei poteri del mercato. Si tratta, in breve, di costruire un costituzionalismo europeo di diritto privato e, insieme, un welfare universalistico europeo nelle forme dello stato sociale di diritto mediante la progressiva unificazione giuridica dell'Europa: l'unificazione anzitutto del diritto del lavoro, rifondato nelle sue garanzie, prime tra tutte la stabilità dei rapporti lavorativi e l'equa retribuzione, onde por fine ai trasferimenti delle imprese nei paesi nei quali è maggiore la possibilità di sfruttare il lavoro; in secondo luogo l'unificazione europea nelle garanzie dei diritti sociali all'istruzione, alla salute, alla previdenza e all'assistenza, onde realizzare il massimo livello di uguaglianza; infine l'unificazione giuridica dei codici e della legislazione di base, non avendo alcun senso che nell'Unione convivano decine di codici civili, penali e processuali sostanzialmente uguali. Per sua stessa natura, un'assemblea "costituente", postulando il trapasso delle relazioni tra Stati membri dalla logica internazionalistica a quella costituzionale, non potrebbe che muoversi in direzione opposta ai crescenti processi di disgregazione oggi promossi dai tanti movimenti e partiti anti-europeisti.

5. TRE SEPARAZIONI DEI POTERI QUALI CONDIZIONI DELLA RIFONDAZIONE COSTITUZIONALE DELL'UNIONE EUROPEA

Ciò che manca, purtroppo, non è l'alternativa alle politiche attuali, prefigurata e anzi imposta dal progetto costituzionale disegnato dalle costituzioni nazionali e dagli stessi Trattati, ma solo la volontà di realizzarla. Quella volontà, che negli anni del dopoguerra dette vita alla democrazia, allo stato sociale e allo sviluppo economico, fu evidentemente alimentata dalla passione e dall'energia politica, oggi scomparse, provenienti dalla soggettività politica e dalle lotte delle forze

sociali, in primo luogo il movimento operaio, che erano allora organizzate e rappresentate dai vecchi partiti di massa.

Una condizione necessaria per riprodurre quella volontà e quell'energia, così al livello degli Stati nazionali come a quello dell'Unione Europea, è pertanto, a me pare, la rifondazione di quella che ho chiamato la gerarchia democratica dei poteri, ribaltata in questi anni dai processi di confusione e concentrazione dei poteri più sopra illustrati. A sua volta questa rifondazione richiede, quali condizioni necessarie, le tre separazioni dei poteri, oggi confusi e concentrati, che ho più volte proposto quali espansioni e aggiornamenti della classica tripartizione e separazione dei poteri formulata da Montesquieu più di due secoli e mezzo fa, con riguardo a un assetto istituzionale incomparabilmente più semplice di quello odierno: in primo luogo la separazione tra i partiti e lo Stato, cioè tra i poteri sociali dei primi e i poteri pubblici del secondo; in secondo luogo la separazione tra poteri pubblici di governo e poteri privati di tipo economico o finanziario; in terzo luogo la separazione tra funzioni pubbliche di governo e funzioni pubbliche di garanzia.

La prima separazione che a mio parere che dovrebbe essere istituita, a garanzia della rappresentanza, è quella tra i poteri pubblici e istituzionali, anche elettivi, e i poteri sociali espressi dai partiti politici. E' la garanzia di questa prima separazione, pregiudiziale a tutte le altre, il primo passo in direzione di una rifondazione delle nostre democrazie rappresentative. Oggi la crisi della democrazia politica è determinata, in gran parte, dal venir meno del rapporto, fino a qualche decennio fa mediato dai grandi partiti di massa, tra società e istituzioni pubbliche. I partiti hanno cessato di essere organi della società e si sono, per così dire, statalizzati, identificandosi con le loro rappresentanze istituzionali; le quali, libere da vincoli e controlli dal basso, hanno finito per assoggettarsi ai dettami del mercato. Il solo modo per rivitalizzare i partiti è perciò restituirli al loro ruolo di organi della società, quali associazioni per il cui tramite, come stabilisce l'articolo 49 della nostra costituzione, i cittadini possono "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale". E questo è possibile, a me pare, solo separando i partiti dallo Stato: non solo dagli apparati della pubblica amministrazione, ma anche dalle istituzioni rappresentative, quali soggetti rappresentati anziché rappresentanti, deputati alla formulazione dei programmi, alla scelta dei candidati e alla responsabilizzazione degli eletti, ma non anche alla diretta gestione della cosa pubblica. Per molteplici ragioni: per consentire, con l'alterità dei partiti quali organi della società rispetto alle pubbliche istituzioni elettive, la mediazione rappresentativa tra tali istituzioni

e l'elettorato; per evitare i conflitti di interesse che si manifestano nelle auto-candidature dei dirigenti e nelle varie forme di cooptazione dei candidati sulla base della loro fedeltà a quanti li hanno designati; per impedire la confusione dei poteri tra controllori e controllati e perciò consentire il controllo da parte dei primi sull'attività dei secondi e la responsabilità dei secondi rispetto ai primi; per favorire il ricambio fisiologico e selettivo della classe dirigente; per dar vita, infine, al solo effettivo contrappeso e contropotere – il potere dal basso delle forze sociali – in grado di bilanciare la concentrazione dei poteri in capo ai governi e perciò di riaccreditare la politica, ancorandola alle sue istanze di base e restituendola alle sue tradizionali funzioni di governo dell'economia. Occorrerebbe perciò prevedere una rigida incompatibilità tra cariche di partito e cariche elettive istituzionali, sicché i dirigenti di partito avrebbero l'onere di dimettersi dalle prime all'atto dell'assunzione di pubbliche funzioni. Si porrebbe così fine all'odierna occupazione delle istituzioni da parte dei partiti, i quali dovrebbero essere investiti di funzioni soltanto di indirizzo politico, e non anche direttamente di pubblici poteri. Solo il venir meno degli attuali conflitti di interesse che si manifestano nell'auto-elezione e nella designazione da parte dei capi dei partiti dell'intero personale politico varrebbe a restaurare il rapporto di rappresentanza tra istituzioni elettive ed elettorato, a radicare i partiti nella società, a ridurre il loro discredito odierno e a restituire loro autorevolezza, credibilità, forza di attrazione e aggregazione sociale e capacità di controllo e responsabilizzazione degli eletti.⁶

La seconda separazione è quella, non meno importante, tra poteri politici e poteri economici o finanziari. Questa seconda separazione e, insieme, la tendenziale subordinazione dell'economia alla politica, hanno rappresentato, fino a pochi decenni fa, un elemento del costituzionalismo profondo, ben prima che della democrazia, dello Stato moderno, nato dal superamento della confusione tra sovranità e proprietà propria dello stato patrimoniale e della società feudale e dall'affermazione di una sfera pubblica separata e sopraordinata, appunto, alle sfere private dell'economia. La sua restaurazione richiederebbe pertanto, oltre alla rifondazione sociale dei partiti di cui ho appena parlato e allo sviluppo di una sfera pubblica europea all'altezza dei mercati, molteplici altre misure: la costruzione e lo sviluppo di partiti politici europei informati all'interesse pubblico dell'intera

⁶ Sulla proposta della separazione, mediante incompatibilità, tra cariche dirigenti di partito e funzioni pubbliche anche elettive, rinvio ai miei *Principia iuris* cit., vol. II, § 14.8, pp. 186-193 e, da ultimo, a *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in "Lo Stato. Rivista semestrale di Scienza costituzionale e teoria del diritto", a. IV, n. 6, gennaio-giugno 2016, pp. 11-33.

Unione; la messa al bando delle lobby; l'introduzione di rigide incompatibilità tra poteri politici e poteri privati idonee ad impedire conflitti d'interesse, quali ben conosciamo in Italia, e che consistono e si risolvono sempre nella prevalenza degli interessi privati sugli interessi pubblici; le garanzie, infine, di tali incompatibilità sia di tipo primario, come l'ineleggibilità alle cariche pubbliche di quanti sono titolari di rilevanti interessi e poteri privati, sia di tipo secondario, come sono i controlli di tali incompatibilità, affidati, come per esempio in Messico e in altri paesi dell'America Latina, a istituzioni amministrative e giudiziarie di garanzia contrassegnate da indipendenza, terzietà e imparzialità.⁷

La terza separazione, infine, è quella tra *funzioni di governo* – sia legislative che esecutive, oggi legittimate entrambe dalla rappresentanza popolare e perciò, soprattutto nelle democrazie parlamentari, assai più condivise che separate – e *funzioni di garanzia*, non solo giurisdizionali o secondarie ma anche amministrative e primarie, come la scuola, l'assistenza sanitaria e la previdenza.⁸ Funzioni di garanzia di questo tipo, ovviamente inesistenti ai tempi di Montesquieu, si sono sviluppate, con la costruzione dello stato sociale, entro quel grande contenitore che è la Pubblica Amministrazione alle dipendenze del potere esecutivo, dato che non potevano certo collocarsi all'interno del potere legislativo o di quello giudiziario. Ma è chiaro che la loro fonte di legittimazione non è di tipo rappresentativo o maggioritario, risiedendo al contrario nei diritti fondamentali di tutti quali limiti e vincoli ai poteri delle maggioranze. Di qui la necessità della loro separazione e indipendenza soprattutto dai poteri politici di governo, nonché di una loro autonomia finanziaria idonea a metterle al riparo dai tagli di spesa decisi da tali poteri. Occorrerebbe a tal fine, in accordo con quella che è tuttora la gerarchia normativa delle fonti, ribaltare la nozione europea di “vincoli di bilancio” – consistenti nell'obbligo, in Italia addirittura costituzionalizzato, del pareggio dei pubblici bilanci, anche a costo della riduzione delle spese sociali – nell'opposta nozione brasiliana, in forza della quale sono i diritti costituzionalmente stabiliti che operano quali vincoli normativi ai pubblici bilanci, in quanto a questi costituzionalmente sopra-ordinati. E' quanto dispongono gli articoli 198 e

⁷ Si vedano, sulle istituzioni elettorali messicane di garanzia – il Tribunal Electoral del Poder Judicial e l'Instituto Federal Electoral, introdotti nel 1996 – J. Orozco Henríquez, *El Contencioso electoral*, in D. Nohlen, S. Picado e D. Zovatto (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Ife, Ciudad de México 1998, pp. 708-807 e R. Becerra, P. Salazar, H. Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México 2000.

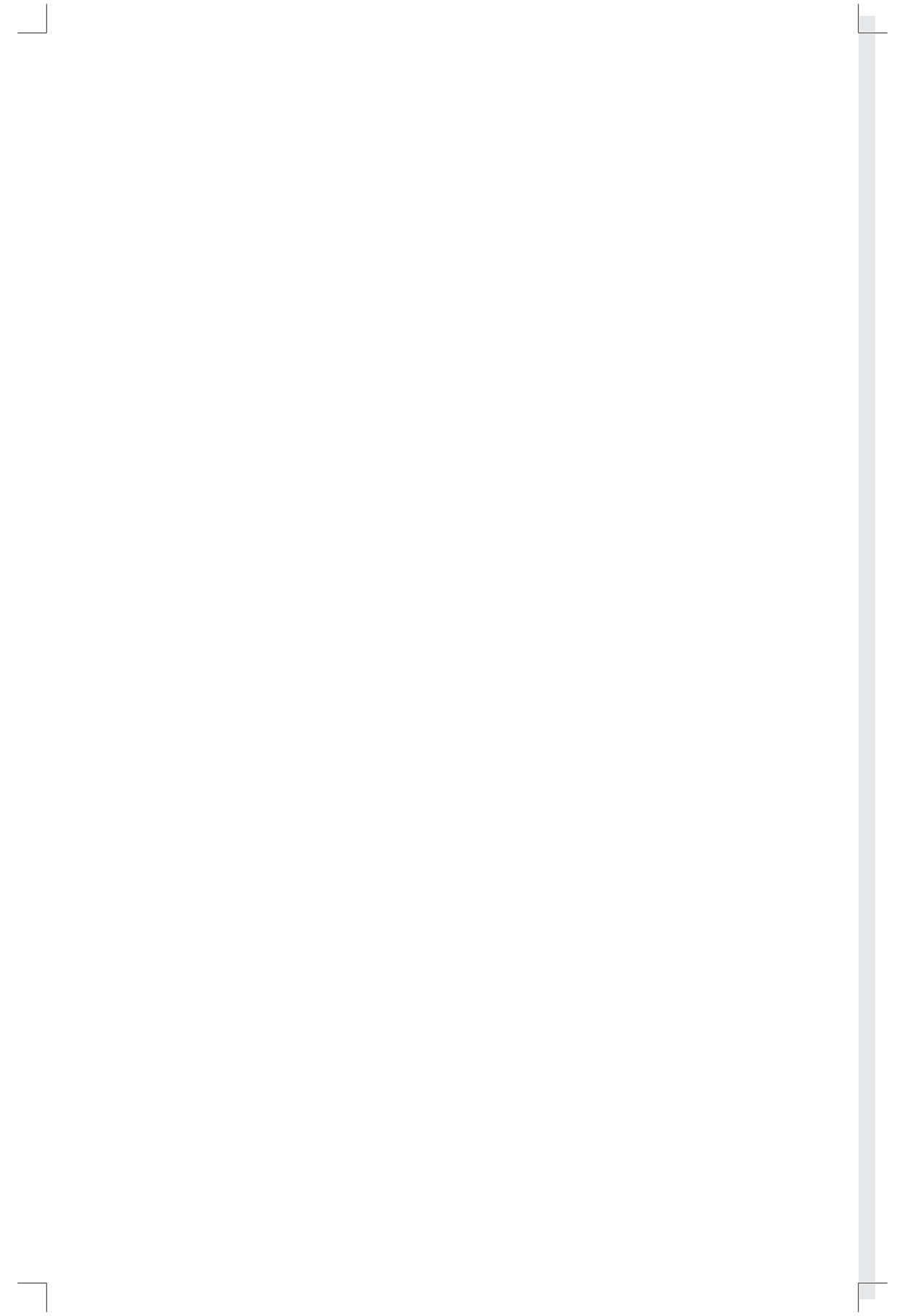
⁸ E' la separazione tra le funzioni pubbliche, la cui distinzione è stata qui richiamata nella nota 3.

212 della Costituzione brasiliana, che prevedono quote del bilancio dell'Unione, dei singoli Stati e dei municipi, obbligatoriamente destinate alla soddisfazione dei diritti sociali: il 18% e il 25% a sostegno del diritto all'istruzione, quote da stabilirsi annualmente a sostegno del diritto alla salute e simili. Infine sarebbe doverosa, in materia di bilancio, la costituzionalizzazione di un'autentica progressività fiscale, diretta ad assicurare tetti massimi agli alti redditi attraverso aliquote anche del 90%, come avvenne negli Stati Uniti di Roosevelt fino alla presidenza di Lindon Johnson.⁹ Sono infatti incompatibili con la democrazia redditi e ricchezze oggi sempre più sterminate in capo a singole persone: non solo per l'insostenibilità sociale di eccessive disuguaglianze economiche, ma anche per i poteri politici impropri, di condizionamento o peggio di corruzione della sfera pubblica, di fatto inevitabilmente associati alle eccessive ricchezze private.¹⁰

Mi rendo conto che una simile costruzione di una sfera pubblica europea ha oggi il sapore di un'utopia. Sappiamo tuttavia che essa è possibile; che in quanto è accaduto e in quanto accadrà non c'è nulla di necessario o di naturale, ma solo il risultato delle politiche dissennate con le quali la crisi è stata dapprima cagionata e poi aggravata; che perciò un'altra Europa è possibile, se e solo se la politica sarà capace di un'inversione di rotta. Una cosa, soprattutto, è certa: oggi o si va avanti nel processo costituente europeo, o si va indietro, ma indietro in modo brutale e radicale; o cresce l'integrazione costituzionale e l'unificazione politica dell'Europa sulla base dell'uguaglianza nei diritti, oppure si prefigura un crollo delle nostre economie e delle nostre democrazie, a vantaggio dei populismi che stanno crescendo minacciosamente in tutta Europa.

⁹ Roosevelt fissò un reddito massimo per il tempo di guerra di 25.000 dollari annui (pari a 350.000 dollari del 2010); nel 1944 il Congresso degli Stati Uniti stabilì, per i redditi superiori a 200.000 dollari annui, un'aliquota d'imposta del 94%; nei due decenni successivi quel tasso massimo si mantenne intorno al 90%, per poi scendere al 70% durante la presidenza di Lindon Johnson e poi, con Ronald Reagan al 50% nel 1981 e al 28% nel 1988 (S. Pizzigati, *Rinascita di un'esigenza. Stabilire un tetto per i redditi*, in "Le monde diplomatique. Il Manifesto", n.2, a. XIX, febbraio 2012, pp. 1 e 16-17).

¹⁰ Si ricordi il passo di Montesquieu sul nesso tra democrazia e frugalità: "In una democrazia, l'amore per la repubblica non è altro che l'amore per la democrazia; e questo è l'amore per l'uguaglianza; il quale è, a sua volta, amore per la frugalità", essendo la frugalità, e perciò i limiti all'arricchimento, necessaria a garantire "felicità e vantaggi uguali per tutti" (*Lo spirito delle leggi* [1748], tr. it. a cura di S. Cotta, Utet, Torino 1952, lib. V, capo III, p. 116).

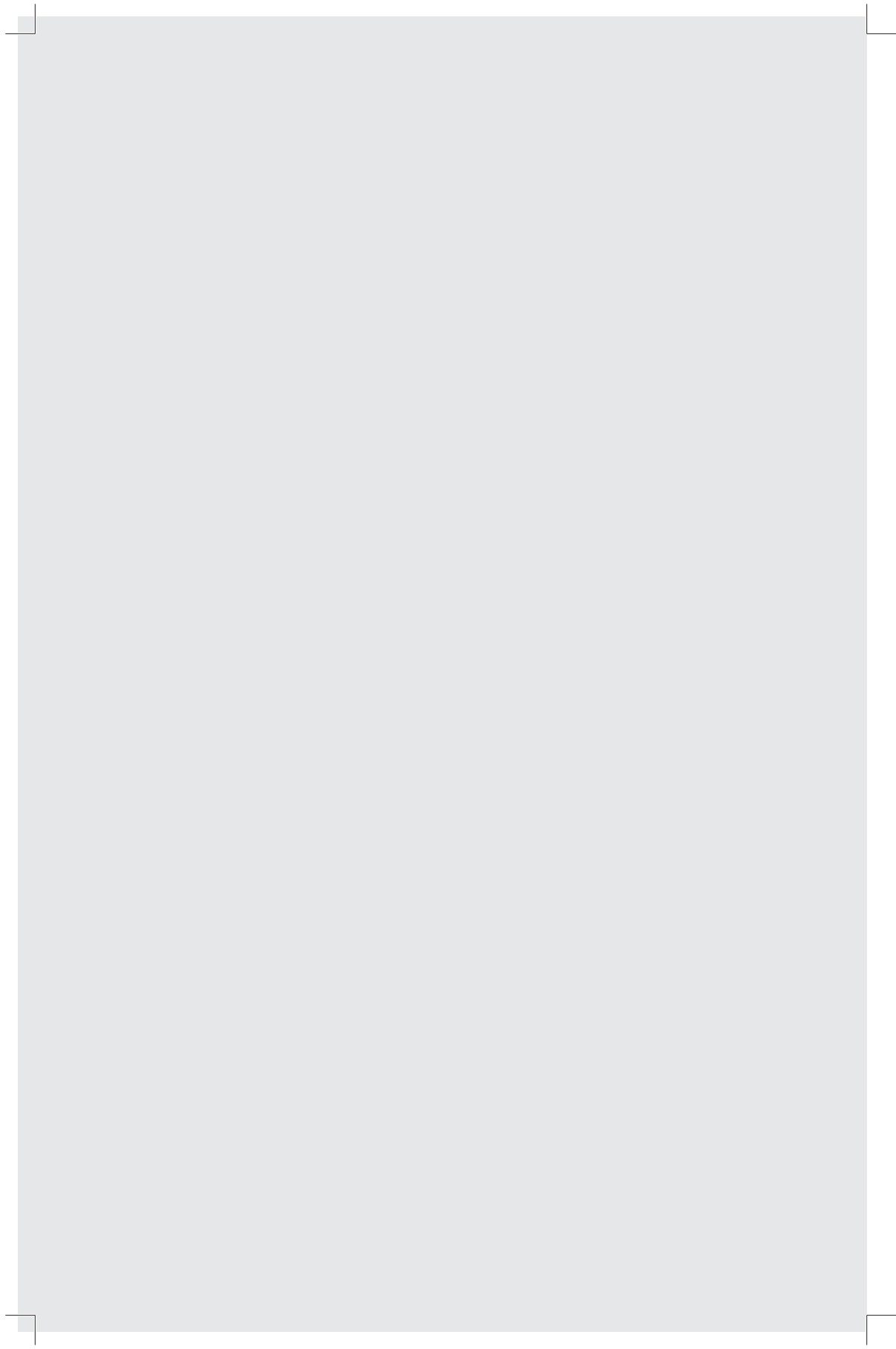


Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo

Carlos Bernal Pulido

SUMARIO

1. Introducción.
2. Constituciones sin constitucionalismo.
3. La desproporción de la proporcionalidad.



I. INTRODUCCIÓN

Casi todas las constituciones del mundo incorporan un catálogo de derechos fundamentales. De esta manera, quienes las promulgan persiguen ofrecer la máxima protección jurídica en el derecho interno a intereses humanos que se consideran esenciales, frente a vulneraciones y amenazas provenientes de poderes públicos y privados.

En el derecho comparado del mundo occidental, las tradiciones dogmáticas norteamericana y alemana han liderado la investigación sobre las preguntas teóricas y prácticas que suscita la protección de intereses mediante los derechos fundamentales. La vertiente norteamericana ha buscado dar sentido a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos que versa sobre la aplicación de las enmiendas a la Constitución de dicho país, en las que se instituyen los derechos fundamentales. La tradición germana, de innegable influencia en el resto de Europa Continental y América Latina, ha abordado interrogantes conceptuales básicos: ¿Qué son los derechos fundamentales? ¿Cuáles son los intereses humanos que deben proteger? ¿Qué estructura tienen? ¿Cuáles son sus titulares y destinatarios? ¿En qué medida pueden limitarse? ¿Cuál es su objeto? ¿Cómo deben protegerse?¹

Estas dos tradiciones han moldeado las prácticas judiciales de un sinnúmero de jurisdicciones. En ciertos aspectos tradiciones y prácticas latitudes disímiles se han aproximado. Algunos autores, quizás no sin exagerar, predicán la existencia de un modelo global de derechos fundamentales.² Dentro de este marco, en este

¹ Cfr: Por ejemplo, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido).

² Cfr: Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

ensayo se discuten dos desafíos que surgen en la concepción que para los derechos fundamentales deriva de una perspectiva de encuentro entre diferentes tendencias y tradiciones jurídicas: el «neoconstitucionalismo».

El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho y del Estado que sitúa a los derechos fundamentales en la cúspide del sistema jurídico y los convierte en la finalidad última del Estado. Como Ronald Dworkin ha advertido,³ las teorías jurídicas —incluido el neoconstitucionalismo— no tienen solo un propósito explicativo sino que, al dar cuenta de las prácticas sociales, intentan darles una forma compatible con ellas.⁴ A pesar de que algunos autores presentan al neoconstitucionalismo como un producto de la «singularidad» del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra,⁵ en las últimas tres décadas esta teoría ha orientado las prácticas constitucionales en Latinoamérica,⁶ y en países de otras regiones —incluidos algunos en donde impera la tradición jurídica anglosajona—. ⁷

Las características más prominentes del neoconstitucionalismo son la institucionalización del constitucionalismo democrático en los textos constitucionales, la iusfundamentalización del derecho, la judicialización de la política en los asuntos que tienen relación con los derechos fundamentales, y la utilización del principio de proporcionalidad como metodología de interpretación y aplicación jurídica. A continuación, solo me referiré a dos de los desafíos teóricos que emanan de la concepción de los derechos fundamentales desde una óptica neo-constitucional. Se trata de la imposibilidad de que haya constituciones sin constitucionalismo y de la desproporción de la proporcionalidad.

³ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2006, 140-141.

⁴ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2011, 404.

⁵ Cfr. Por ejemplo, Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 80-81; Alfonso García Figueroa, «Principios y derechos fundamentales», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, Secretaría Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 235 y s.; Tecla Mazzaresse (ed.), *Neocostruzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2002.

⁶ Cfr. Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Trotta, Madrid, 2003; y Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007.

⁷ Cfr. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2004.

2. CONSTITUCIONES SIN CONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo supone aceptar que la constitución, en cuyo centro se ubican los derechos fundamentales, institucionaliza el constitucionalismo democrático. Esta asunción tiene un impacto teórico y práctico. Desde el punto de vista teórico, ella implica rechazar que pueda considerarse como constitución a un texto que, a pesar de haber sido aprobado por las autoridades competentes y de gozar de reconocimiento social, contenga un diseño del Estado y del derecho que se aparte del constitucionalismo democrático. De ello derivan consecuencias prácticas, tales como la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales⁸ o de las sustituciones constitucionales inconstitucionales, según la cual, si una reforma o una sustitución constitucional desnaturaliza el constitucionalismo democrático previsto en un texto vigente, tal reforma o sustitución es inconstitucional —y, según el sistema jurídico, en algunos casos debería ser anulada por la jurisdicción constitucional—.⁹

Desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, un texto que fundamente el derecho y el Estado solo puede ser considerado como una constitución si, además de haber sido promulgado por una autoridad competente y de gozar de reconocimiento social, incluye ciertos elementos esenciales vinculados con el propósito del constitucionalismo democrático. No puede haber constitución sin constitucionalismo. En este sentido, toda constitución debe institucionalizar por lo menos cuatro elementos esenciales: el principio del Estado de derecho, el principio de separación de poderes, la protección de los derechos fundamentales y el ideal democrático de que la legitimidad del Estado descansa sobre el consentimiento de los ciudadanos.

La constitución es necesariamente un medio para institucionalizar el principio del Estado de derecho. Es una estrategia que crea incentivos para que las autoridades políticas actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico,¹⁰ al someter todas

⁸ Cfr. Carlos Bernal Pulido, «Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, 339-357.

⁹ Cfr. Rosalind Dixon y David Landau, «Constraining Constitutional Change», *Wake Forest Law Review*, núm. 50, 2015, 859-890.

¹⁰ Philip Selznick ha resaltado que existen varias concepciones del principio del Estado de derecho (cfr., «Democracy and the Rule of Law», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 33, 2005, p. 29. Brian Tamanaha las clasifica en teorías formales y materiales (cfr., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 91-113. Sin embargo, a todas las concepciones son comunes por lo menos dos elementos: el control del poder y la sujeción del poder político al derecho. Cfr. Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 19 s.

las actuaciones de las autoridades públicas a «las estructuras, procesos, principios y valores de la constitución».¹¹ Asimismo, las constituciones implementan e interconectan las ideas de que las autoridades deben ejercer el poder político para el servicio de los intereses de los individuos, por una parte, y que la legitimidad de las autoridades públicas depende del consentimiento que a ellas otorguen los individuos que les están sujetos, por otra.¹² Es bien cierto que la incorporación a la Constitución de un catálogo de derechos fundamentales (de raigambre liberal, democrática e incluso económica y social) es una estrategia posible, pero no necesaria, para cumplir dicha finalidad. Existen estrategias que ofrecen una protección más fuerte —como la de incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno (artículo 93 de la Constitución Política de Colombia) o de declarar la intangibilidad de las disposiciones constitucionales que establecen derechos fundamentales (artículo 79 de la Ley Fundamental de Alemania)— que impiden incluso la derogación de derechos fundamentales por parte del poder de reforma de la Constitución. También existen estrategias más débiles —como la creación de leyes que contienen derechos y libertades (la Ley de derechos humanos del Reino Unido de 1998, la Carta de derechos libertades de Canadá de 1982 o las Leyes de derechos humanos de Nueva Zelandia de 1990 y 1993)—. En todo caso, el neoconstitucionalismo exige la adopción de por lo menos una estrategia de este talante. Por último, la separación de poderes hace posible controlar que las autoridades políticas actúen de acuerdo con el derecho y respeten los derechos y las instituciones democráticas.¹³

En breve, el neoconstitucionalismo presupone entender que la constitución instituye una forma de gobierno en la que el poder público es limitado y está controlado, los ciudadanos tienen la capacidad democrática de controlar las fuentes del derecho, y el aparato estatal está anclado a las aspiraciones de los individuos, cuyos intereses representan su finalidad última.¹⁴

¹¹ Cfr. Martin Loughlin, «What is Constitutionalisation?», en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 47.

¹² Cfr. Dieter Grimm, «The Achievement of Constitutionalism», en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 8.

¹³ Cfr. Cheryl Saunders, «Separation of Powers and the Judicial Branch», *Judicial Review*, vol. 4, núm. 11, 2006, p. 337-347. Sobre la conexión entre la separación de poderes y el principio del Estado de derecho, cfr. Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1976, p. 210.

¹⁴ Cfr. Jeremy Waldron «Constitutionalism – A Skeptical View», en Thomas Christiano y John Christman (ed.) *Contemporary debates in political philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2009, p. 270 y 279.

Esta característica del neoconstitucionalismo supone desafíos vinculados a dos interrogantes. Esta concepción impide catalogar como constitución a un representativo número de textos constitucionales existentes, que carecen de los cuatro elementos constitucionales esenciales. Entonces, primero ¿cómo debe llamarse a estas «constituciones»? Segundo, esta concepción soslaya que incluso estas «constituciones» cumplen ciertas funciones innegables y útiles.

Algunos trabajos recientes en el campo de la teoría constitucional ofrecen elementos valiosos para contestar estas preguntas. En cuanto a la primera de ellas, Graham Walker utiliza el término constituciones «no-liberales» para referirse a los textos constitucionales que fundamentan regímenes políticos despóticos o arbitrarios.¹⁵ Asimismo, Li-Ann Thio propone una taxonomía de los constitucionalismos existentes en sociedades no-liberales. Dicha taxonomía incluye: regímenes mixtos —en los que solo en ciertos ámbitos se respetan las libertades—, sistemas constitucionales teocráticos, y estructuras de poder —como aquellas basadas en los llamados «valores asiáticos»— en las cuales las prioridades culturales de la comunidad, enraizadas en el derecho constitucional, prevalecen sobre los derechos individuales.¹⁶ En un sentido similar, Mark Tushnet sostiene que el constitucionalismo autoritario puede considerarse como constitucionalismo y que reconocer una pluralidad de concepciones sobre el constitucionalismo puede enriquecer la claridad conceptual.¹⁷

En lo que concierne a la segunda objeción, incluso en sociedades no-liberales o en regímenes políticos autoritarios, las constituciones son instrumentos fundacionales que articulan la identidad política de una sociedad, expresan sus valores más caros,¹⁸ pergeñan una arquitectura normativa que permite la coordinación social¹⁹

¹⁵ Graham Walker, «The Idea of Nonliberal Constitutionalism», en: Ian Shapiro y Will Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, NYU Press, Nueva York, 1997, p. 169.

¹⁶ Li-Ann Thio, «Constitutionalism in Illiberal Politics», en: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 137 s.

¹⁷ Cfr. Mark Tushnet, «Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues», en: Tom Ginsburg y Alberto Simpser, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 36 s.

¹⁸ Sobre la expresión de valores sociales en las constituciones, cfr. Denis J. Galligan y Mila Versteeg, «Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions», en: Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 8 s.

¹⁹ Cfr. Russel Hardin, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 133; Id., «Why a Constitution?», en: Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, op. cit., p. 59 s.

y sientan los acuerdos y compromisos entre rivales políticos.²⁰ En dichos contextos, las constituciones también abocetan la «distribución estructural del poder, mediante la definición de las relaciones entre las instituciones públicas y entre estas y los ciudadanos».²¹ A pesar de que los líderes autocráticos por lo general se ven constreñidos a hacer concesiones para promulgar constituciones sin tinte liberal, esta estrategia les da capacidad para adoptar reformas políticas duraderas, así como para proteger sus intereses personales y económicos mientras ejercen el poder político y cuando se desprendan del mismo.²² Como sugiere Hirschl, en cualquier contexto, adoptar una constitución es un «seguro o una maniobra para preservar la hegemonía».²³

Es innegable que todas las constituciones desempeñan estas funciones estructurales. Sin embargo, a los teóricos neo-constitucionalistas les asiste razón al defender que ellas no son suficientes para institucionalizar los fines del constitucionalismo. El problema real que de esto deriva es que la utilización del término «constitución» para referirse a un texto jurídico que fundamenta un régimen autoritario no es neutral desde el punto de vista normativo. Este uso genera una ilusión de legitimidad que cubre las acciones de las autoridades del régimen autoritario que sean consistentes con dicho texto jurídico. Esta razón desaconseja utilizar el término ‘constitución’ para referirse a leyes estructurales fundamentales que no institucionalicen los cuatro elementos esenciales del constitucionalismo.

Más difícil es para los teóricos constitucionalistas responder a la objeción democrática que surge del efecto práctico de la tesis de la institucionalización del constitucionalismo, es decir, la doctrina de la reformas y remplazos constitucionales inconstitucionales. Como ha ocurrido en países como Colombia²⁴ e India,²⁵

²⁰ Ran Hirschl, «The Strategic Foundations of Constitutions», en: Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, op. cit., 167 s.

²¹ Li-Ann Thio, «Constitutionalism in Illiberal Polities», op. cit., 133.

²² Gabriel L. Negretto, «Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America», en: Tom Ginsburg y Alberto Simpser, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 83.

²³ Ran Hirschl, «The Origins of the New Constitutionalism: Lessons from the ‘Old’ Constitutionalism», en Stephen Gill y A. Claire Cluter, *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 97.

²⁴ Cfr: Carlos Bernal Pulido, «Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine», op. cit.

²⁵ Cfr: Los casos: *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461; y *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789. Asimismo, Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and Con-*

esta doctrina solo puede implementarse si el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo controlan la constitucionalidad de los cambios constitucionales formales desde el punto de vista sustancial. La objeción es entonces la siguiente: ¿Es democráticamente legítimo que las opiniones de los magistrados del Tribunal Constitucional o Supremo, que no han sido elegidos por el pueblo, acerca de los cambios constitucionales formales prevalezcan sobre las decisiones de las mayorías parlamentarias cualificadas que los procedimientos para llevar a cabo dichos cambios exigen, o incluso sobre los votos de millones de ciudadanos que hayan participado en un referéndum?

La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales supone que el poder de reforma de la constitución no puede alterar los elementos esenciales de la Constitución (según la doctrina colombiana) o su estructura básica (según la doctrina india). Sería fácil responder estas preguntas si siempre existiesen criterios compartidos para determinar cuáles son los elementos esenciales y cuál es la estructura básica y cómo se alteran aquellos o esta. Es posible que exista, y de hecho a veces existe, un desacuerdo razonable acerca de la respuesta para estas preguntas. Este desacuerdo es análogo al desacuerdo que existe en torno a cuál es la interpretación correcta de los derechos fundamentales. Por esta razón, las objeciones que se hacen valer en contra de la supremacía judicial en cuanto a la interpretación constitucional también pueden aducirse en contra de la supremacía judicial aplicada a la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

Las objeciones en contra de la supremacía judicial en la interpretación constitucional se basan en conocidos argumentos democráticos. Este tipo de supremacía otorga preeminencia a las concepciones acerca del significado de las disposiciones constitucionales de un reducido número de magistrados que ni son elegidos por el pueblo ni le rinden cuentas. De este modo, la supremacía judicial «priva de sus derechos a los ciudadanos ordinarios y hace a un lado principios constitucionales medulares, tales como los de representación e igualdad política en la solución definitiva de conflictos acerca de los derechos fundamentales».²⁶ Este tipo de supremacía implica «una restricción sustancial del poder del pueblo

stitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 71 s., y Madhav Khosla, «Constitutional Amendment», en Sujit Choudhry, Madhav Khosla, y Pratap Bhanu Mehta, *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 235 s.

²⁶ Jeremy Waldron, «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1346-1406, en la p. 1353.

para gobernarse a sí mismo».²⁷ Cuando existen varias interpretaciones incompatibles de las disposiciones constitucionales, todas ellas razonables, «¿por qué la interpretación razonable que defiende el Tribunal Supremo debe prevalecer sobre la interpretación (también) razonable del legislador?»²⁸ Un Tribunal Supremo o Constitucional está compuesto por individuos que pertenecen a una élite social a la que injustificadamente se ha atribuido una competencia suprema. Su supremacía como un indeseable elemento aristocrático que macula el sistema democrático.²⁹ Si la Constitución ha sido creada por el pueblo, entonces el pueblo mismo, y no el Tribunal, es el que debería tener la supremacía para interpretar la Constitución. Asimismo, sus interpretaciones deberían ser definitivas y deberían tener capacidad de prevalecer no solo sobre otras interpretaciones sino incluso sobre el propio texto de la Constitución.

Esta objeción democrática se fortalece aún más si se aduce en contra de la supremacía judicial en el ámbito de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. En gracia de discusión, permítaseme admitir sin reparos, por un momento, que esta doctrina es correcta y que goza de una amplia aceptación en la sociedad en la que opera. Sin embargo, como quiera que la Constitución ha sido creada por el pueblo, se aduce, el pueblo mismo, y no el Tribunal, es quien debería ostentar la autoridad para determinar cuáles son los elementos esenciales de la Constitución o cuál es su estructura básica. Si el pueblo mismo, de forma directa o por medio de sus representantes, ha aprobado una reforma constitucional, es porque ha decidido que el elemento que se modifica no es esencial. Esta decisión debería valer como la última palabra. En la misma línea argumentativa, si el pueblo mismo y no el Tribunal debe tener la autoridad suprema para interpretar las más o menos indeterminadas disposiciones de derechos fundamentales, con mayor razón debería estar revestido de la autoridad suprema para definir el contenido del concepto de «elemento esencial» o de estructura básica, que es aún más abstracto y vago. En caso de que existan desacuerdos razonables, la concepción del pueblo acerca de cuáles son los elementos esenciales de la Constitución debería prevalecer sobre la concepción que puedan tener los magistrados del Tribunal Constitucional.

Por lo demás, algunas de las refutaciones de la objeción democrática a la supremacía judicial pierden su eficacia si se intentan hacer valer para defender el control

²⁷ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. x-xi.

²⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁹ Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 7.

de constitucionalidad del contenido de las reformas constitucionales. Esto ocurre, por ejemplo, con el modelo de constitución modesta de Schauer. De acuerdo con este autor, el concepto de Constitución debe interpretarse en una forma modesta, como «un conjunto de reglas que imponen restricciones de segundo orden a las preferencias del pueblo, de sus representantes elegidos por voto, así como de los funcionarios del poder ejecutivo».³⁰ Estas restricciones de segundo orden están al servicio de los valores profundos que tiene el pueblo a largo plazo. En de este contexto, la supremacía judicial se justifica como una garantía externa para hacer efectivas estas restricciones de segundo orden. De este modo, la supremacía judicial busca proteger los intereses a largo plazo del pueblo que se ven amenazados por los deseos de corto plazo que el propio pueblo pueda tener.³¹ La interpretación judicial de estas restricciones de segundo orden debe prevalecer sobre la interpretación que de ellas mismas tenga el pueblo, cuando tales restricciones entran en colisión con los deseos de corto plazo. A causa de estos deseos de corto plazo, el pueblo se halla medio de un conflicto de intereses. Como consecuencia, no tiene una «separación mental» que le permita considerar la colisión en juego con suficiente equidad e imparcialidad.³²

Incluso si en gracia de discusión se admitiera que esta es una respuesta plausible para la objeción democrática en el caso de la interpretación constitucional, el concepto de constitución modesta de Schauer no podría salirle al paso a esta objeción si esta se hace valer frente al control de constitucionalidad del contenido de las reformas constitucionales. La aprobación de una reforma constitucional manifiesta el cambio en los intereses a largo plazo del pueblo y, por consiguiente, en las restricciones de segundo orden. El argumento de Schauer no provee ninguna razón en contra de que el pueblo pueda cambiar sus valores e intereses a largo plazo. Si el pueblo tiene poder para decidir acerca de sus intereses y valores a largo plazo, también tiene poder para modificarlos y las decisiones que adopte a este respecto deben ser definitivas.

Con todo, el neoconstitucionalismo puede responder a esta objeción. Imaginémonos que el pueblo expide una constitución imperfecta que establece un sistema de liberalismo político pero no reconoce la igualdad entre los ciudadanos sino un sistema de castas. Supongamos que, después de algún tiempo, las ideas igualitarias cobran popularidad y el pueblo promueve una reforma que introduce al texto

³⁰ Frederick Schauer, «Judicial Review and the Modest Constitution», *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004, p. 1045-1067, en la p. 1046.

³¹ *Ibidem*, 1057.

³² *Ibidem*, 1057.

constitucional una disposición que garantiza el derecho a la igualdad. Esta reforma tendría la finalidad de reducir algunos de los conflictos creados por la colisión existente entre el sistema de castas y otros principios del liberalismo político. Razones de coherencia y justicia inclinarían nuestras intuiciones a favor de la idea de que el Tribunal Constitucional no puede declarar que esta reforma es inconstitucional a pesar de que claramente reemplaza un elemento esencial de la Constitución. ¿Por qué tendría que ser declarada inconstitucional una reforma constitucional que modifica uno o más elementos esenciales de la Constitución con el propósito de hacer progresar el sistema político y de hacerlo más justo, solo por causa de una decisión política fundamental tomada por nuestros antepasados (muchos de los cuales han muerto y, por tanto, ya carecen de cualquier interés presente)? ¿Por qué nosotros, el pueblo, actuando mancomunadamente, no podríamos ejercer el poder de reforma constitucional para actualizar y perfeccionar la Constitución, incluso en sus elementos esenciales, sin las complicaciones y los riesgos asociados con una revolución?

El objeción democrática puede refutarse con el siguiente argumento de tipo normativo. Las constituciones son entidades intencionales. Son entidades de creación humana. Nosotros, el pueblo, actuando mancomunadamente de forma intencional, las creamos, bien por medio de una declaración solemne relativa a la validez de un determinado conjunto de enunciados escritos (en el caso de las constituciones escritas) o por medio de una práctica social en la que participamos (en el caso en que la Constitución es un conjunto de reglas no escritas). Asimismo, como ocurre con todas las entidades intencionales,³³ nosotros creamos las constituciones con ciertos propósitos específicos tales como la solución de los problemas más profundos de coordinación y nuestros problemas morales básicos cuyas soluciones son objeto de discusión y contienda.³⁴ Es posible resolver este tipo de problemas de variadas formas. Cada constitución implica una decisión acerca de la adopción de un cierto sistema político que implica una manera particular de resolver estos problemas morales básicos y estos problemas profundos de coordinación. Este tipo específico de sistema político atribuye a cada constitución histórica una diferencia específica.

Elegir un sistema político específico es un acto de dos dimensiones. En el sentido en que lo apunta la teoría de Carl Schmitt,³⁵ es innegable que esta decisión

³³ Cfr. Una explicación de las instituciones sociales como entidades fundadas en acciones intencionales colectivas en: John Searle, *Making the Social World*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en especial el capítulo 1.

³⁴ Cfr. Sobre este propósito del derecho: Scott Shapiro, *Legality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2011, p. 170.

³⁵ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 125-135.

es un hecho social contingente. En el caso de la expedición de una constitución escrita, el ejercicio de este poder es una acción intencional colectiva en la que algunos miembros relevantes de la sociedad hacen mancomunadamente una declaración de que el conjunto de disposiciones de la constitución escrita tiene validez y crea el Estado y el sistema jurídico. Esto corresponde a la dimensión fáctica del poder de creación o reforma de la constitución. Si este poder solo tuviera esta dimensión, un ejercicio del poder de reforma podría, en cualquier tiempo, sustituir total o parcialmente la Constitución por medio de una reforma constitucional. No existiría ninguna razón por la cual un nuevo ejercicio contingente del poder de creación constitucional no pudiera sustituir el resultado de un ejercicio previo de este poder. En todo caso, siempre existiría una excepción a esta afirmación. Solo un sistema político duradero puede ser capaz de resolver problemas morales básicos y problemas profundos de coordinación en una sociedad. Es imposible resolver este tipo de problemas si las disposiciones constitucionales se reforman constantemente. Esta es una razón pragmática a favor de preservar el sistema político adoptado por la Constitución.

Además de lo anterior, el ejercicio del poder de creación o de reforma constitucional también tiene una dimensión crítica o ideal.³⁶ En esta dimensión, este poder necesariamente eleva una pretensión de corrección relativa a la adopción de un determinado sistema político, en el sentido de que dicho sistema respetará ciertos principios básicos de justicia. Esta pretensión está implícita en el propio acto de expedición de la Constitución. Si se me permite una paráfrasis de un conocido texto de Alexy, sería absurdo que, por ejemplo, una Asamblea Constituyente estableciera en el preámbulo de una Constitución algo como lo siguiente: esta Asamblea, en representación del pueblo soberano, expide esta Constitución que institucionaliza un sistema político injusto.³⁷ Como explica Alexy, este es un absurdo que deriva de una contradicción performativa, es decir, la contradicción que se forma entre la pretensión implícita de establecer un sistema político justo, que este preámbulo eleva, y lo que explícitamente declara, es decir, que el sistema político que establece es injusto. La existencia de esta contradicción pone de manifiesto que la expedición de una Constitución implica que el poder de creación constitucional pretenda, e implícitamente se proponga, adoptar un sistema político correcto. Para que un grupo de personas que actúan de consuno puedan

³⁶ Robert Alexy, «The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, Vol. 23, núm. 2, 2010, p. 167-182, en la p. 167.

³⁷ *Ibidem*, p. 170.

ser consideradas como un poder de creación constitucional, deben compartir la intención de adoptar un sistema político correcto para su sociedad.

En la dimensión ideal, en la concepción del neoconstitucionalismo, la constitución pretende institucionalizar en el derecho un sistema político correcto. Este sistema es una democracia deliberativa. A pesar de que existe un fuerte debate acerca del concepto de democracia deliberativa,³⁸ en general se entiende como un sistema que establece un ideal de legitimidad política. Las decisiones políticas que persiguen resolver problemas morales y de coordinación moral son legítimas, en la dimensión ideal, si se adoptan por medio de un procedimiento discursivo. Este procedimiento implica la necesidad de justificar todas las decisiones políticas y de adoptarlas por medio de un intercambio público de argumentos «entre participantes comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad», en el cual, asimismo, todos los afectados por la decisión pueden participar directamente o por medio de sus representantes.³⁹ La constitución pretende institucionalizar este ideal no solo mediante el reconocimiento de los cuatro elementos esenciales del constitucionalismo, sino también por medio de la garantía de determinados derechos fundamentales (tales como los de libertad personal, libertad de expresión, y libertad de asociación política, entre otros) y por medio de particulares procedimientos democráticos de toma de decisiones políticas.⁴⁰

De la dimensión ideal del poder de creación constitucional deriva que para que cualquier ejercicio de este poder sea legítimo, este poder debe pretender adoptar un sistema político correcto. En consecuencia, para que cualquier ejercicio de este poder o del poder de reforma sea legítimo este poder debe pretender conservar o mejorar el sistema político adoptado en la constitución, si este es un sistema correcto. De esta manera, la conservación o el mejoramiento del sistema político original correcto no puede ser incompatible con el contenido de las intenciones de los miembros del poder constituyente derivado que actúan mancomunadamente, ni, por consiguiente, con el contenido de las reformas constitucionales. Si esto es así, el contenido de las reformas constitucionales no puede ser incompatible con el objetivo de conservación o mejoramiento de la democracia deliberativa. La con-

³⁸ Cfrl Sobre esa discusión: Cristina Lafont, «Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?», en Samantha Besson y Jose Luis Marti (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Ashgate, 2009, p 3-25.

³⁹ Jon Elster, «Introduction», en Id. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 1998, p. 8. También: Amy Gutman y Dennis Thomson, «Why Deliberative Democracy», Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 3.

⁴⁰ Robert Alexy, «Discourse Theory and Human Rights», *Ratio Juris*, vol. 9, 1996, p. 209-235.

clusión sería que el contenido de las reformas constitucionales no puede derogar ninguno de los derechos fundamentales específicos ni los procedimientos que hacen posible que el sistema político institucione una democracia deliberativa.

3. LA DESPROPORCIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

El segundo desafío al que se enfrentan los derechos fundamentales en el neo-constitucionalismo al que quisiera referirme es al pretendido uso desproporcionado del principio de proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad es un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la protección los derechos fundamentales. Este principio nació en Alemania pero hoy en día ha migrado a otros sistemas jurídicos y a diversas áreas del derecho. Aunque el concepto de proporcionalidad no es unívoco,⁴¹ la mayoría de jueces y juristas coinciden en que se trata de un principio conformado por tres sub-principios a saber: idoneidad, necesidad, y el mandato de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Cada sub-principio establece una exigencia que cualquier limitación en derechos fundamentales debe de satisfacer. El sub-principio de idoneidad exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El sub-principio de necesidad exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado de justifique el grado en que se limita el derecho.

La aplicación del principio de proporcionalidad ha generado una amplia discusión. Por un lado, reconocidos autores han aceptado el uso expansivo de este principio sin reparos. Por ejemplo, Beatty considera que el principio de proporcionalidad es «neutral», «potencialmente racional»,⁴² y origina la posibilidad de hacer que «el concepto jurídico de derechos fundamentales sea el mejor posible».⁴³ Con base en estas premisas, Betty defiende que este principio debe considerarse como «un criterio universal de la constitucionalidad»,⁴⁴ la

⁴¹ Sobre los diferentes conceptos de proporcionalidad, *cf.*: Bernhard Schlink, 'Proportionality (1)', en: Michel Rosenfeld y András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 721.

⁴² David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 171.

⁴³ *Ibid.*, p. 174.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 162.

máxima expresión del Estado de derecho,⁴⁵ y la regla de oro del derecho.⁴⁶ Barak comparte una postura similar. El expresidente de la Corte Suprema de Israel cree que la constitucionalidad de cualquier limitación de los derechos fundamentales solo puede justificarse mediante un análisis de proporcionalidad⁴⁷ y que no existe ningún concepto alternativo mejor que este para tal fin.⁴⁸ De igual manera, Alexy sostiene que los jueces constitucionales no pueden evitar utilizar el principio de proporcionalidad. Para Alexy, este principio es la única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones.⁴⁹ Finalmente, Gardbaum estima que el mandato de ponderación «refuerza adecuadamente el papel que las decisiones mayoritarias deben de tener en una democracia constitucional».⁵⁰

Por otro lado, tanto en obras de la década pasada como en publicaciones previas,⁵¹ el principio de proporcionalidad ha sido objeto de feroces críticas. Tsakyrakis ha sostenido que este principio es «un atropello a los derechos humanos» y un «camino equivocado en busca de precisión y objetividad».⁵² Por su parte, Webber lamenta el hecho de que el principio de proporcionalidad haya creado un infundado «culto académico a los derechos fundamentales», que ha desencadenado en una concepción extremadamente individualista de los derechos y un simultáneo desprecio hacia las leyes democráticas que persiguen la protección de intereses sociales.⁵³ Algunos jueces y juristas critican la ponderación y la consideran irracional. Otros autores deploran el uso de la proporcionalidad pues, según

⁴⁵ Ibid., p. 185.

⁴⁶ David Beatty, «Law's Golden Rule», en: Gianluigi Palombella y Neil Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009, p. 103.

⁴⁷ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 3.

⁴⁸ Ibid., p. 8.

⁴⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 111.

⁵⁰ Stephen Gardbaum, «A Democratic Defense of Constitutional Balancing», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 1, núm. 4, 2010, p. 78.

⁵¹ Para un análisis crítico sobre la ponderación en el derecho constitucional estadounidense, cfr. Thomas Alexander Aleinikoff, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 943-1005.

⁵² Stavros Tsakyrakis, «Proportionality: An Assault on Human Rights», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3, 2009, p. 468.

⁵³ Grégoire Webber, «Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, 2010, p. 180 y 190-191; y Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 88 s.

ellos, desvirtúa la esencia de los derechos fundamentales como limitaciones sobre el ejercicio del poder público. Por ejemplo, Habermas sostiene que este principio vulnera la «firmeza» de los derechos fundamentales como quiera que, en ocasiones, estos tienen que ceder ante otros intereses jurídicamente protegidos.⁵⁴ Finalmente, una objeción común es que este principio permite al poder judicial inmiscuirse ilegítimamente en competencias del legislativo y de la Administración Pública. En ese sentido, Lord Ackner consideró en el caso *Brind* que el uso judicial de la proporcionalidad implicaba un «análisis de fondo de las decisiones políticas». En una democracia, este tipo de decisiones deben ser adoptadas solo por autoridades políticas.⁵⁵

Según estima Kumm, el principio de proporcionalidad, junto con el control de constitucionalidad de las leyes, es el «trasplante jurídico más exitoso del siglo veinte».⁵⁶ Sin embargo, el profundo debate acerca de la conveniencia del uso de la proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales suscita varios interrogantes: ¿Existe alguna razón que justifique el hecho de que el principio de proporcionalidad se haya sido difundido a lo largo de diferentes contextos y sistemas jurídicos? Esta inquietud adquiere una relevancia aún mayor si se tienen en cuenta los problemas que, de por sí, el trasplante de ideas y conceptos constitucionales, de un sistema a otro puede generar. La migración de la proporcionalidad sin duda alguna también se enfrenta a estos problemas generales⁵⁷ a los que el préstamo de conceptos constitucionales da lugar.⁵⁸

La posibilidad de justificar la migración del principio de proporcionalidad depende de dos factores. El primero es una justificación en abstracto para el uso de este principio. El segundo es una justificación concreta para la migración de este principio desde un sistema de derecho a otro, en un tiempo determinado, y en un área del derecho en particular (por ejemplo, los derechos fundamentales, el control de la Administración Pública o el cumplimiento de tratados internacionales). Uno de los mayores desafíos del neoconstitucionalismo a nivel global consiste en proveer una respuesta para estas justificaciones.

⁵⁴ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, MIT Press, Cambridge, 1996, p. 254.

⁵⁵ *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

⁵⁶ Mattias Kumm, «Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 595.

⁵⁷ Sobre este punto, *cf.*: Sujit Choudri, «Migration in Comparative Constitutional Law», en Id. (ed), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 7 s.

⁵⁸ Sobre las críticas al concepto de préstamo constitucional, *cf.*: Kim Lane Scheppele, «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, p. 296 s.

Al respecto, la justificación abstracta del uso del principio de proporcionalidad suele implicar el propósito de solucionar tres problemas: racionalidad, legitimidad y prioridad. El problema de la racionalidad consiste en determinar si puede o no haber un uso racional de la proporcionalidad. El problema de la legitimidad es si los tribunales tienen legitimidad constitucional para usar este criterio. Por último, la pregunta acerca de la prioridad radica en establecer si la aplicación de principio de proporcionalidad permite a los tribunales reconocer a los derechos fundamentales una prioridad dentro del sistema jurídico. En pocas palabras, habrá justificación abstracta para el uso judicial del principio de proporcionalidad siempre que exista una manera racional y legítima para aplicarlo, que además permita que los derechos fundamentales conserven su prioridad dentro del sistema jurídico.

Robert Alexy y Aharon Barak han desarrollado modelos exhaustivos del principio de proporcionalidad, que pretenden resolver los problemas de la justificación en abstracto.⁵⁹ Otros autores han propuesto variaciones a estos modelos,⁶⁰ y han justificado el uso del principio de proporcionalidad tanto en abstracto como en contextos específicos. Estos autores han hecho hincapié en las ventajas que este concepto representa para determinados sistemas jurídicos, y han respondido a importantes objeciones contra su utilización judicial.

Aquí no reiteraré estos argumentos. Más bien, me centraré en el segundo factor. Los conceptos jurídicos, como el principio de proporcionalidad, pueden tomarse prestados y trasplantarse de un sistema constitucional a otros. Bien puede decirse que existe una correlación entre la justificación en abstracto para el uso de un concepto jurídico y la justificación concreta para su migración. Una razón válida para trasplantar conceptos jurídicos deviene de su racionalidad y legitimidad intrínsecas. No obstante, esta justificación en abstracto, o el uso concreto del

⁵⁹ Robert Alexy introdujo los elementos básicos de su modelo en la publicación original, en alemán, de *La Teoría de los derechos fundamentales, Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985). El modelo de Barak toma los elementos básicos de la proporcionalidad de Alexy pero difiere en aspectos sustanciales que no se pueden analizar en este ensayo. Su propuesta sobre la estructura del principio de proporcionalidad refleja este desacuerdo. Cfr.: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., 243-455.

⁶⁰ Algunas posturas que pretenden mejorar el modelo de proporcionalidad propuesto por Alexy pueden encontrarse en: Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a. Ed., 2007), Capítulo 6; Carlos Bernal, 'The Rationality of Balancing', *Archiv für Rechts-und Sozial Philosophie*, 92 (2) 2006, p. 195-208; y Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (Baden-Baden: Nomos, 2002).

concepto jurídico en el contexto original, no justifican, *per se*, su migración. El derecho constitucional es, en parte, una expresión de la identidad nacional.⁶¹ Esta singularidad es relevante no solo para el análisis de disposiciones de las constituciones sino también en relación con los métodos de interpretación constitucional. Ambos elementos se encuentran arraigados en las actitudes y en el bagaje jurídico de los servidores públicos y los abogados de cada cultura constitucional. Más aun, estos elementos determinan, al menos en parte, el significado de las reglas constitucionales. Por lo tanto, estos elementos impactan de manera profunda la manera en que se trata de definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Esta singularidad explica el profundo debate que los trasplantes en materia constitucional han generado. Los críticos más radicales consideran que este tipo de trasplantes es antidemocrático. Estos autores opinan que los trasplantes constitucionales favorecen intereses e ideologías extrañas, y permiten que los jueces manipulen el contenido y alcance de las normas constitucionales. Esta posibilidad pondría en riesgo la integridad del proceso judicial, y la esencia de principio democrático, según el cual, las normas constitucionales deben representar la voluntad de cada pueblo.⁶² Otros críticos defienden una postura menos radical y escéptica. Estos autores consideran que los métodos y conceptos de otros sistemas constitucionales pueden tomarse prestados y adaptarse a ciertos contextos políticos, sociales, culturales y jurídicos en particular.⁶³

De esta línea argumentativa se sigue que las razones que justifican el uso del principio de proporcionalidad en abstracto no justifican por sí mismas su migración alrededor del mundo y a lo largo de diversas áreas del derecho. Por otra parte, si bien existen algunas explicaciones desde el punto de vista de la ciencia política sobre la difusión mundial del principio de proporcionalidad,⁶⁴ que atienden sobre todo a las razones estratégicas que los jueces tienen para utilizar este principio, hay

⁶¹ Vicki C. Jackson, «Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law», *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2004, p. 857.

⁶² Para conocer este punto resulta ilustrativo la discusión que los jueces de la Corte Suprema Estadounidense tuvieron en los años 2003 y 2004 sobre la posibilidad de fundar sus decisiones en fuentes extranjeras, *cf.* Sujit Choudri, «Migration in Comparative Constitutional Law», *op. cit.*, p. 7 s. Asimismo: Cheryl Saunders, «The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, p. 37 s.

⁶³ *Cf.* Vlad Perju, «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», en: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1321 s.

⁶⁴ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, *op. cit.*, p. 175-210.

un déficit en el estudio del problema de si esta migración está o no justificada. Este análisis deberá responder dos preguntas básicas. Primero, qué razones puede darse para justificar el trasplante del principio de proporcionalidad⁶⁵ y no el trasplante de algún otro concepto jurídico que pudiera fungir de manera similar.⁶⁶ Segundo, si ponderamos entre las razones para trasplantar el principio de proporcionalidad y los peligros de los préstamos constitucionales ¿en qué dirección se inclina la balanza? ¿A favor de llevar a cabo el trasplante?

La mayoría de los autores parecen justificar la migración del principio de proporcionalidad con una tesis que aquí llamaremos: de la necesidad conceptual. La tesis de la necesidad conceptual sostiene que existe una relación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, de tal manera que este principio debe ser utilizado siempre y en todos los contextos en que se interprete y se aplique los derechos fundamentales. En contraste con dicha tesis, aquí defenderé una justificación normativa para el uso extensivo del principio de proporcionalidad. Una gran variedad de razones puede justificar la migración del principio de proporcionalidad a una nueva jurisdicción o un nuevo contexto jurídico. No obstante, existe un común denominador entre las migraciones de este principio, a saber, que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

Primero es preciso considerar la tesis de la necesidad conceptual. Es factible justificar las migraciones y los préstamos constitucionales con base en razones fuertes o débiles.⁶⁷ Alusiones al Derecho natural⁶⁸ y al *Ius Gentium*⁶⁹ representan razones fuertes para justificar el préstamo de instituciones constitucionales o de conceptos ligados a los derechos fundamentales. Por ejemplo, que un derecho sea un derecho natural fundamental, o que exista un reciente consenso mundial acerca de su validez moral y legal, sería una razón en sentido estricto, que

⁶⁵ Como ha señalado Vlad Perju, cualquier préstamo constitucional exige una justificación normativa. Véase: «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», op. cit., p. 1321 s.

⁶⁶ Sobre la relevancia del análisis de las razones para tomar prestadas ciertas instituciones constitucionales y, al mismo tiempo, rechazar otras, con el objeto de comprender y evaluar el diseño constitucional, *cfr.* Lee Epstein y Jack Knight, «Constitutional Borrowing and Nonborrowing», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, 2003, p. 196 s.

⁶⁷ *Cfr.*, Vlad Perju, «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», op. cit., p. 1324.

⁶⁸ Sobre la posible justificación con base en el derecho natural, *cfr.*: Roger P. Alford. «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review*, vol. 52 (2004-2005), p. 659 s.

⁶⁹ Sobre la posible justificación con base en el *Ius Gentium*, *cfr.*: Jeremy Waldron, «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005, p. 139.

podría justificar que un tribunal lo importara a un sistema jurídico.⁷⁰ Razones débiles podrían ser que los tribunales nacionales quisieran unirse a un diálogo jurisprudencial cosmopolita con tribunales de otras naciones. El propósito de este préstamo constitucional sería motivar una reflexión normativa acerca de la idoneidad de instituciones locales a la luz de un estudio comparativo con alternativas extranjeras.⁷¹

Una razón fuerte que puede justificar la migración del principio de proporcionalidad se puede inferir de la idea que este principio es conceptualmente necesario para el control de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Esta tesis sostiene que, una proposición necesariamente verdadera acerca de la naturaleza misma de los derechos fundamentales es que estos tienen que ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. Si esta tesis fuera correcta, ello significaría que en todo momento y lugar en que existan derechos fundamentales, los jueces tendrían que aplicarlos por medio del principio de proporcionalidad.⁷² Si la tesis de la necesidad conceptual fuera verdadera entonces, una vez que los derechos fundamentales son reconocidos en un sistema jurídico, trasplantar el principio de proporcionalidad no solo sería una acción justificable sino inevitable. Si los derechos fundamentales necesariamente implicaran el uso del principio de proporcionalidad, entonces, sería imposible protegerlos sin utilizar este criterio. Utilizar el principio de proporcionalidad no sería obligatorio sino imprescindible. La proporcionalidad sería un criterio de aplicación forzosa. Esto tendría a su vez un impacto en la justificación en abstracto del uso del principio de proporcionalidad, en especial, en lo que se refiere al problema de la legitimidad. La necesidad conceptual del principio de proporcionalidad significaría que el uso este principio no podría ser considerado ilegítimo. Bastaría que un Estado promulgara una declaración de derechos fundamentales y facultara a los jueces para aplicarlos, para que estos no solo pudieran sino que tuvieran forzosamente que utilizar el principio de proporcionalidad. Como conclusión, el préstamo del principio de proporcionalidad sería una consecuencia necesaria de la institucionalización de los derechos fundamentales en una jurisdicción.

⁷⁰ Cabe destacar, claro está, que la plausibilidad de estos razonamientos depende de la presunción de que efectivamente exista el derecho natural o el *Ius Gentium*.

⁷¹ Cfr. Vlad Perju, «Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order», *Constellations*, vol. 12, 2005, p. 464 s.

⁷² Para un uso similar de la noción de necesidad conceptual utilizada en el debate sobre la naturaleza del derecho, cfr., Robert Alexy, «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, 2008, p. 284.

Puede haber al menos dos versiones de la tesis de la necesidad conceptual. Una versión estricta de esta tesis puede inferirse de lo sostenido por Aharon Barak, cuando afirma que «[cualquier] restricción de un derecho fundamental [...] será constitucionalmente permisible si, y solo si, es proporcionada».⁷³ Esta proposición equivale a sostener que el principio de proporcionalidad establece condiciones suficientes y necesarias para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si esta proposición fuera verdadera, entonces existiría una doble implicación de suficiencia y necesidad entre las exigencias de la proporcionalidad y las exigencias para la constitucionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales. Una limitación sería constitucional si y solo si satisface las exigencias del principio de proporcionalidad. La satisfacción de estas exigencias implicaría necesariamente la constitucionalidad de la limitación. Bastaría que una de estas exigencias no se cumpliera para considerar la limitación como inconstitucional. De ello se seguiría que no podría controlarse la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin aplicar el principio de proporcionalidad. A la vez, todos los supuestos y elementos del control de constitucionalidad de dichas limitaciones se podrían reducir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

La versión estricta de la tesis de la necesidad conceptual no parece plausible. Cada uno de los sub-principios de proporcionalidad establece, en efecto, una condición necesaria para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si una limitación incumple con cualquiera de las exigencias expresadas en los sub-principios, debe ser considerada como una violación del derecho fundamental que limita; por tanto, deberá declararse inconstitucional. No obstante, los sub-principios de la proporcionalidad no expresan ni conjunta ni separadamente condiciones suficientes de constitucionalidad. Las limitaciones de los derechos fundamentales pueden ser inconstitucionales por otras razones, por ejemplo, por contradecir de forma expresa el texto constitucional o por que haya existido una irregularidad de cierta entidad en el proceso legislativo o administrativo que condujo a la promulgación del acto que limita los derechos fundamentales. Asimismo, existen supuestos de control constitucional que no exigen ni implican el uso de la proporcionalidad. Ejemplos de ello se encuentran en la solución de casos fáciles con fundamento en reglas constitucionales concretas, *verbi gratia*, la imposición de una limitación a un derecho fundamental sin con-

⁷³ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 3. Barak afirma: «La constitucionalidad de la limitación, en otras palabras, se determina por su proporcionalidad».

tar con las mayorías parlamentarias que algunas constituciones existen para la aprobación de limitaciones de esta naturaleza, la atribución a los órganos de seguridad del estado del poder para torturar detenidos en contra de una disposición constitucional que literalmente lo prohíba, o la ampliación legislativa del plazo en el que las personas detenidas deben de ser llevadas ante la presencia de un juez.

Una versión menos estricta de la tesis de la necesidad conceptual se encuentra desplegada en la obra de Alexy, particularmente, de su artículo «Constitutional Rights and Proportionality». Alexy no sugiere que todo el control de constitucionalidad pueda reducirse a un análisis de proporcionalidad. Este autor reconoce que existen normas de derechos fundamentales que pueden aplicarse mediante de un ejercicio de subsunción. Alexy denomina a este tipo de disposiciones «reglas» y las contrapone a los «principios».⁷⁴ No obstante, Alexy sostiene que «existe una implicación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad».⁷⁵ A pesar de que Alexy no cataloga esta implicación como una conexión conceptual, algunos de sus argumentos llevan a concluir que dicha implicación tiene este talante.

La tesis de Alexy contiene dos elementos. La primera parte consiste en el postulado que afirma que existe una clase de normas constitucionales, los principios, que tienen una conexión necesaria con el principio de proporcionalidad. Los principios son «mandatos de optimización» que exigen que la protección del derecho fundamental que institucionalizan se lleve a cabo en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Según Alexy, cada uno de los sub-principios del principio de proporcionalidad expresa la idea de optimización:

Los principios, como mandatos de optimización, exigen un grado de optimización respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y necesidad exigen una optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una optimización frente a las posibilidades jurídicas.⁷⁶

⁷⁴ Sobre la diferencia entre reglas y principios, y su aplicación, respectivamente, mediante la subsunción y la ponderación, *cf.*: Robert Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, p. 433-449.

⁷⁵ Robert Alexy, «Constitutional Rights and Proportionality», *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, p. 221. Tiene traducción al castellano de Jorge Portocarrero como «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 11 s.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 222.

Este razonamiento implicaría que existe una conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad y los principios. La segunda parte de la tesis de Alexy pretende demostrar que además existe una conexión necesaria entre principios y derechos fundamentales. Si este segundo elemento de la tesis fuera correcto, entonces, como consecuencia, Alexy habría demostrado que los derechos fundamentales implican conceptualmente la utilización del principio de proporcionalidad, o, en otras palabras, que es imposible controlar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin utilizar la proporcionalidad.

La existencia de una necesaria conexión conceptual entre principios y derechos fundamentales implicaría que en cualquier momento y en cualquier lugar en el que existan derechos fundamentales, necesariamente algunos de ellos tendrían la estructura normativa de principios y deberían, entonces, ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. La existencia de esta conexión implicaría algo que, recientemente, Matthias Jestaedt ha rechazado, esto es, que la teoría de los principios de Alexy es una «teoría metodológica universal y un elemento esencial de los derechos fundamentales».⁷⁷ Jestaedt reconoce que, en algunas prácticas concernientes a los derechos fundamentales, existe una necesidad de ponderar.⁷⁸ No obstante, a su parecer, de ello no se sigue que los derechos fundamentales sean, en su propia esencia, principios.

En su réplica, Alexy considera que Jestaedt propone una versión que puede denominarse como la tesis de la contingencia. De acuerdo con la tesis de la contingencia, la conexión entre principios y proporcionalidad, por un lado, y entre principios y derechos fundamentales, por otro lado, depende en exclusiva la decisión específica que las autoridades políticas —sobre todo, los autores de la constitución—. ⁷⁹ Entonces, los derechos fundamentales tendrían la estructura de principios solo si los autores de la constitución los diseñan como tales en el derecho positivo o establecen como obligatorio el uso del criterio de proporcionalidad para la protección de los derechos.

Alexy cuestiona la tesis de la contingencia con un argumento que apoya la versión débil de la tesis de la necesidad conceptual. El razonamiento establece que los

⁷⁷ Matthias Jestaedt, 'The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses', en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 159 y 172.

⁷⁸ Ibid. 159.

⁷⁹ Robert Alexy, «Comments and Responses», en *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, op. cit., p. 332-333.

derechos fundamentales tienen una naturaleza dual. Los derechos fundamentales forman parte del derecho positivo. Sin embargo, también tienen una naturaleza ideal que «se mantiene, más allá de su positivización». En su naturaleza ideal, ellos son derechos humanos morales y abstractos, «principios sustantivos» que el poder constituyente convirtió en Derecho positivo.⁸⁰ Como derechos abstractos que «se refieren simple y llanamente a objetos como libertad e igualdad, vida y propiedad, libertad de expresión y la protección de la personalidad», estos objetos, inevitablemente colisionan entre sí. Esto explica porque la práctica de aplicación de los derechos fundamentales debe necesariamente solucionar las colisiones entre estos derechos humanos abstractos con el status ontológico de principios sustantivos. Finalmente, el principio de proporcionalidad es necesario para resolver dichas colisiones. Estas razones tocantes a la naturaleza de los derechos humanos, como principios abstractos sustantivos transformados en derecho positivo, hace que el uso de proporcionalidad sea necesario para cualquier práctica de aplicación de los derechos fundamentales.

La postura defendida por Alexy da lugar a dos críticas. Ambas críticas van dirigidas a la segunda parte de su tesis. Si se me permite, las llamaré, respectivamente, la crítica ontológica y la crítica metodológica. La crítica ontológica consiste en que la postura de Alexy se basa fundamentalmente en la existencia de «principios sustantivos» detrás de los derechos fundamentales. Sin lugar a dudas, la existencia de estos principios sustantivos probaría que hay una conexión conceptual necesaria entre principios y derechos fundamentales. Además, existen razones lingüísticas que hablarían a favor de la existencia de dichos «principios sustantivos». El hecho de que las disposiciones constitucionales se refieran a conceptos como los de igualdad, libertad o debido proceso, podría justificar la afirmación de que efectivamente exista algo llamado el principio sustantivo de igualdad, libertad o debido proceso. Estos principios serían el objeto de las proposiciones expresadas por las disposiciones constitucionales. Ellos existirían en algo similar al Tercer Reino de Frege.⁸¹ Sin embargo, la tesis de Alexy no puede persuadir ni a escépticos que no descreen en esta idea, ni a escépticos de la existencia de los derechos humanos como entidades morales abstractas pre-positivos y sustanti-

⁸⁰ Id., 333-334.

⁸¹ Según Gottlob Frege, los pensamientos expresados por proposiciones tienen una existencia objetiva. Su existencia es independiente de la concepción que de ellos tengamos en nuestra mente. Frege defiende la idea de que los pensamientos existen en un «tercer reino» el cual es independiente de los reinos mentales y físicos. Cfi: Gottlob Frege, «Über Sinn und Bedeutung», *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 100, 1892, p. 25-50.

vas.⁸² La mayoría de los teóricos actuales de los derechos humanos sostienen que estos derechos no existen objetivamente, sino que son el objeto de proposiciones éticas que promueven perspectivas acerca de qué derechos deben ser protegidos jurídicamente.⁸³ La tesis de Alexy tampoco tiene capacidad de convencer a estos teóricos. Por lo tanto, sería deseable encontrar una justificación para el uso de la proporcionalidad que pudiera aglutinar un consenso más extendido. Esta tesis constituiría una base más robusta para la tesis de la necesidad del principio de proporcionalidad y, de esta manera, para justificar la migración de este principio.

La crítica metodológica consiste en afirmar que aun si existiera un consenso acerca de la existencia de los principios sustantivos subyacentes a las disposiciones constitucionales, de ello no se sigue que necesariamente que las colisiones entre deban ser resueltas mediante la proporcionalidad. Puede haber, y de hecho las hay, prácticas constitucionales que utilizan herramientas metodológicas alternativas para resolver estas colisiones. El principio de proporcionalidad no es el único instrumento jurisprudencial disponible para la aplicación de los derechos fundamentales. La lista de criterios alternativos incluye: el análisis categórico utilizado en casos relativos a la primera enmienda de la constitución estadounidense, el análisis concerniente a la existencia de un contenido esencial de derechos fundamentales (*Wesensgehalt*), las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales desarrollada por parte de la doctrina constitucional alemana y utilizada por un sector de la jurisprudencia, la doctrina británica atinente a la irrazonabilidad y otros criterios del derecho de igualdad que se utilizan en el derecho constitucional estadounidense.⁸⁴

La existencia de estas prácticas probaría el hecho de que no hay una conexión conceptual necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.⁸⁵ Puede haber, y efectivamente hay, protección de los derechos fun-

⁸² La crítica de Bentham en contra de los derechos naturales es un conocido ejemplo de este escepticismo. Cf: Jeremy Bentham, «Anarchical Fallacies», en: J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Simpkin, Marshall, & Co., Londres y Edimburgo, 1838-1843.

⁸³ Sobre estas teorías, vease: Hill Steiner, «Moral Rights», en: David Copp (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 460.

⁸⁴ Sobre los criterios jurisprudenciales alternativos al principio de proporcionalidad, cf: Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., capítulos 3 y 4.

⁸⁵ Una refutación a este argumento puede ser que las prácticas constitucionales basadas en estos criterios alternativos esconden o enmascaran las exigencias del principio de proporcionalidad. No puedo discutir aquí esta línea argumentativa. Alec Stone Sweet y Jud Mathews sugieren algo similar respecto a diversos criterios del derecho constitucional estadounidense. Cf.: «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011, p. 799-875.

damentales sin el uso del principio de proporcionalidad. Esto significaría que la necesidad conceptual tesis de la necesidad conceptual no justifica la migración de la doctrina de proporcionalidad. Como consecuencia, no sería plausible sostener que es necesario importar el principio de proporcionalidad siempre que se quiera desarrollar una práctica de aplicación de derechos fundamentales mediante el control de constitucionalidad.

Aquí quisiera defender una tesis alternativa, que se relaciona con la necesidad normativa (no conceptual) del principio de proporcionalidad. Esta necesidad normativa apunta al empleo de la proporcionalidad con el objeto de resolver varias expresiones de la paradoja de la libertad. Esta paradoja filosófico-política tiene lugar en el derecho administrativo, en el derecho constitucional, en el derecho europeo de derechos humanos y en el derecho europeo comunitario. En todas estas áreas, las autoridades están facultadas para limitar los derechos y, al mismo tiempo, proteger estos derechos de limitaciones. Los jueces utilizan el principio de proporcionalidad para garantizar que las limitaciones sean legítimas, idóneas, necesarias y moderadas.

Indudablemente, es también posible emplear criterios alternativos para resolver la paradoja de la libertad. Los análisis categóricos y las teorías internas de los derechos fundamentales restringen el ámbito normativo de los derechos a un contenido restringido, de tal manera que las autoridades políticas están facultadas para llevar a cabo cualquier acción siempre y cuando no tenga que ver con las posiciones jurídicas protegidas en dicho ámbito.⁸⁶ El contenido esencial de los derechos (*Wesensgehalt*) establece un contenido mínimo de cada derecho, que no puede ser objeto de limitación alguna. Finalmente, el principio de razonabilidad permite toda clase de limitaciones a los derechos, a menos que éstas traspasen cierto umbral de irracionalidad que las haga inadecuadas e incomprensibles.

En este punto surge una interesante pregunta: ¿existe alguna justificación para el hecho de que los tribunales alrededor de todo el mundo hayan trasplantando el principio de proporcionalidad y no algún otro de estos criterios alternativos?

A continuación defenderé la tesis según la cual, la justificación de este hecho estriba en que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para

⁸⁶ Sobre el control de los derechos fundamentales por medio de análisis categóricos (con especial referencia al derecho estadounidense), *cfr.*: Aharon Barak, 'Proportionality (2)', en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, op. cit., 752 s. Sobre las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales véase: Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 23.

la protección de los derechos fundamentales. Para fundamentar esta tesis, quisiera ofrecer el siguiente argumento en tres pasos y la conclusión que de ellos deriva:

(i) Es necesario normativamente adoptar un medio si se cumplen dos condiciones: (1) Que sea el mejor medio para alcanzar un fin, o que sea el mejor medio disponible para alcanzar un fin (y el medio no esté prohibido); y (2) que el fin deba ser perseguido.⁸⁷

(ii) La protección de los derechos fundamentales tiene lugar en ciertas circunstancias particulares en las que los jueces deben velar por ciertos valores (fines) derivados del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de Derecho;

(iii) Existen diversos criterios (medios) disponibles que los jueces pueden emplear para velar por estos valores. En comparación con las alternativas, el principio de proporcionalidad alcanza el fin perseguido en el mayor grado posible (es el mejor medio para dicho fin);

Conclusión: Si se tiene en cuenta que (iii) cumple la condición (i-1) y (ii) la condición (i-2), el uso del principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales.

Una explicación de (ii) y (iii) es la siguiente:

(ii) Las circunstancias de aplicación de los derechos fundamentales

(a) La protección de los derechos humanos tiene lugar bajo ciertas circunstancias.⁸⁸ Estas circunstancias incluyen los siguientes hechos:

(1) Los derechos fundamentales son el resultado de la positivización de los ideales políticos de libertad e igualdad en la forma de disposiciones constitucionales;

(2) Las disposiciones de los derechos fundamentales son vagas, ambiguas, evaluativamente abiertas y tienen textura abierta, por cuanto son el resultado de fórmulas dilatorias. Su alcance y contenido se refiere a la manera en que la comu-

⁸⁷ El principio Kantiano, según el cual: «Quien quiere el fin quiere los medios» puede dar ciertas bases teóricas para este concepto de la necesidad normativa sobre el que no puedo abundar en este artículo. Sobre este principio, *cf.*: Emmanuel Kant, 'Foundations of the Metaphysics of Morals', en *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, University of Chicago Press, Chicago, 1949, p. 417.

⁸⁸ Estas circunstancias son análogas a las circunstancias de justicia de John Rawls. *Cf.*: *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA., revised edition, 1999, p. 109. En una sociedad constitucional, existe una continuidad entre las circunstancias de justicia y las circunstancias del control de la constitucionalidad. No puedo explorar esta continuidad en el presente artículo.

nidad política protegerá la libertad y la igualdad. No obstante, los redactores de la constitución no han definieron de manera precisa dicho alcance y contenido, como señalara Carl Schmitt, mediante una «determinación objetiva». En lugar de eso, los constituyentes utilizaron fórmulas dilatorias capaces de incluir «todas las pretensiones contrapuestas»,⁸⁹

(4) Estas fórmulas dilatorias dan lugar a colisiones entre pretensiones contrapuestas que los tribunales deben resolver para proteger los derechos fundamentales;

(5) De (1), (2), (3) y (4) se sigue que puede haber incertidumbre y desacuerdos en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales y en la manera en que se resuelve su colisión.⁹⁰

(6) En una democracia, el legislador tiene en principio la competencia para determinar el y contenido y el alcance de los derechos y resolver las colisiones. La manera en que lo hace es mediante la introducción de limitaciones a los derechos fundamentales.

(7) Si existe control de constitucionalidad, los jueces están facultados para analizar las limitaciones a los derechos fundamentales en el contexto de desacuerdos descrito en (5); esto implica que los jueces deban tomar decisiones respecto de las distintas pretensiones en colisión;

(8) Los jueces necesitan utilizar criterios jurídicos, como el principio de proporcionalidad u otros criterios alternativos, para fundamentar sus decisiones respecto del contenido de los derechos fundamentales, las colisiones entre ellos y la validez de las limitaciones que el legislador ha impuesto a los derechos.

Dadas estas circunstancias, es imposible imaginar la existencia de algún criterio objetivo para la protección de los derechos fundamentales, es decir, un criterio que otorgue respuestas que no den lugar a incertidumbre o a desacuerdos. Esto no solo es cierto respecto del principio de proporcionalidad sino de los criterios alternativos. No obstante, esto no implica que todo lo que queda es arbitrariedad o decisionismo. En los sistemas jurídicos europeos (y en otras naciones), la protección de los derechos fundamentales en la constitución va de la mano de ciertos valores que emanan del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de Derecho. Esos valores son racionalidad, imparcialidad, no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones futuras, respeto por la separación de poderes,

⁸⁹ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham, 2008, p. 85.

⁹⁰ Jeremy Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review', *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346-1406.

legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad, y la prioridad de los derechos fundamentales.

La democracia deliberativa implica los valores de racionalidad e imparcialidad. Las decisiones políticas y jurídicas que resuelven problemas de coordinación social y moral son legítimas cuando se adoptan y se justifican mediante un proceso de deliberación que tiene en cuenta todos los argumentos relevantes. Esto sucede cuando la justificación se expresa de manera conceptualmente clara y en términos consistentes, y cuando se cumplen las exigencias de respaldo por premisas completas y exhaustivas, respeto de lógica y de las cargas de la argumentación que sean relevantes.⁹¹

El Estado de Derecho implica el principio de no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones de los jueces y de las autoridades políticas, el respeto a la separación de poderes y la imparcialidad. De acuerdo con el principio del Estado de Derecho,⁹² las decisiones judiciales de protección de los derechos fundamentales no pueden ser arbitrarias. Ellas deben poder fundamentarse en razones plausibles. Además, deben ser previsibles, de tal manera que individuos y autoridades puedan conocer el derecho aplicable. Aunado a ello, deben respetar la integridad de las competencias de las autoridades políticas.⁹³ En particular, las decisiones judiciales deben ser el resultado de un ejercicio legítimo del poder judicial que respete los márgenes de discrecionalidad de los representantes del pueblo en la toma de decisiones políticas. En una democracia representativa, la legitimidad asociada con la representación política mitiga la falta de certeza acerca de la idoneidad de las decisiones políticas, y acerca de las valoraciones normativas y empíricas relevantes que la adopción de tales decisiones implica. Por último, en el constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales tiene prioridad sobre otros bienes e intereses políticos colectivos e individuales.

(iii) La proporcionalidad como el mejor criterio

Esto nos conduce al último paso del argumento. El uso de este criterio faculta a los jueces para velar por los valores antes mencionados en mayor grado, en comparación con otros instrumentos.

⁹¹ *Cf.*: Carlos Bernal, «The Rationality of Balancing», op. cit.

⁹² Sobre la afirmación según la cual el Estado de Derecho excluye la arbitrariedad, *cf.*: Martin Krygier, «Rule of Law», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, op. cit., p. 235 y 241.

⁹³ T. R. S. Allan sostiene que cuando el estado de derecho se interpreta como un principio del constitucionalismo, implica el principio de separación de poderes. *Cf.*: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, Capítulo 2.

En este punto el argumento que defiende la necesidad normativa del principio de proporcional se basa en la justificación en abstracto de su utilización y en la crítica a los instrumentos alternativos.⁹⁴ Existe una importante literatura acerca de estos dos aspectos. El principio de proporcionalidad protege la prioridad de los derechos fundamentales en mayor grado que el principio británico de razonabilidad.⁹⁵ Más aun, a diferencia del criterio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad tiene una estructura argumentativa racional y transparente.⁹⁶ El principio de proporcionalidad es también más imparcial y transparente que los análisis categóricos y que las teorías internas de los derechos fundamentales. Es un criterio con una estructura que de forma abierta tiene en cuenta todas las razones jurídicas, metodológicas y morales a favor y en contra de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, así como los intereses de todas las partes que pueden verse afectadas por dicha limitación.⁹⁷ De esta manera, el principio de proporcionalidad permite que haya una crítica informada de las decisiones judiciales. A su vez, este principio impide decisiones arbitrarias atinentes a los derechos. Los jueces y las autoridades políticas deben justificar las limitaciones a los derechos fundamentales una vez que hayan considerado todos los argumentos e intereses en juego.⁹⁸ Por el contrario, las teorías categóricas e internas, y la idea de los derechos como triunfos, se preocupan únicamente por uno de los factores relevantes en el análisis de constitucionalidad, esto es, determinar si la esfera de la libertad que ha sido limitada por el estado se encuentra o no protegida por algún derecho fundamental.⁹⁹ Asimismo, las teorías absolutas del

⁹⁴ Sobre esta defensa, *cf.*: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 482-516.

⁹⁵ Como sostuvo Lord Diplock, en el caso *GCHQ*, el criterio de razonabilidad exige una clase de irracionalidad que solo puede tener lugar en una «decisión que sea tan atroz en su oposición con la sana lógica y la moral, que ninguna persona sensata pudiera haber llegado a esa conclusión». La exigencia de este grado extremo de irracionalidad socava la prioridad de los derechos fundamentales. *Cf.*: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

⁹⁶ Véase: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., 375 s., 460 s.

⁹⁷ Véase: Kai Möller, «Proportionality: Challenging the Critics», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, 2012), p. 717 y 726.

⁹⁸ Matthias Kumm, «The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 1, núm. 4, 2010, p. 142-175.

⁹⁹ Mark Tushnet, «Comparative Constitutional Law», en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1251.

contenido esencial de los derechos reducen el análisis de constitucionalidad a la pregunta de si existe una limitación de dicho contenido. El análisis conceptual del lenguaje de la constitución no puede dar cuenta ni de cuál es el contenido de los derechos fundamentales ni puede abarcar una deliberación acerca de todas las razones concernientes a la constitucionalidad de sus limitaciones. Paradójicamente, el uso de análisis conceptual para estos fines lleva a una menor protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁰ Además, el principio de proporcionalidad es más respetuoso de la separación de poderes y la democracia representativa, y hace posibles que las autoridades judiciales lleven a cabo el control de constitucionalidad en una manera más legítima que los criterios alternativos. La estructura del principio de proporcionalidad permite la inclusión de un análisis de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades políticas.¹⁰¹ Asimismo, el principio de proporcionalidad alienta un diálogo entre los jueces, el legislador y el ejecutivo.¹⁰²

Por último, el empleo continuo del principio de proporcionalidad da lugar a resultados previsibles. Con el tiempo, las decisiones judiciales que utilizan este criterio construyen una red de precedentes que dan cuenta de las razones por las que cierto tipo de medidas son inadecuadas, innecesarias o desproporcionadas en sentido estricto. Esto permite que los derechos fundamentales sean aplicados de manera consistente y coherente.

Por otra parte, la necesidad normativa del principio de proporcionalidad tiene un mayor peso que las objeciones que el trasplante de este principio puede suscitar. Su necesaria conexión normativa con valores basados en el constitucionalismo, democracia y el Estado de Derecho hace poco plausible considerar que la migración de este principio sea contraria a la democracia, o que sea solo una estrategia judicial para manipular el contenido de la constitución. Finalmente, la naturaleza estructural de principio de proporcionalidad permite que surjan diferentes concepciones de este principio que se ajusten a distintos contextos. Esto hace posible reconocer márgenes nacionales de discrecionalidad específicos a cada jurisdicción,¹⁰³ así como también, que este criterio pueda usarse de consuno con otros criterios y conceptos jurídicos locales que no le sean incompatibles.

¹⁰⁰ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 515 s.

¹⁰¹ Sobre el desarrollo de una teoría del principio de proporcionalidad dentro de los márgenes discrecionales del juez, *cfr.*: Matthias Klatt y Johannes Schmidt, «Epistemic Discretion in Constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, num 1., 2012, p. 69-105.

¹⁰² Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 465 s.

¹⁰³ Sobre proporcionalidad y específicos márgenes discrecionales, *cfr.*: Julian Rivers, «Proportionality and Variable Intensity of Review», *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, p. 175.

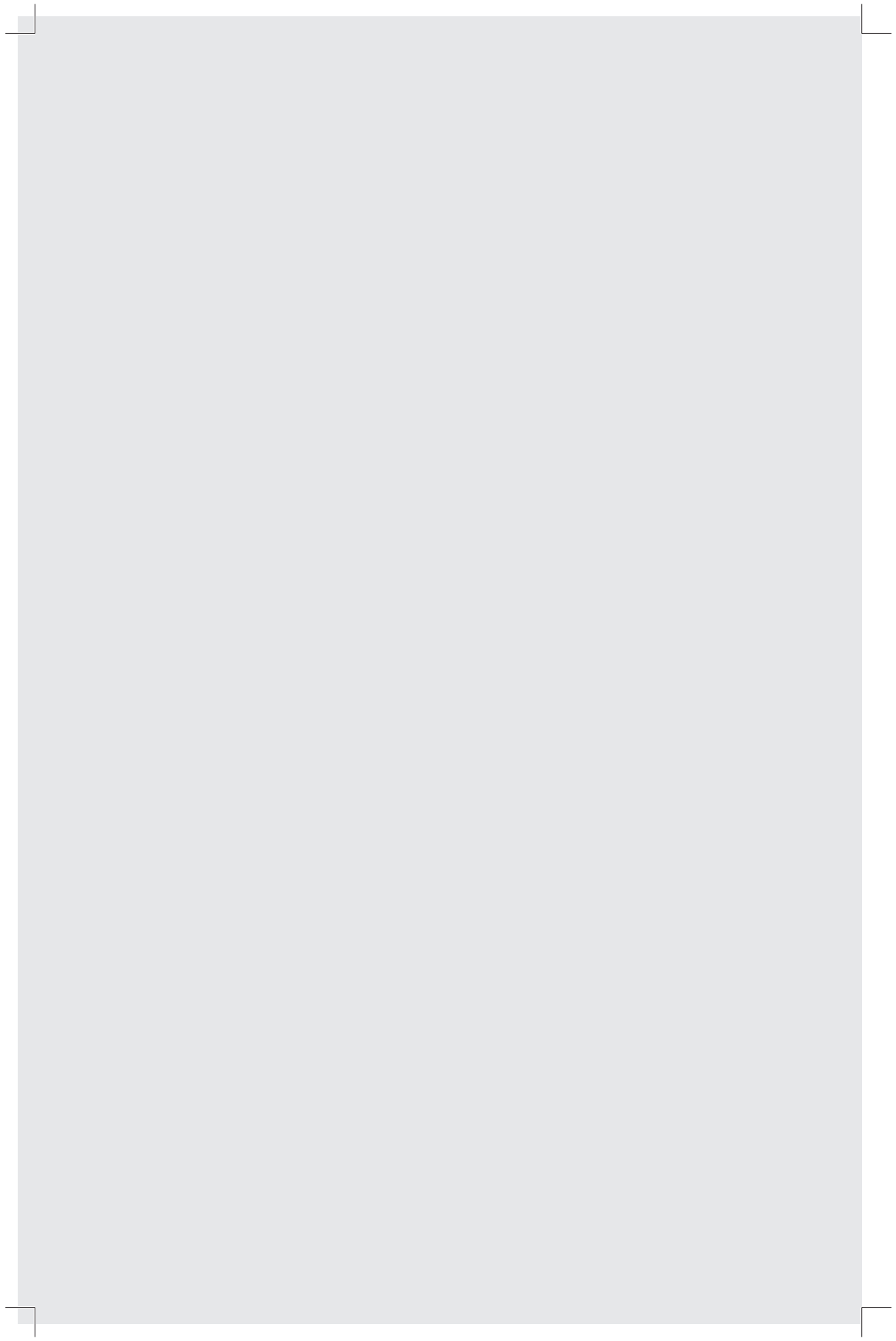
Au cœur de la protection «multi-niveaux» et du dialogue
juridictionnel: la «dématisation» des droits fondamentaux comme
clé de lecture du raisonnement actuel dans le domaine des droits
fondamentaux

Géraldine Rosoux¹

SUMARIO

1. Introduction.
2. L'articulation des droits fondamentaux dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.
3. L'articulation des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne.
4. L'articulation des droits fondamentaux en Belgique.
5. Conclusions.
6. Bibliographie.

¹ L'auteur s'exprime à titre personnel, en présentant quelques «morceaux choisis» de sa thèse de doctorat en droit intitulée «*Vers une 'dématisation' des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*», soutenue le 28 novembre 2014 à l'Université de Liège (Belgique) et publiée en 2015 avec le soutien du Fonds de la Recherche Scientifique-FNRS belge: ROSOUX (2015a) ; voy. aussi ROSOUX (2015b) ; ROSOUX (2015c) ; ROSOUX (2016a).



1. INTRODUCTION – L'IDÉE DE « DÉMATÉRIALISATION » DES DROITS FONDAMENTAUX

L'harmonie dans la complexité, telle est la gageure du raisonnement actuel dans le domaine des droits fondamentaux. La protection des droits fondamentaux est en effet *doublement fragmentée*, éclatée, tirillée entre les normes et les acteurs. D'une part, la protection des droits fondamentaux se caractérise par son caractère « multi-niveaux », ² les droits fondamentaux étant garantis par différents catalogues, constitutionnels et européens, qui ne recouvrent pas nécessairement une réalité identique. D'autre part, ces droits fondamentaux sont protégés par les juges nationaux, dont le juge constitutionnel, mais aussi les Cours européennes de Strasbourg et Luxembourg, qui en sont autant d'interprètes et qui peuvent, épisodiquement, avoir des divergences d'opinions.³

Face à cet entrelacs de textes et de jurisprudences, la recherche d'harmonie constitue le défi existentiel des droits fondamentaux d'aujourd'hui. *Comme si* les droits fondamentaux formaient une partition *unique*, mais écrite par plusieurs auteurs-compositeurs et musicalisée par de multiples interprètes. Comme si, dépassant la traditionnelle distinction fondée sur l'origine textuelle des droits fon-

² La théorie du *multilevel constitutionalism*, qui envisage les normes constitutionnelles et européennes comme des éléments distincts mais interdépendants d'un *seul et même* niveau hiérarchique, constitutionnel, a été élaborée pour le droit de l'Union européenne par I. Pernice: PERNICE (1999) ; PERNICE (2009) ; voy. aussi LIERMAN (2014). Cette théorie peut être élargie à d'autres sources, situées au niveau de la « constitutionnalité » (WALKER (2012)), ou envisagées plus largement comme une protection « multi-niveaux » ou *multilevel protection*, ce qui est une tendance dans le domaine des droits fondamentaux: PELIN RADUCU (2014), 317-319 ; POPELIER et al. (2013) ; TIZZANO (2010).

³ Sur une divergence d'opinions entre hautes juridictions belges: ROSOUX (2015a), 276-277, 325-326, et 918-919 ; entre la Cour de Strasbourg et la Cour constitutionnelle russe: ROSOUX (2017).

damentaux, pouvait se dégager l'idée d'un contrôle de «*fondamentalité*»,⁴ exercé non pas par rapport à des textes, constitutionnels ou conventionnels, garantissant un droit fondamental, mais par rapport au droit fondamental lui-même, conçu comme *une entité unique*.

Cette approche de droits fondamentaux conçus globalement, de manière indissociable, *par-delà* l'origine des textes les garantissant, a été consacrée par la juridiction constitutionnelle belge dans son arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004, par lequel elle considère que, «lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause».⁵

Par cette notion d'«ensemble indissociable», la Cour constitutionnelle belge propose une séduisante option conceptuelle qui tend à l'harmonie dans la protection des droits fondamentaux: dans cette vision, les différents textes, nationaux ou conventionnels, garantissant de manière analogue un droit fondamental ne constitueraient que des expressions particulières et indissociables d'*une seule et même réalité*. La répétition d'un droit fondamental dans différents textes, nationaux et internationaux, révélerait ainsi son importance ou sa «*fondamentalité*»,⁶ comme le constate M. Bossuyt: «*Indeed, as well constitutionally protected rights as internationally protected rights are human rights, which means that they must be enjoyed by every human being. Despite a possible variation in their formulation, those rights are universal and they form an 'inextricable unity' because they are in essence the same*».⁷

Amoindrissant l'importance des sources d'un droit fondamental, cette jurisprudence belge de l'«ensemble indissociable» révèle une tendance dans le raisonnement actuel des droits fondamentaux. Si les droits fondamentaux sont, indépendamment de leur système de protection, envisagés comme un tout indissociable, ces droits fondamentaux n'accèdent-ils pas, par une sorte de processus ascensionnel, au statut de droits fondamentaux, conçus comme une *substance* en soi? Se dégagent alors des figures, des entités «indissociables», uniques. Comme si, au départ des différents textes consacrant, par exemple, la liberté d'expression,

⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA (2002).

⁵ C. const. b., n° 136/2004 du 22 juillet 2004, B.5.3; ROSOUX (2015a), 148-164.

⁶ ROSOUX (2010), 102. La notion de «droits fondamentaux» remplace progressivement celle de «droits de l'homme»: ROSOUX (2015a), 254-261.

⁷ BOSSUYT (2012), 54.

se dégageait *la* Liberté d'expression, avec un grand L, détachée de ses fondements textuels et conçue comme «dématérialisée».

La notion de «dématérialisation»⁸ des droits fondamentaux, que nous proposons comme *clé de lecture* du raisonnement sur les droits fondamentaux, permet ainsi de désigner, au figuré, le processus consistant à détacher d'un ancrage matériel ce qui a été concrétisé physiquement à un moment donné. Alors qu'historiquement, le droit de l'Europe continentale traduit une évolution de l'oralité vers l'écrit, les droits de l'homme ayant été d'abord proclamés dans des déclarations politiques, puis formalisés dans des textes juridiques, leur protection par les juges révèle une tendance inverse, dans laquelle le raisonnement se détache progressivement de ce qui a été «textualisé», matérialisé dans des textes juridiques déterminés, pour les envisager comme une substance unique, malléable par le juge. Dans cette optique globale qui dilue le rôle de l'énoncé textuel des droits, constitutionnels et européens, les multiples juges des droits fondamentaux peuvent alors aisément «tenir compte» de leurs jurisprudences respectives, dans un dialogue juridictionnel créateur d'«interactions».⁹

Prenant comme point de départ la consécration, par la Cour constitutionnelle belge, de la notion d'«ensemble indissociable», nous avons analysé l'articulation triangulaire des systèmes de protection des droits fondamentaux, entre le droit national, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne. Dans une démarche empirique et inductive, nous avons *recherché et trouvé*, dans ces trois systèmes, des indices concrets d'une même conception *holistique* des droits fondamentaux, d'une approche substantielle de droits fondamentaux «dématérialisés».

Les droits fondamentaux imposent d'élaborer un raisonnement complexe qui tienne compte de la fragmentation, juridictionnelle et substantielle, de la protection de ces droits. Déconstruisant cette double complexité, notre réflexion s'est structurée en *deux axes*, correspondant à la problématique *duale* du raisonnement portant sur les droits fondamentaux:

— *l'articulation «procédurale» des droits fondamentaux* concerne la détermination du juge (prioritairement) compétent, parmi les multiples juges, nationaux ou européens, appelés à statuer sur le respect de droits fondamentaux (première partie),¹⁰

⁸ ROSOUX (2007), 799-801 ; ROSOUX (2015a), 29-31.

⁹ VERDUSSEN (2012).

¹⁰ Dans la première partie, nous avons examiné, *au niveau interne belge*, la répartition des compétences juridictionnelles dans le contrôle des lois, orchestrée par l'article 26, § 4, de la loi

— *l'articulation «substantielle» des droits fondamentaux* concerne la détermination des garanties substantielles afférentes à un droit fondamental, protégé par des sources multiples, constitutionnelles ou conventionnelles (seconde partie).¹¹

Sur la base du diptyque entre la *procédure* et la *substance*, notre thèse se distingue dès lors par son analyse des *deux* aspects, complémentaires, touchant tant à la protection «multi-niveaux» des droits fondamentaux qu'aux relations entre juridictions qu'implique cette *multilevel protection*. Et ce sont les contours des compétences juridictionnelles qui déterminent le raisonnement substantiel qui peut être porté sur les droits fondamentaux.

Dans les lignes qui suivent, nous présenterons quelques «morceaux choisis» de notre réflexion, structurés autour de trois systèmes de protection des droits fondamentaux: le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (1), le droit de l'Union européenne (2) et, enfin, un système national, en l'espèce, en Belgique (3). Dans chaque chapitre, nous examinerons tant les rapports normatifs ou substantiels entre les différents systèmes de protection (articulation «substantielle» des droits fondamentaux) que la répartition des compétences juridictionnelles dans la protection des droits fondamentaux (articulation «procédurale» des droits fondamentaux).

2. L'ARTICULATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Le caractère «multi-niveaux» de la protection des droits fondamentaux est pris en compte dans l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme (A), tandis que le caractère «multi-juridictionnel» de cette protection est orchestré par l'article 35 de la Convention, posant l'exigence d'épuisement préalable des voies de recours internes (B).

spéciale sur la Cour constitutionnelle (*titre I*), et, *au niveau européen*, la relation triangulaire entre le juge national et les Cours européennes de Strasbourg et Luxembourg, au regard de l'exigence d'épuisement des voies de recours internes et de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice (*titre II*).

¹¹ Dans la seconde partie, nous avons identifié une *quadruple typologie* de raisonnement visant à articuler les garanties afférentes à des droits fondamentaux provenant de systèmes de protection différents: le souci de cohérence ou la coexistence harmonieuse (*titre I*), l'importation de droits fondamentaux ou l'intégration du respect de droits fondamentaux (*titre II*), l'assimilation de droits fondamentaux ou l'autorisation de substitution du contenu de droits fondamentaux (*titre III*) et, enfin, le cumul ou la fusion de garanties, découlant de la notion d'«ensemble indissociable» (*titre IV*). Ces différents raisonnements traduisent tous une approche «dématérialisée» des droits fondamentaux, qui tient compte de la pluralité des sources protégeant ces droits, indépendamment de leur origine, constitutionnelle ou conventionnelle, écrite ou non.

2.1. *L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme ou la coexistence harmonieuse des systèmes de protection des droits fondamentaux*

Analysant littéralement chaque passage de cette mystérieuse disposition,¹² à la lumière de la (rare) jurisprudence de Strasbourg¹³ en éclairant la portée, nous estimons que l'article 53 de la Convention contient une règle d'interprétation qui révèle une approche *globale* dans laquelle la reconnaissance de droits fondamentaux dans la Convention ne peut être interprétée comme portant atteinte aux *autres* systèmes de protection des droits fondamentaux, qui sont dès lors *postulés* coexister harmonieusement. Participant pleinement à une «dématérialisation» de droits fondamentaux, cette clause d'articulation «externe»,¹⁴ véhicule ainsi l'idée que les droits fondamentaux *ne peuvent vivre en autarcie*, mais doivent être envisagés au cœur d'un système global, interconnecté.

Nous écartant de la doctrine majoritaire, nous ne pensons pas que l'article 53 de la Convention impose de préférer l'application de la garantie «la plus large» – notamment en raison de la difficulté d'identifier le bénéficiaire¹⁵ de cette protection – ni qu'il permette de résoudre un conflit de normes.¹⁶ Selon nous, l'article 53 de la Convention n'a pas de réelle portée pratique, mais inscrit uniquement, *de manière théorique et abstraite*, le texte de la Convention *au sein* des autres systèmes de protection de droits fondamentaux, analogues ou non, actuels ou futurs, qui continuent d'*exister en parallèle*. C'est dans cette mesure que l'article 53 de la Convention met en œuvre la *subsidiarité substantielle* de la Convention, qui indique un niveau de garanties à atteindre comme socle commun de valeurs européennes, sans toutefois que cette protection européenne se substitue aux autres systèmes de protection des droits fondamentaux. L'article 53 de la Convention confirme¹⁷ ainsi l'*autonomie* des autres systèmes de protection des droits fondamentaux par rapport à la Convention, qui n'a pas vocation à les absorber. Corrélativement, la Convention ne protège *pas* les droits relevant de

¹² ROSOUX (2015a), 517-589. Voy. aussi DE MEYER (1988) ; DUCOULOMBIER (2011), 291-308 ; VAN DE HEYNING (2011).

¹³ Cour E.D.H., arrêts *Leempoel et S.A. Éd. Ciné Revue c. Belgique*, 9 novembre 2006, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, *Okyay e.a. c. Turquie*, 12 juillet 2005, *Micallef c. Malte*, 15 janvier 2008, *Parti communiste unifié de Turquie e.a. c. Turquie*, 30 janvier 1998, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008 ; ROSOUX (2015a), 526-531, 535-538, 544-545, 547-552, 563-567.

¹⁴ ROSOUX (2015a), 540-553.

¹⁵ ROSOUX (2015a), 522-524, 554-556.

¹⁶ ROSOUX (2015a), 531-540.

¹⁷ ROSOUX (2015a), 564-588.

l'autonomie des *autres* systèmes de protection, la Cour de Strasbourg rappelant qu'elle ne veille *pas* au respect d'une protection nationale qui dépasserait le niveau de protection requis par la Convention.¹⁸

L'article 53 de la Convention témoigne d'une préoccupation au cœur de la protection des droits fondamentaux, à savoir le souci de cohérence ou de coexistence harmonieuse: l'idéal de protection maximale constitue dès lors la *résultante*¹⁹ de cette coexistence autonome, parallèle, des différents systèmes de protection des droits fondamentaux.

2.2. *L'exigence d'épuisement des voies de recours internes et la relation triangulaire entre le juge national et les Cours européennes de Strasbourg et Luxembourg*

Mettant en œuvre le principe de *subsidiarité procédurale*, l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰ impose, comme condition de recevabilité de la requête à Strasbourg, d'agir au préalable devant les juges nationaux: l'exigence d'épuisement des voies de recours internes organise une *chronologie* des saisines dans laquelle la Cour de Strasbourg intervient *après* les juridictions nationales.

En imposant l'épuisement des recours internes effectifs, adéquats et accessibles, cette règle de recevabilité interfère dans la répartition *interne* des compétences juridictionnelles entre les différents juges nationaux. Si, en effet, la saisine du juge constitutionnel²¹ ou le recours indemnitaire devant le juge judiciaire pour une faute de l'État résultant d'une violation de la Convention²² constituent des préalables obligatoires à la saisine de Strasbourg, cela signifie que ces recours, relevant de juridictions nationales distinctes, devront être exercés et, le cas échéant, se cumuler, selon les règles internes de recevabilité, mises en œuvre dans l'optique d'un recours à Strasbourg.

Mais en intervenant après les juges nationaux, la saisine de la Cour de Strasbourg peut aussi apparaître tardive. Le mécanisme de consultation de la Cour

¹⁸ Cour E.D.H., arrêt *Lucky Dev c. Suède*, 27 novembre 2014.

¹⁹ ROSOUX (2015a), 553-559.

²⁰ DE SCHUTTER (2000), 73-100 ; ROSOUX (2015a), 335-505 ; TOUZÉ (2014), 69-73.

²¹ En ce qui concerne la saisine du juge constitutionnel belge, si le recours en annulation doit être exercé quand la qualité de « victime » au sens de la Convention apparaît durant le délai de recours (ROSOUX (2015a), 361-367), ce qui importe, selon nous, pour la question préjudicielle, est d'avoir soulevé, en substance, le grief d'inconventionnalité, indépendamment de la décision du juge d'interroger ou non le juge constitutionnel (ROSOUX (2015a), 367-388).

²² Le recours indemnitaire, mettant en cause la responsabilité de l'État pour dépassement du délai raisonnable est un recours à épuiser (Cour E.D.H., déc. *Depauw c. Belgique*, 15 mai 2007): ROSOUX (2015a), 389-405.

européenne des droits de l'homme, créé par le Protocole additionnel n° 16,²³ facultatif et non encore en vigueur, tend dès lors à corriger ce schéma temporel en déplaçant l'intervention de la Cour de Strasbourg *au moment même* de l'exercice du recours interne. Ce nouvel outil, par lequel les hautes juridictions nationales pourront demander un avis, non contraignant, à la Cour de Strasbourg, vise à transformer cette dernière en juridiction «de dialogue», guidant le juge national plutôt que le censurant.

La possible mise en œuvre de cette consultation influencera nécessairement le raisonnement portant sur les droits fondamentaux, en invitant à envisager «en substance» un grief pris de la violation d'un droit fondamental garanti par un texte déterminé, afin de lui substituer éventuellement un *autre* grief, rattaché au droit de la Convention, permettant d'enclencher la procédure d'avis de la Cour de Strasbourg. La mise en œuvre du Protocole additionnel n° 16 accentuera ainsi la «dématérialisation» des droits fondamentaux.

En imposant la saisine préalable des juridictions nationales, l'épuisement des voies de recours internes doit aussi se combiner avec le renvoi préjudiciel à Luxembourg, que les juges nationaux ont la *faculté* la plus large de mettre en œuvre, cette faculté se muant en *obligation* pour les juridictions de dernier ressort.²⁴ Dans le cadre des recours internes préalables à la saisine de Strasbourg, les juges nationaux *pourront ou devront* poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg, le cas échéant, relative à un droit protégé par la Convention. Le renvoi préjudiciel à Luxembourg impose ainsi au juge national, lorsqu'on invoque devant lui la violation d'un droit fondamental, de l'envisager «*en substance*» pour s'interroger si cette question pourrait relever du champ d'application du droit de l'Union et de la compétence de la Cour de justice.

Le juge national tirillé entre ces deux Cours européennes agit donc non seulement comme un juge de la Convention et du droit de l'Union, mais il se trouve aussi à *l'intersection de deux mécanismes de structuration temporelle radicalement différents*: alors que le système de la Convention repose sur une subsidiarité de la saisine de la Cour de Strasbourg, le mécanisme préjudiciel à Luxembourg garantit à la Cour de justice une *incontournable* compétence, le juge national devant

²³ BURGORGUE-LARSEN (2014), 312-324 ; GERARDS (2014) ; ROSOUX (2015a), 354-360 et 475-478.

²⁴ Article 267 du TFUE, à combiner avec l'arrêt *Köbler* (C.J.U.E., arrêt *Köbler*, 30 septembre 2003, C-224/01, pt 55), selon lequel le manquement à cette obligation pourrait constituer une «violation caractérisée» du droit de l'Union, susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour une faute commise par une juridiction: DONNAY (2013), 901-905.

se conformer à la réponse qu'il reçoit de Luxembourg. Chronologiquement, la Cour de justice est donc la première, le juge national le deuxième, et la Cour de Strasbourg la dernière à se prononcer.

Dans ce schéma temporel du contrôle européen des droits fondamentaux, la manière dont le juge constitutionnel belge envisage les droits fondamentaux, en «tenant compte» de la réponse de la Cour de justice, nous a permis d'identifier différents types de raisonnements, caractéristiques de la relation entre un juge national et la Cour de Luxembourg: *soit* un raisonnement d'assimilation, participant à la «dématérialisation» en *assimilant* la portée des dispositions constitutionnelles à celle des dispositions du droit de l'Union,²⁵ *soit* un raisonnement constitutionnel *additionnel*,²⁶ le cas échéant *autonome*,²⁷ qui s'oppose à la «dématérialisation», parce qu'il existe *un enjeu* à pouvoir rattacher un droit fondamental aux dispositions constitutionnelles, relevant de la sphère de compétence «naturelle» du juge constitutionnel. Le contrôle d'un juge constitutionnel peut, en effet, être *plus exigeant ou plus protecteur* que celui établi au niveau européen, comme l'illustrent tant l'affaire du blanchiment et du secret professionnel de l'avocat²⁸ que le contrôle de principe des «discriminations à rebours».²⁹

²⁵ ROSOUX (2015a), 414-419.

²⁶ Ce contrôle additionnel est soit «encadré», mettant en œuvre les directives de la Cour de justice (ROSOUX (2015a), 419-422), soit «autonome», développant un raisonnement propre (ROSOUX (2015a), 422-452).

²⁷ Ce contrôle additionnel «autonome» peut être «réservé» lorsque le juge constitutionnel développe un raisonnement parallèle sur un aspect que la Cour de justice n'a pas tranché (ROSOUX (2015a), 423-435) ou «élargi» lorsque le juge constitutionnel se prononce sur une question plus étendue que ne peut le faire la Cour de justice, notamment l'égard de situations purement internes (ROSOUX (2015a), 435-452).

²⁸ ROSOUX (2015a), 423-431. Dans cette affaire illustrant le dialogue juridictionnel, la Cour constitutionnelle belge et les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ont délivré leur conception du secret professionnel de l'avocat, et ce, sans contradiction apparente. Après une réponse de la Cour de justice validant la directive «blanchiment» au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (C.J.U.E., arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. c. Conseil des ministres*, 26 juin 2007, C-305/05), la Cour constitutionnelle belge a interprété la loi belge transposant cette directive de sorte qu'aucune atteinte au secret professionnel de l'avocat ne soit possible dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention, mais également en-dehors de tout litige, au regard des articles 22 de la Constitution belge et 8 de la Convention (C. const. b., n° 10/2008 du 23 janvier 2008) ; le juge constitutionnel belge s'autorisait ainsi une «réécriture de la loi» : MARTENS (2010), 329. Voy. aussi CLOOTS (2010) ; POPELIER et VAN DE HEYNING (2011), 527-528 ; VAN DE HEYNING (2013).

²⁹ ROSOUX (2015a), 444-449. Les discriminations à rebours sont des différences de traitement défavorisant, potentiellement, des situations purement internes, sans rattachement au droit de l'Union. Estimant que les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale, la Cour

La règle «procédurale» d'épuisement des voies de recours internes a une *vocation substantielle*, traduisant une conception des droits fondamentaux. Interprétant cette exigence «avec souplesse et sans formalisme excessif», la Cour de Strasbourg considère qu'il n'est pas nécessaire d'avoir invoqué formellement, devant le juge national, une violation d'une disposition de la Convention: il faut et il suffit d'avoir invoqué *l'argument substantiellement équivalent* à une violation de la Convention.³⁰ Développée initialement pour le Royaume-Uni,³¹ où la Convention ne peut être invoquée directement devant un juge national, cette notion d'invoication «en substance» a été étendue aux autres États, dans lesquels le texte de la Convention peut pourtant être invoqué directement.

En conférant à la règle d'épuisement des voies de recours internes une portée purement substantielle, la Cour de Strasbourg développe implicitement un raisonnement de «dématérialisation», puisqu'elle admet la *porosité* des droits fondamentaux par-delà leurs énoncés textuels, en considérant qu'au travers de l'invoication d'un *autre* grief que celui de la violation de la Convention,³² ou en raison de l'*objet* même du litige en cause,³³ on peut déceler l'invoication d'un droit garanti par la Convention. Cette approche souple révèle le souci d'absence de formalisme excessif mais aussi une conception dans laquelle «le *negotium* [est] *in fine* plus fondamental que l'*instrumentum*»,³⁴ le contenu d'un droit fondamental important davantage que le contenant.

L'épuisement des voies de recours internes a également une vocation substantielle en ce qu'il incite les États au respect, substantiel, de la Convention

D'une part, l'épuisement des recours internes suppose que soit organisé au niveau interne un «recours» à épuiser au préalable, ce qui incite directement au respect du *droit à un recours effectif* au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme,³⁵ les articles 13 et 35 de la Convention se renforçant

constitutionnelle belge pose le principe qu'elle peut effectuer un contrôle de ces discriminations à rebours (C. const. b., n° 121/2013 du 26 septembre 2013, n° 123/2013 du 26 septembre 2013 et n° 167/2013 du 19 décembre 2013). Grâce aux articles 10 et 11 de la Constitution belge, le juge constitutionnel belge peut exercer un contrôle au spectre plus large que celui de la Cour de justice: BOMBOIS (2015).

³⁰ ROSOUX (2015a), 493-499.

³¹ Cour E.D.H., arrêt *James e.a. c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 85.

³² Cour E.D.H., arrêts *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, §§ 24-32 ; *Klass e.a. c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 66 ; *Glaserapp c. Allemagne*, 28 août 1986, § 44.

³³ Cour E.D.H., arrêts *Carlson c. Suisse*, 6 novembre 2008, *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, *Eon c. France*, 14 mars 2013.

³⁴ BURGORGUE-LARSEN (2010), 149.

³⁵ ROSOUX (2015a), 479-493.

mutuellement et participant au respect de la Convention.³⁶ *D'autre part*, l'invocation «en substance» au cœur de la règle d'épuisement des voies de recours internes, combinée avec l'autorité de chose interprétée³⁷ des arrêts de Strasbourg, participe à la *conventionnalisation*³⁸ de tout raisonnement sur les droits fondamentaux, en incitant le juge national à «tenir compte» de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, comme référent substantiel.

3. L'ARTICULATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Alors que le droit communautaire avait, initialement, une vocation essentiellement économique, la Cour de justice va développer une jurisprudence concevant les droits fondamentaux comme des principes généraux du droit communautaire, dont elle assure le respect (A). Parallèlement à cette jurisprudence, consacrée dans l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient plusieurs clauses d'articulation: l'article 53 de la Charte, interprété par l'arrêt *Melloni* (B), et l'article 52, § 3, de la Charte, qui fait écho à la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme (C). Enfin, l'avis 2/13 de la Cour de justice concernant l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme évoque de nombreux éléments relatifs à l'articulation des deux Europe (D).

3.1. *Les droits fondamentaux comme principes généraux du droit de l'Union européenne ou l'importation de droits fondamentaux*

Un des plus beaux exemples de «dématérialisation» des droits fondamentaux est sans aucun doute constitué par la jurisprudence de la Cour de justice érigeant les droits fondamentaux – notion en bloc, évoquée telle quelle, de manière indéfinie – comme des *principes généraux du droit de l'Union européenne*.³⁹ Par cette jurisprudence, créée au début des années 70,⁴⁰ la Cour de justice palliait le lacunisme des textes communautaires, en dotant l'Europe économique d'un corpus

³⁶ ROSOUX (2007), 773-774.

³⁷ ROSOUX (2015a), 502-503 ; ROSOUX (2017), n° 22-23.

³⁸ ROSOUX (2015a), 497-499 et 502-505.

³⁹ BAILLEUX (2009), 54-74 ; BRYDE (2010) ; KUMM (2010) ; VAN MEERBEECK (2012) ; MELCHIOR (1979) ; ROSOUX (2015a), 633-646 ; TINIERE (2007), 30-55 et 64-98 ; TRIDIMAS (2006), 298-369 ; TRIDIMAS (2010).

⁴⁰ C.J.U.E., arrêts *Stauder*, 12 novembre 1969, C-29/69, pt 7 (référence aux «droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect») ; *Internationale Handelgesellschaft*, 17 décembre 1970, C-11/70, pts

prétorien de droits fondamentaux, indispensable à la légitimité de l'ordre juridique communautaire, tout en *étendant sa compétence juridictionnelle* au contrôle du respect de ces droits fondamentaux, qu'elle a elle-même élevés au rang de ses propres normes de référence. Cette création prétorienne apparaissait comme une nécessité face à la menace des juridictions constitutionnelles allemande et italienne d'exercer elles-mêmes ce contrôle⁴¹ et, partant, de remettre en cause la primauté du droit de l'Union: parce qu'il fallait qu'*un juge* veille au respect des droits fondamentaux par le droit communautaire, la Cour de justice a préféré accomplir elle-même cette mission, plutôt que la déléguer.

Mais afin de donner une consistance à ces droits fondamentaux comme principes, non écrits voire éthérés, la Cour de justice les a rattachés à des sources *extérieures* à l'Union européenne, en les situant dans la lignée des «traditions constitutionnelles communes» ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme qui revêt, à cet égard, une «signification particulière»: ⁴² cette «signification particulière» permet au juge de l'Union de fonder des raisonnements sur la Convention, et notamment sur des précédents strasbourgeois.⁴³ Les droits fondamentaux *intégrés* dans le droit de l'Union par le prisme des principes généraux ont ainsi des *racines textuelles nationales et européennes*. Ce faisant, la Cour de justice *importe*, dans le droit de l'Union, des droits fondamentaux provenant d'*autres* systèmes de protection en les transformant en éléments *du* droit de l'Union, ce qui lui permet de *mettre en balance*, à un même niveau de fondamentalité et au sein du seul et même ordre juridique communautaire, des droits fondamentaux conçus comme «principes généraux» avec les classiques libertés européennes de circulation.⁴⁴

La jurisprudence concevant les droits fondamentaux comme principes généraux du droit de l'Union sera avalisée, «matérialisée», par l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne,⁴⁵ *en parallèle* à l'avènement juridique de la Charte des droits fondamentaux. Le prisme des principes généraux du droit de l'Union conserve en effet une utilité et une complémentarité avec la Charte, dès lors que

2-4 (référence aux «traditions constitutionnelles communes»); *Nold*, 14 mai 1974, C-4/73, pt 13 (référence aux instruments internationaux comme «indications» à prendre en compte).

⁴¹ Arrêt *Solange I* de 1974 de la Cour constitutionnelle allemande et arrêts *Frontini* et *Granital* de 1973 de la Cour constitutionnelle italienne.

⁴² C.J.U.E., arrêt *ERT*, 18 juin 1991, C-260/89, pt 41.

⁴³ *BRYDE* (2010), 126-127; *ROSOUX* (2015a), 638-640.

⁴⁴ C.J.U.E., arrêts *Schmidberger*, 12 juin 2003, C-112/00, *Omega Spielhallen*, 14 octobre 2004, C-36/02, *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, C-208/09; *ROSOUX* (2015a), 641-646.

⁴⁵ *ROSOUX* (2015a), 646-660.

les principes généraux confèrent à la Cour de justice, par leur caractère non écrit et malléable, une liberté d'appréciation plus large que le texte de la Charte des droits fondamentaux.⁴⁶

En consacrant la jurisprudence de la Cour de justice, l'article 6, § 3, du TUE confirme expressément les traditions constitutionnelles communes ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme comme fondements des principes généraux du droit de l'Union,⁴⁷ avalisant ainsi le rôle de ces *sources externes* à l'Union, dans le processus d'*inférence* des droits fondamentaux, principes généraux de l'ordre juridique de l'Union.

3.2. *L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux et l'arrêt Melloni de la Cour de justice*

L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux entretient avec l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme des relations *en trompe l'œil*: ces deux articles, à la numérotation identique et aux énoncés à l'écho faussement semblable⁴⁸ s'inscrivent en effet dans les logiques, distinctes, poursuivies par les deux Europe.⁴⁹

À l'instar de l'article 53 de la Convention, l'article 53 de la Charte constitue une clause d'articulation «externe» des droits fondamentaux, qui *tient compte de l'existence* d'autres systèmes de protection des droits fondamentaux, auxquels la Charte ne tend pas à se substituer, révélant ainsi une approche *globale* de la protection des droits fondamentaux. Toutefois, la Charte s'intègre elle-même dans un système juridique poursuivant des objectifs autres que la protection des droits fondamentaux. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme ne tend qu'à garantir un niveau de protection de certains droits fondamentaux, dans le seul contexte de cette Europe des libertés, l'Union européenne tend quant à elle à dupliquer une forme d'ordre juridique complet, dans un contexte juridique dépassant le cadre des droits fondamentaux. L'*unicité d'objectif* de la Convention européenne des droits de l'homme face à l'*ambition plurielle* de l'Union européenne explique dès lors que les droits fondamentaux soient envisagés de manière différente du côté de la Cour de Strasbourg ou du côté de la Cour de Luxembourg.

⁴⁶ ROSOUX (2015a), 649-652.

⁴⁷ ROSOUX (2015a), 652-660.

⁴⁸ ROSOUX (2015a), 599-608. Voy. aussi BERING LIISBERG (2001) ; LENAERTS (2013).

⁴⁹ ROSOUX (2015a), 614-623.

Cette différence d'approche s'est traduite dans l'arrêt *Melloni*,⁵⁰ par lequel la Cour de justice s'est prononcée sur la portée de l'article 53 de la Charte. Cet arrêt soulevait la question de savoir si la protection constitutionnelle espagnole du droit au procès équitable, potentiellement plus large que celle de la Charte, pouvait limiter le processus d'harmonisation européenne en matière mandat d'arrêt européen.⁵¹ De manière peu étonnante, la Cour de justice a précisé le jeu de l'article 53 de la Charte en l'assortissant de «contre-limites»: les systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux continuent à exister en parallèle avec celui organisé au niveau de la Charte *si et seulement si* (1) le niveau de protection de la Charte est respecté et (2) cette protection nationale ne met pas en péril «la primauté, l'unité et l'effectivité» du droit de l'Union, élevées au rang de «trinité principale».⁵²

Dans l'arrêt *Melloni*, que nous considérons comme le pendant «substantiel»⁵³ de l'arrêt «procédural» *Melki*,⁵⁴ la Cour de justice confirme que l'article 53 de la Charte n'admet l'existence des autres systèmes de protection, dans le champ d'application large du droit de l'Union – tel qu'éclairé par l'arrêt *Åkerberg Fransson*,⁵⁵ rendu le même jour – que dans la mesure où ils respectent la protection des

⁵⁰ C.J.U.E., arrêt *Melloni*, 26 février 2013, C-399/11: ALKEMA et al. (2015) ; BESSELINK (2014) ; DUBOUT (2013) ; ROSOUX (2015a), 608-614 ; TORRES PÉREZ (2014).

⁵¹ M. Melloni, condamné par défaut en Italie pour faillite frauduleuse, avait été arrêté en Espagne et contestait sa remise aux autorités italiennes. L'article 24, § 2, de la Constitution espagnole, garantissant le droit au procès équitable, était interprété par le tribunal constitutionnel espagnol comme subordonnant une extradition en cas de condamnation par défaut à la possibilité de pouvoir contester la condamnation, alors que l'article 4bis de la décision-cadre de 2009 relative au mandat d'arrêt européen avait, dans un objectif d'harmonisation, supprimé la possibilité de refuser d'exécuter le mandat européen lorsque la personne condamnée par défaut a été dûment informée et s'est fait représenter en justice, ce qui était le cas en l'espèce. Le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par la Constitution espagnole, risquait dès lors d'entraver l'harmonisation décidée au niveau européen. Après l'arrêt *Melloni*, le tribunal constitutionnel espagnol modifiera son interprétation du droit au procès équitable, tel qu'il est garanti par la Constitution espagnole.

⁵² DUBOUT (2013), 311.

⁵³ ROSOUX (2015a), 618.

⁵⁴ Voy. *infra*, n° 88-90.

⁵⁵ C.J.U.E., arrêt *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10. Le litige concernait la compatibilité avec le principe *non bis in idem* d'un possible cumul de sanctions pénales et fiscales, pour fraude fiscale, notamment à la TVA. Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré que la question soulevée entrait dans le champ d'application du droit de l'Union, dès lors qu'une poursuite pour fraude à la TVA relève de la mise en œuvre de directives européennes, ainsi que de l'article 325 du TFUE (pt 27). Dans ses conclusions du 12 juin 2012, l'avocat général P. Cruz Villalón suggérait quant à lui de conclure à l'incompétence de la Cour, le lien avec le droit de

droits fondamentaux découlant de la Charte, et dans la mesure où ils n'entravent pas les *autres* objectifs de l'Union ; dans toute autre hypothèse, c'est la logique hiérarchique de primauté du droit de l'Union qui l'emporte. Les droits fondamentaux sont dès lors traités comme tout autre domaine d'action relevant du droit de l'Union.

3.3. *L'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux ou l'assimilation de droits fondamentaux*

Afin d'assurer la cohérence avec la Convention européenne des droits de l'homme, dont la Charte s'est inspirée, l'article 52, § 3, de la Charte⁵⁶ pose le principe selon lequel, pour les droits « correspondants » de la Charte et de la Convention, « leur sens et leur portée sont les mêmes », sans préjudice d'une protection plus large offerte par la Charte. Cette clause d'*assimilation* « *substantielle* »⁵⁷ fait ainsi écho à la « protection équivalente » de la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme,⁵⁸ la notion conventionnelle de « protection équivalente » ayant cependant une vocation substantielle mais aussi et surtout procédurale,⁵⁹ traduisant la confiance accordée à la Cour de justice comme « pair » de la Cour de Strasbourg.

L'article 52, § 3, de la Charte *aligne le contenu* des droits de la Charte sur celui des droits « correspondants »⁶⁰ de la Convention : cette clause de concordance permet ainsi de guider les interprètes de la Charte – la Cour de justice, mais aussi les juges nationaux – en les invitant à s'inspirer de la Convention, et à utiliser la jurisprudence de Strasbourg, à laquelle se réfèrent expressément les explications

l'Union étant selon lui trop tenu (pts 56-64). Sur le fond, la Cour de justice a estimé que l'article 50 de la Charte ne s'opposait pas à un cumul de sanctions pénales et fiscales, pour autant que la sanction fiscale ne revête pas un caractère pénal, « ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier » (pt 37) ; le juge national pourrait éventuellement, sur la base de ses standards nationaux, censurer le cumul de ces deux types de sanctions, pour autant que la sanction finale conserve une portée dissuasive (pt 36) : ROSOUX (2015a), 595-598 et 789-794.

⁵⁶ BRATZA (2013), 175-181 ; BURGOGNE-LARSEN (2005) ; GROUSSOT et GILL-PEDRO (2013) ; MALHIÈRE (2013), 1537 ; ROSOUX (2015a), 781-797 ; TINIÈRE (2012).

⁵⁷ Se rattache aussi au raisonnement d'assimilation l'article 52, § 4, de la Charte, qui consacre les traditions constitutionnelles communes comme sources d'inspiration de certains droits garantis par la Charte : ROSOUX (2015a), 798-803.

⁵⁸ Cour E.D.H., arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005 ; CALLEWAERT (2007) ; DE SCHUTTER (2013) ; ROSOUX (2015a), 768-777 ; TAVERNIER (2013).

⁵⁹ ROSOUX (2015a), 774-775.

⁶⁰ Su les listes de ces droits « correspondants » : ROSOUX (2015a), 785-787.

de la Charte,⁶¹ pour définir les contours des droits correspondants de la Charte. Se dégage ainsi une conception *globale* des droits «correspondants» de la Charte et de la Convention, dans laquelle, *l'un, c'est l'autre*. L'identité de sens et de portée, établie par principe dans l'article 52, § 3, de la Charte autorise à *substituer un contenu à l'autre* et à puiser, dans la jurisprudence de Strasbourg, des précédents «croisés»,⁶² applicables à un *autre* système de protection, en l'espèce la Charte de l'Union européenne.

La finale de l'article 52, § 3, prévoit, en outre, que la Charte peut offrir une protection additionnelle par rapport à la Convention,⁶³ mais, *a contrario, pas moindre*, garantissant ainsi que les garanties de la Convention constituent *un seuil d'exigence* sur lequel la Charte *doit* se calquer, mais qu'elle *peut* dépasser. Cette précision constitue, selon nous, la fermeture de la boucle du raisonnement induit par l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme.⁶⁴ la protection additionnelle éventuelle de la Charte complète la Convention, qui indique un niveau d'exigence donné, sans se substituer aux autres systèmes de protection.

L'article 52, § 3 de la Charte assure ainsi une *mise à jour continuée* des droits correspondants de la Charte, par un alignement sur la jurisprudence de Strasbourg, toute évolution dans le sens d'une protection accrue des droits de la Convention devant, en principe, se répercuter immédiatement sur le sens des droits correspondants de la Charte.⁶⁵

3.4. *L'avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*

Présentée comme le «chaînon manquant»⁶⁶ indispensable à la cohérence des deux Europe et à la légitimité de l'Union, l'adhésion programmée⁶⁷ de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme a vu ses ailes cou-

⁶¹ Les explications de la Charte confirment donc la fonction normative reconnue à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: ROSOUX (2015a), 783-784 ; ROSOUX (2017), n° 26.

⁶² ROSOUX (2015a), 321-322 et 788-789 ; ROSOUX (2016b), 95-117.

⁶³ ROSOUX (2015a), 794-799.

⁶⁴ ROSOUX (2015a), 796.

⁶⁵ ROSOUX (2015a), 797.

⁶⁶ CALLEWAERT (2013), 9.

⁶⁷ La modification des traités, que l'avis 2/94 du 28 mars 1996 jugeait indispensable à l'adhésion, a été opérée dans l'article 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne, inséré par le Traité de Lisbonne, et dans l'article 59 de la Convention européenne des droits de l'homme, modifié par le Protocole additionnel n° 14.

pées suite à l'avis 2/13, négatif, de la Cour de justice, rendu le 18 décembre 2014. Dans cet avis,⁶⁸ la Cour de justice a notamment critiqué l'articulation *substantielle* de la Charte et la Convention et l'articulation *procédurale* des saisines des Cours de Strasbourg et Luxembourg.

En ce qui concerne l'articulation substantielle de la Charte et de la Convention, la Cour de justice érige l'arrêt *Melloni* comme une condition implicite de l'adhésion de l'Union à la Convention.⁶⁹ Soulignant l'*absence d'articulation* entre les deux articles 53 de la Charte et de la Convention, la Cour de justice estime en effet ne disposer d'aucune garantie que sa jurisprudence *Melloni* ne sera pas indirectement censurée par la Cour de Strasbourg.

Cette crainte n'est toutefois pas, selon nous, justifiée. En effet, si l'on part de la prémisse que la protection constitutionnelle espagnole de l'affaire *Melloni* était *plus large* que celle de l'article 6 de la Convention, sur lequel les articles 47 et 48 de la Charte *se calquent* en application de l'article 52, § 3, de la Charte, cela signifie que si l'article 6 de la Convention est respecté, la saisine de la Cour de Strasbourg sera inutile, celle-ci rappelant qu'elle ne contrôle *pas* une protection constitutionnelle additionnelle aux droits de la Convention.⁷⁰ L'éventuelle atteinte que la primauté du droit de l'Union porterait à une protection nationale additionnelle à la Convention ne pourrait donc *pas* être censurée par la Cour européenne des droits de l'homme, même sur la base de l'article 53 de la Convention, puisque cette disposition ne confère à cette dernière aucune compétence pour veiller au respect d'une protection nationale qui dépasse les exigences conventionnelles.⁷¹ À l'instar de la doctrine, l'avis 2/13 procède d'une lecture sans doute trop extensive de la portée de l'article 53 de la Convention.⁷²

En ce qui concerne l'articulation procédurale des saisines de Strasbourg et de Luxembourg, alors qu'avait été imaginé un mécanisme novateur d'« implication préalable »,⁷³ accentuant le principe de subsidiarité en garantissant la saisine prioritaire de la Cour de justice par un système *sui generis* distinct de l'épuisement préalable des voies de recours internes, la Cour de justice va estimer que ce mécanisme ne lui offre pas de garanties suffisantes quant à son intervention *première*.⁷⁴

⁶⁸ ALKEMA et al. (2015), 17-20 ; ROSOUX (2015a), 471-475 ; SPAVENTA (2015).

⁶⁹ ROSOUX (2015a), 624-626.

⁷⁰ Cour E.D.H., arrêt *Lucky Dev c. Suède*, 27 novembre 2014, évoqué *supra*, 76.

⁷¹ ROSOUX (2015a), 525-526.

⁷² ROSOUX (2015a), 551-552.

⁷³ ROSOUX (2015a), 461-471.

⁷⁴ Avis 2/13, pts 236-248 ; ROSOUX (2015a), 473-475.

Cet avis confirme que la structuration *temporelle* de la saisine des deux Cours européennes constitue un enjeu de pouvoir dans le contrôle des droits fondamentaux, le pouvoir du «premier mot»⁷⁵ remplaçant progressivement celui du «dernier mot».

L'absence d'articulation des mécanismes de renvoi préjudiciel à Luxembourg et de consultation à Strasbourg a également été fustigée par la Cour de justice qui estime, dans l'avis 2/13, que le Protocole additionnel n° 16 pourrait porter atteinte à l'autonomie et l'efficacité du renvoi préjudiciel à Luxembourg,⁷⁶ se méfiant des juridictions suprêmes nationales qui pourraient *contourner* la compétence de la Cour de justice, en consultant la Cour de Strasbourg à l'égard d'une question portant sur le droit de l'Union. Ce concours des saisines préjudicielles des deux Cours européennes est toutefois indépendant de l'adhésion: lorsque le Protocole additionnel n° 16 sera en vigueur, ces deux mécanismes européens *coexisteront* dans les pays de l'Union qui auront ratifié ce Protocole additionnel, et ce *avec ou sans* adhésion de l'Union à la Convention.⁷⁷ Or, le renvoi préjudiciel à Luxembourg tout comme le futur système d'avis facultatif de la Cour de Strasbourg influencent le raisonnement portant sur les droits fondamentaux: ils invitent en effet à envisager «en substance» un grief pris de la violation d'un droit fondamental garanti par un texte déterminé, afin de pouvoir lui substituer éventuellement un *autre* grief, rattaché, respectivement, au droit de l'Union ou au droit de la Convention. Autrement dit, l'intérêt de pouvoir enclencher la compétence d'une juridiction européenne déterminée peut conduire à vouloir «dématérialiser» un droit fondamental afin de le rattacher à un texte déterminé, relevant de la compétence de cette juridiction.

4. L'ARTICULATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN BELGIQUE

La Belgique constitue un excellent laboratoire d'analyse de l'articulation des droits fondamentaux: il existe en Belgique un mécanisme légal de priorité du contrôle du juge constitutionnel, analogue à la question prioritaire de constitutionnalité française, éclairée par l'arrêt *Melki (A)*, et la Cour constitutionnelle belge a développé une jurisprudence «audacieuse» permettant d'articuler le contenu des différentes dispositions garantissant un droit fondamental analogue (*B*).

⁷⁵ DUBOUT (2013), 303.

⁷⁶ Avis 2/13, pts 196-200: ROSOUX (2015a), 475-478.

⁷⁷ Souligné par l'avocat général Kokott dans sa prise de position du 13 juin 2014, pt 140.

4.1. *La priorité chronologique du contrôle du juge constitutionnel belge et l'arrêt Melki de la Cour de justice*

En Belgique, le contrôle incident du respect des droits fondamentaux, par les normes législatives, est formellement réparti *sur la base de l'origine textuelle* du droit fondamental invoqué entre, d'une part, un contrôle *diffus* de conventionnalité des lois, appartenant à tout juge, et, d'autre part, un contrôle *concentré* de constitutionnalité des lois, relevant de la Cour constitutionnelle. Pour résoudre cette concurrence juridictionnelle – baptisée par la doctrine belge le « concours de droits fondamentaux »⁷⁸ –, l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, inséré en 2009,⁷⁹ établit une architecture des contrôles incidents de constitutionnalité et de conventionnalité, dans laquelle la *priorité temporelle* est accordée, en principe, à la question de constitutionnalité. Cette structuration chronologique des compétences juridictionnelles *internes* traduit un principe de subsidiarité temporelle, comme le fait au niveau européen l'épuisement préalable des voies de recours internes.

Cette disposition belge, qui a inspiré la QPC française,⁸⁰ est analysée à travers le prisme de la « dématérialisation » et l'impact de l'arrêt *Melki* de la Cour de justice.

Ainsi, dans la détermination de son champ d'application, l'article 26, § 4, révèle une approche dématérialisée des droits fondamentaux, dans laquelle ce qui importe est l'invocation *substantielle* d'un « droit fondamental »,⁸¹ indépendamment du texte fondant ce droit,⁸² le juge saisi étant même tenu de vérifier d'*office*⁸³ l'existence d'une « analogie »⁸⁴ entre la Constitution et une disposition conventionnelle. Par ailleurs, le juge saisi peut se délier de toute obligation d'interroger le juge constitutionnel s'il conclut, en se fondant sur un arrêt antérieur d'une juridiction internationale, à une *violation manifeste* de la disposition conventionnelle.⁸⁵ Cette exception, qualifiée de théorie de l'« acte éclairé », autorise ainsi

⁷⁸ VELAERS (2006), 127.

⁷⁹ Loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 31 juillet 2009. L'article 26, § 4, alinéa 1^{er}, a ensuite été modifié, dans un objectif de clarification après l'arrêt *Melki*, par l'article 8 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi [spéciale] du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 15 avril 2014: ROSOUX (2015a), 246-251.

⁸⁰ CASSIA (2010), 481-482 ; MOONEN (2011), 121 ; ROSOUX (2015a), 221-225.

⁸¹ ROSOUX (2015a), 261-264.

⁸² ROSOUX (2015a), 272-292.

⁸³ ROSOUX (2015a), 290-292.

⁸⁴ ROSOUX (2015a), 264-272.

⁸⁵ Article 26, § 4, alinéa 2, 3^o, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle: ROSOUX (2015a), 315-322.

tout juge belge à raisonner *par analogie* et à censurer une norme législative en se fondant sur un arrêt qui acquiert une valeur de précédent « croisé », dont l'enseignement peut être *importé* d'un système de protection à un autre.⁸⁶

L'arrêt *Melki*⁸⁷ de la Cour de justice constitue cependant une contrainte à l'égard de la répartition interne du contentieux des droits fondamentaux. En effet, si elle valide, sous conditions,⁸⁸ une structuration chronologique des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, la jurisprudence *Melki* impose que les juges ordinaires restent libres d'interroger à tout moment la Cour de justice, mais aussi d'exercer, *après* la réponse de la Cour constitutionnelle, un contrôle additionnel du respect du droit de l'Union, éventuellement en *s'écartant* de la décision de la juridiction constitutionnelle.⁸⁹ Alors que l'article 26, § 4, révèle une approche dématérialisée des droits fondamentaux, l'incourtournable respect du renvoi préjudiciel à la Cour de justice et de l'effectivité du droit de l'Union, garantie par tout juge national, impose de toujours identifier ce qui relève du droit de l'Union, et, partant, s'oppose à la « dématérialisation » des droits fondamentaux.

4.2. L'« ensemble indissociable » ou l'audace du juge constitutionnel belge

Le titre II de la Constitution belge, au texte quasi inchangé depuis 1831, protège les droits fondamentaux des Belges⁹⁰ ; dans ce contexte, aucune disposition constitutionnelle ne règle l'articulation substantielle des droits fondamentaux organisée, dès lors, par la jurisprudence, et plus particulièrement la jurisprudence constitutionnelle.⁹¹

⁸⁶ Voy. *supra*, 85.

⁸⁷ C.J.U.E., arrêt *Melki et Abdeli*, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10 (concernant la QPC française), implicitement étendu à la règle de priorité belge dans l'ordonnance *Chartry c. État belge*, 1^{er} mars 2011, C-457/09: BOMBOIS (2012) ; BOSSUYT et VERRIJDT (2011) ; ROSOUX (2015a), 232-246 ; VELAERS (2012).

⁸⁸ Le dispositif de l'arrêt *Melki* contient trois conditions, rappelant les jurisprudences *Rheinmühlen* et *Simmmenthal*, mais ses motifs révèlent une quatrième condition consacrant la compétence prioritaire de la Cour de justice en cas de transposition d'une directive européenne (pts 55-57). En ce qui concerne la saisine de la Cour constitutionnelle autrichienne: C.J.U.E., arrêt *A c. B e.a.*, 11 septembre 2014, C-112/13.

⁸⁹ La primauté du droit de l'Union permet ainsi d'éroder l'autorité des hautes juridictions nationales, mais aussi d'accentuer l'autorité de la jurisprudence de la Cour de justice, voy. BERTRAND (2011), 374-376.

⁹⁰ ROSOUX (2015a), 727-731. Sur le projet d'une clause constitutionnelle inspirée de l'article 52, § 3, de la Charte: ROSOUX (2015a), 804-814.

⁹¹ ROSOUX (2016b), 117-140.

Depuis l'arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990,⁹² la Cour constitutionnelle belge accepte de prendre en compte, dans son contrôle de constitutionnalité, des dispositions conventionnelles garantissant des droits fondamentaux, « combinées » avec ses normes de référence, notamment les articles 10 et 11 de la Constitution belge garantissant le principe d'égalité et de non-discrimination. Ce raisonnement « combinatoire » *intégrer*⁹³ ainsi, depuis 1990, le respect de droits fondamentaux *conventionnels* dans le principe *constitutionnel* d'égalité et de non-discrimination.

En 2004, la juridiction constitutionnelle belge a franchi un pas supplémentaire en développant un raisonnement qui considère que les textes constitutionnels et conventionnels garantissant des droits fondamentaux *analogues* constituent un « ensemble indissociable ».⁹⁴ Par l'« indissociabilité » de l'ensemble qu'elle postule, cette jurisprudence a des implications directes sur les contours des droits fondamentaux, puisqu'elle autorise le juge constitutionnel non seulement à intégrer⁹⁵ ou assimiler,⁹⁶ mais aussi à cumuler⁹⁷ voire à *fusionner* les garanties constitutionnelles et conventionnelles afférentes à un droit fondamental analogue.

La protection du droit de propriété⁹⁸ constitue certainement l'illustration paradigmatique d'une « fusion » de garanties, découlant de la notion d'« ensemble indissociable ». Alors que l'article 16 de la Constitution belge contient la garantie d'une juste et préalable indemnité en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique et impose l'intervention d'un législateur formel pour déterminer les cas et conditions de cette expropriation, l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme protège de manière plus large le « respect des biens », mais sans garantir une complète et préalable indemnité en cas d'expropriation, ni un principe de légalité formelle. Bien que ces textes ne protègent pas de la même façon le droit de propriété, la Cour constitutionnelle belge les envisage comme un « ensemble indissociable », de sorte qu'elle peut *fusionner* les garanties afférentes à chacune de ces dispositions et allier ainsi leurs spécificités.⁹⁹ Cette « audace » peut être louée ou critiquée, mais elle n'en constitue pas moins la conséquence inéluctable de la notion d'« ensemble indissociable ».

⁹² C. const. b., n° 18/90 du 23 mai 1990, B.11.3; ROSOUX (2015a), 140-144 et 687-688.

⁹³ ROSOUX (2015a), 679-696.

⁹⁴ Voy. *supra*, 72-73.

⁹⁵ ROSOUX (2015a), 713-760.

⁹⁶ ROSOUX (2015a), 815-847.

⁹⁷ ROSOUX (2015a), 865-871.

⁹⁸ ROSOUX (2015a), 873-894 ; ROSOUX (2016b), 129-131.

⁹⁹ ROSOUX (2015a), 885-894. La juridiction constitutionnelle va ainsi accepter de « mixer » la garantie de légalité formelle de l'article 16 de la Constitution avec la notion conventionnelle de

5. CONCLUSIONS

Dégageant les conclusions¹⁰⁰ de cette «radiographie» du raisonnement portant sur les droits fondamentaux, opérée à travers le prisme de la notion, figurative, de «dématérialisation» des droits fondamentaux, nous avons constaté un *dilemme irréductible* entre, d'une part, la tentation de «dématérialisation» et le désir de concevoir les droits fondamentaux comme un tout cohérent et, d'autre part, la nécessité de respecter, *juridiquement*, les limites des compétences des différents juges des droits fondamentaux, et spécialement l'incontournable compétence de la Cour de justice de l'Union européenne.¹⁰¹

Au cœur de cette tension, transparait néanmoins la *convergence dans la fragmentation*: malgré l'éclatement de la protection des droits fondamentaux, entre des recours multiples et des sources répétées, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de l'Union européenne, ainsi que le droit national belge, traduisent *tous trois*, tant dans leurs clauses d'articulation que dans leurs jurisprudences respectives, une même conception globale, *holistique*, substantielle, des droits fondamentaux, domaine particulièrement adapté au modèle hétérarchique de droit «en réseau».¹⁰² Transparait en effet une *communauté* des modes de raisonnement portant sur ces droits fondamentaux, qui atténue l'importance des constituants, des législateurs et des textes garantissant ces droits au profit des juges, nationaux et européens, dialoguant *par-delà* les textes constitutionnels et conventionnels et élaborant *une* jurisprudence des droits fondamentaux, marqués par leur porosité. Une approche «dématérialisée» des droits fondamentaux autorise ainsi le juge à *glisser* d'une disposition à une autre, et plus précisément d'une jurisprudence à l'autre, dans une immense valse de *précédents «croisés»*, la tradition romano-germanique de droit écrit étant remplacée par une logique de *common law* des droits de l'homme.

De la rencontre des lignes courbes des *multiples sources et jurisprudences*, constitutionnelles et conventionnelles, émergent alors les contours variables de droits fondamentaux, indissociablement liés à l'essor du juge. Ce sont, dès lors,

«biens» au sens de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention, en considérant qu'une restriction du droit de propriété qui ne constitue *pas* une expropriation doit néanmoins être organisée par un législateur formel.

¹⁰⁰ ROSOUX (2015a), 907-934.

¹⁰¹ Les contraintes procédurales et substantielles du droit de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux découlant, respectivement, des arrêts *Melki* et *Melloni*: ROSOUX (2015a), 926.

¹⁰² ROSOUX (2015a), 903-906. Voy. aussi BAILLEUX (2014b) ; OST et VAN DE KERCHOVE (2002).

des nuages,¹⁰³ au sommet de pyramides tronquées,¹⁰⁴ qui représentent le mieux, selon nous, la protection actuelle des droits fondamentaux.

6. BIBLIOGRAPHIE

- ALKEMA, E. A., VAN DER HULLE, R. et VAN DER HULLE, R. (2015). «Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *E.H.R.L.R.*, 8-20.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. (2002). «L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national – Vers un contrôle de 'fondamentalité' ?», *R.F.D.A.*, 124-138.
- BAILLEUX, A. (2009). *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire – Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 733 p.
- BAILLEUX, A. (2014). «Human rights in network – Les droits de l'homme en réseau», *J.E.D.H.*, 293-325.
- BERING LIISBERG, J. (2001). «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law ? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot ?», Jean Monnet Working Paper 4/01, 58 pages (www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010401.html).
- BERTRAND, B. (2011). «La jurisprudence *Simmmenthal* dans la force de l'âge. Vers une complétude des compétences du juge national ?», *R.F.D.A.*, 367-376.
- BESSELINK, L. F.M. (2014). «The Parameters of Constitutional Conflict after Meloni», *E.L. Rev.*, 531-553.
- BOMBOIS, T. (2012). «Réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité et sa conformité au droit européen», *R.B.D.I.*, 486-500.
- BOMBOIS, T. (2015). «La 'discrimination à rebours' et son appréhension par la Cour constitutionnelle belge», in CARIAT, N. et NOWAK, J.-T. (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge*, Bruxelles, Bruylant, 341-396.
- BOSSUYT, M. et VERRIJDT, W. (2011). «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment», *Eu.Const.*, 355-391.
- BOSSUYT, M. (2012). «EU Law and constitutionally and internationally protected rights», in TANCHEV, E. (coord.), *Classical and modern trends in constitutional review*, Sofia, Feneya, 53-61.

¹⁰³ ROSOUX (2015a), 924 ; ROSOUX (2016a), 52.

¹⁰⁴ DELMAS-MARTY (1994), 16 et 90-113.

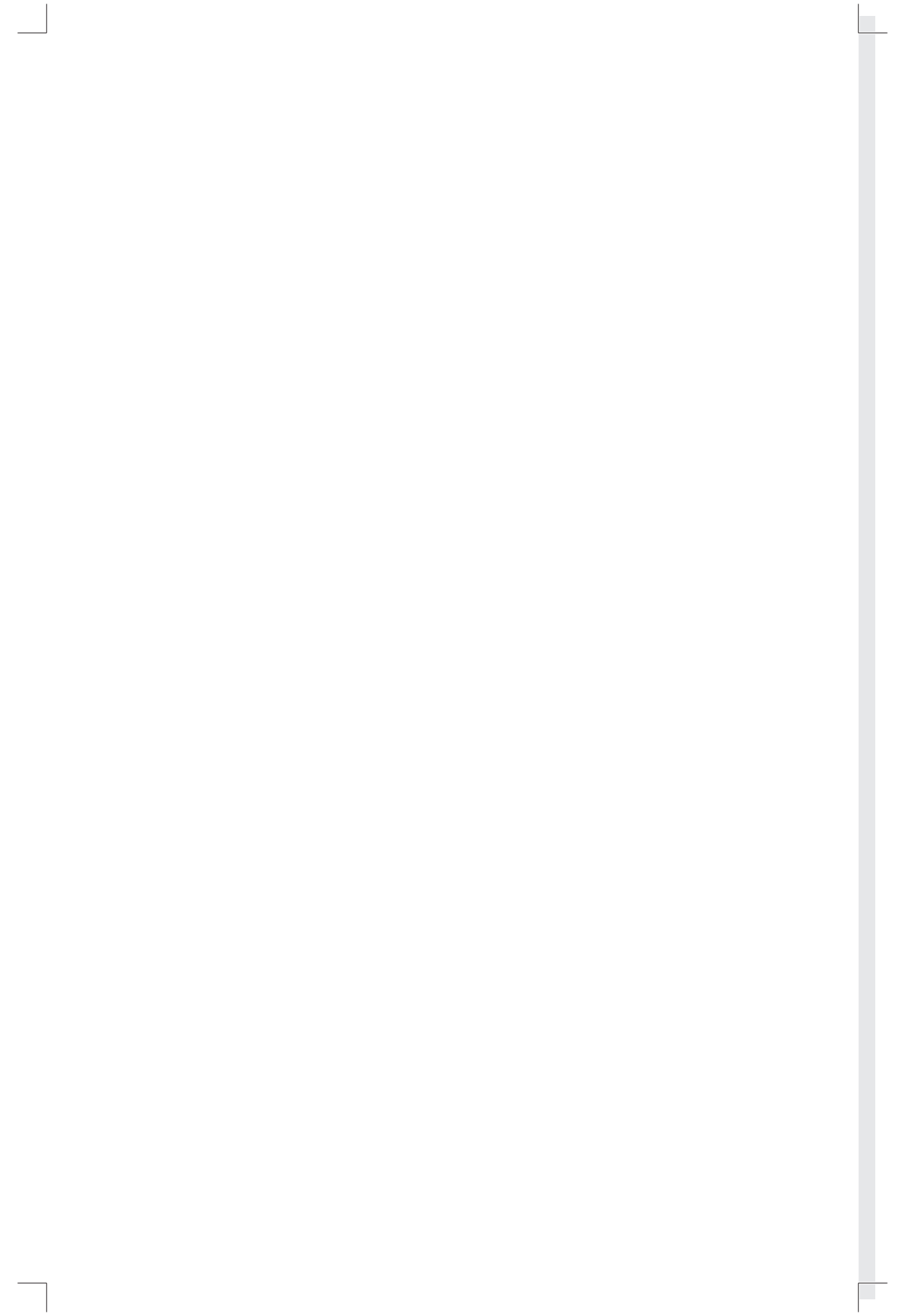
- BRATZA, N. (2013). «The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment», in ROSAS, A. et al (éd.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, La Haye, Asser Press, 167-181.
- BRYDE, B.-O. (2010). «The ECJ's fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism», in POIARES MADURO, M. et AZOULAI, L. (éd.), *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 119-129.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2010). «Le destin judiciaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – *Vices et vertus* du cosmopolitisme normatif», in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 145-173.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2014). «Subsidiarité et juges suprêmes nationaux, du contrôle de constitutionnalité à la collaboration juridictionnelle. Approche de droit comparé», in SUDRE, F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 301-330.
- CALLEWAERT, J. (2007). «Les voies de recours communautaires sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme: la portée procédurale de l'arrêt *Bosphorus*», in CAFLISCH, L. et al. (éd.), *Liber amicorum Luzius Wildhaber – Human rights, Strasbourg views. Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, Kehl, N.P. Engel, 115-131.
- CALLEWAERT, J. (2013). *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 109 p.
- CASSIA, P. (2010). «La priorité constitutionnelle française est-elle compatible avec l'immédiateté du droit de l'Union ?», *Rev. dr. ULg*, 479-492.
- CLOOTS, E. (2010), «Germs of Pluralist Judicial Adjudication: *Advocaten voor de Wereld* and Other References from the Belgian Constitutional Court», *C.M.L. Rev.*, n° 3, 645-672.
- DE MEYER, J. (1988). «Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne – Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 125-129.
- DE SCHUTTER, O. (2000). «La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme: la dimension procédurale», in VERDUSSEN, M. (dir.), *L'Europe et la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 63-130.
- DE SCHUTTER, O. (2013). «The Two Lives of *Bosphorus*: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention», *E.J.H.R.*, 584-624.

- DELMAS-MARTY, M. (1994). *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 306 p.
- DONNAY, L. (2013). «L'obligation incombant au juge de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, élément vaporeux du procès équitable (Cour E.D.H., *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, 20 septembre 2011)», *Rev. trim. dr. h.*, 887-908.
- DUBOUT, É. (2013). «Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel – *Réflexions autour de l'arrêt Melloni*», *C.D.E.*, 293-317.
- DU COULOMBIER, P. (2011), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 745 p.
- GERARDS, J. (2014). «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol N° 16 to the European Convention of Human Rights: A comparative and Critical Appraisal», *M.J.*, 630-651.
- GROSSOT, X. et GILL-PEDRO, E. (2013). «Old and new human rights in Europe: The scope of EU rights versus that of ECHR rights», in BREMS, E. et GERARDS, J. (éd.), *Shaping Rights in the ECHR – The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 232-258.
- KUMM, M. (2010). «*Internationale Handelsgesellschaft, Nold* and the New Human Rights Paradigm», in POIARES MADURO, M. et AZOULAI, L. (éd.), *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 106-118.
- LENAERTS, K. (2013). «The UE Charter of fundamental rights: scope of application and methods of interpretation», in KRONENBERG, V. et al. (coord.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins – Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 107-143.
- LIERMAN, S. (2014). «Law as a Complex Adaptive System: The Importance of Convergence in a Multi-Layered Legal Order», *M.J.*, 611-629.
- MALHIÈRE, F. (2013). «Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux: les juges et les rapports de systèmes», *R.D.P.*, 1523-1556.
- MARTENS, P. (2010). «La Cour constitutionnelle belge et les cours européennes», in BRIBOSIA, E. et al. (dir.), *L'Europe des cours – Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 323-331.
- VAN MEERBEECK, J. (2012). «Les principes généraux du droit de l'Union européenne», in HACHEZ, I. et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées – 1. Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthemis, 161-205.
- MELCHIOR, M. (1979). «Les principes généraux de droit en tant que fondement de la protection des droits de l'homme dans le cadre communautaire», in *Europa e*

- diritti umani*, Actes du colloque international organisé à Venise les 9-11 novembre 1979, Societa Italiana per l'organizzazione internazionale, 45-64.
- MOONEN, T. (2011). «Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle», *R.B.D.C.*, III-142.
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M. (2002). *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 597 p.
- PELIN RADUCU, I. (2014). *Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 567 p.
- PERNICE, I. (1999). «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited ?», *C.M.L. Rev.*, 703-750.
- PERNICE, I. (2009) «The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in Action», *Colum. J. Eur. L.*, vol. 15, 349-407.
- POPELIER, P. et VAN DE HEYNING, C. (2011). «Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité ?», in VERDUSSEN, M. et BONBLED, N. (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 495-536.
- POPELIER, P. et al. (éd.) (2013). *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Anvers, Intersentia, 310 p.
- ROSOUX, G. (2007). «La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel: une exhortation aux dialogues des juges – Commentaire de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme *D. c. Irlande* du 5 juillet 2006 et digression autour du mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle», *Rev. trim. dr. h.*, 757-822.
- ROSOUX, G. (2010). «Pensées sans ordre concernant la notion de 'droit fondamental'», in Liège, Strasbourg, Bruxelles: *parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 91-111.
- ROSOUX, G. (2015a). *Vers une «dématérialisation» des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 1069 p.
- ROSOUX, G. (2015b). «Vers une 'dématérialisation' des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge», *R.D.L.F.*, résumé de thèse n° 10 (<http://www.revuedlf.com/theses/vers-une-dematerialisation-des-droits-fondamentaux-convergence-des-droits-fonda->

- mentaux-dans-une-protection-fragmentee-a-la-lumiere-du-raisonnement-du-juge-constitutionnel-belge/).
- ROSOUX, G. (2015c). «Les droits fondamentaux, au carrefour de sources et de jurisprudences: vers une ‘dématérialisation’ des droits fondamentaux ?», *Administration Publique*, 408-419.
- ROSOUX, G. (2016a). «Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité des sources et de la pluralité des juges: vers une ‘dématérialisation’ des droits fondamentaux ?», *Rev. dr. ULg*, 5-52.
- ROSOUX, G. (2016b). «Les droits fondamentaux, dessinés par le juge constitutionnel – L’héritage de l’arrêt *Marckx* dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux», in BOUFFLETTE, S. (dir.), *La Cour constitutionnelle – De l’art de modeler le droit pour préserver l’égalité*, Limal, Anthemis, 2016, 75-144.
- ROSOUX, G. (2017). «Offensive de la Russie contre l’autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus: la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère ‘exécutoire’ d’un arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme – Commentaire autour de l’avis n° 832/2015 du 13 juin 2016 de la Commission de Venise», *Rev. trim. dr. h*, 53-88.
- SPAVENTA, E. (2015). «A very fearful Court ? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13», *M.J.*, 35-56.
- TAVERNIER, P. (2013). «De la protection équivalente. La jurisprudence *Bosphorus* à l’heure de l’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme», in *La Constitution, l’Europe et le droit – Mélanges en l’honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1003-1018.
- TINIÈRE, R. (2007). *L’office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 708 p.
- TINIÈRE, R. (2012). «La cohérence assurée par l’article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union. Le principe d’alignement sur le standard conventionnel pour les droits fondamentaux», in PICHERAL, C. et COUTRON, L. (dir.), *Charte des droit fondamentaux de l’Union européenne et Convention européenne des droit de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 3-19.
- TIZZANO, A. (2010). «La protection des droits fondamentaux/Dialogues croisés entre juridictions européennes et nationales», in BRIBOSIA, E. et al. (dir.), *L’Europe des cours – Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 289-301.
- TORRES PÉREZ, A. (2014). «*Melloni* in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *Eu.Const.*, 308-331
- TOUZÉ, S. (2014). «La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle», in SUDRE, F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit*

- de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 59-86.
- TRIDIMAS, T. (2006). *The General Principles of EU Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 591 p.
- TRIDIMAS, T. (2010). «Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy», in POIARES MADURO, M. et AZOULAI, L. (éd.), *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 98-105.
- VAN DE HEYNING, C. (2011), «No place like home – Discretionary space for the domestic protection of fundamental rights», in POPELIER, P. et al. (dir.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Anvers, Intersentia, 65-96.
- VAN DE HEYNING, C. (2013). «What role for the Constitutional judge in times of multilevel human rights protection ? The Money Laundering Directive as an example», in *Liberæ Cogitationes – Liber amicorum Marc Bossuyt*, Anvers, Intersentia, 769-785.
- VELAERS, J. (2006). «De toesting van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten – Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux», in ARTS, A. et al. (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruges, La Charte, 99-149.
- VELAERS, J. (2012). «The protection of fundamental rights by the Belgian Constitutional Court and the *Melki-Abdeli* judgment of the European Court of Justice», in CLAES, M. et al. (éd.), *Constitutional Conversations in Europe – Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 323-342.
- VERDUSSEN, M. (2012). «Interactions normatives et jurisprudentielles dans la protection des droits fondamentaux en Belgique: subsidiarité et circularité», in POTVIN-SOLIS, L. (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 495-507.
- WALKER, N. (2012). «Le constitutionnalisme multiniveaux», in TROPER, M. et CHAGNOLLAUD, D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel – 2. Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 441-462.



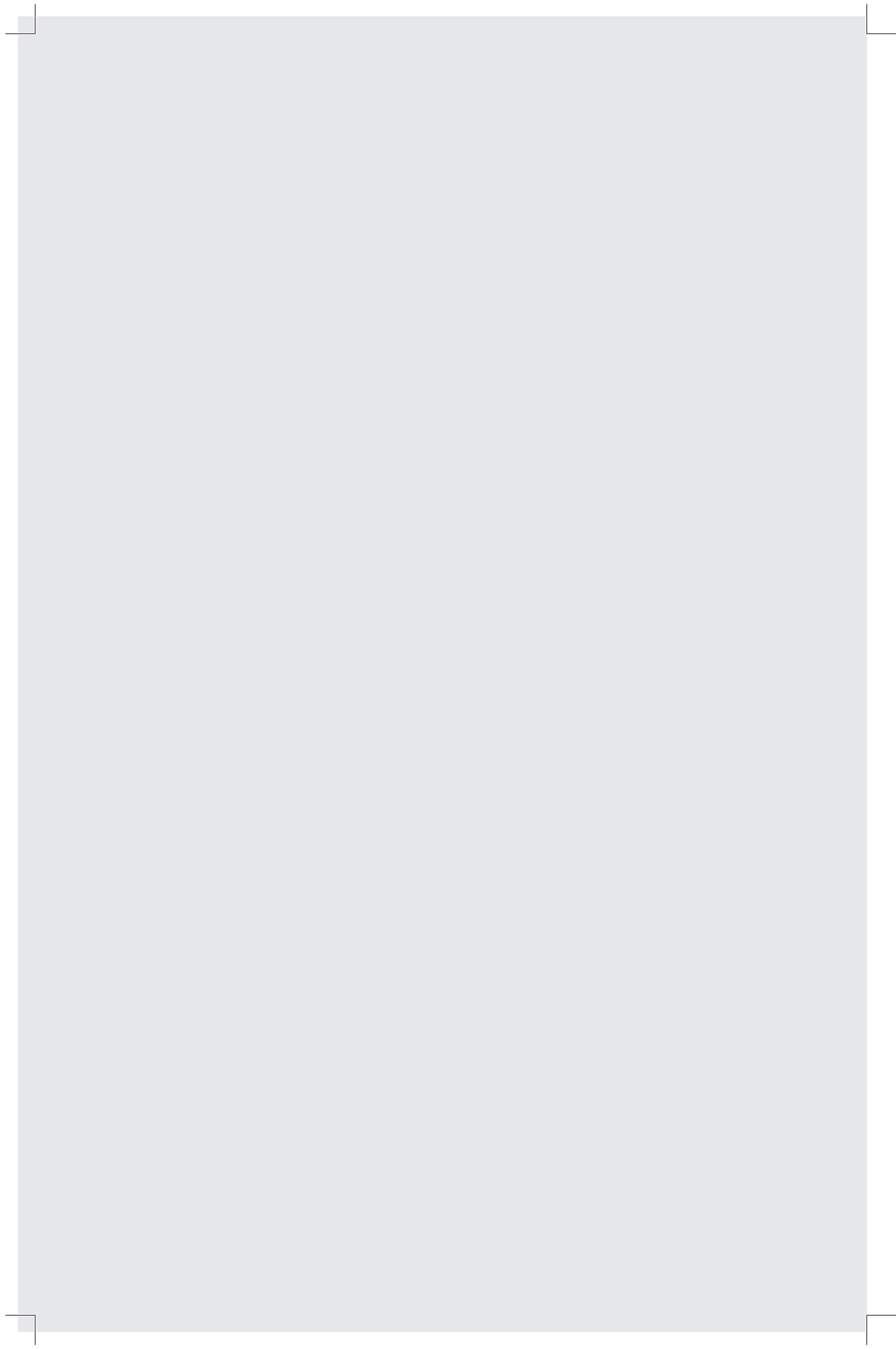
A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados.
Um problema de geometria viariável

Jorge Pereira da Silva¹

SUMARIO

1. Introdução.
2. Os múltiplos sentidos da vinculação dos privados.
3. A superação da dicotomia tradicional: eficácia mediata v. eficácia imediata.
4. A divisão em três grupos do universo dos direitos.
5. A autonomia em face dos deveres estaduais de protecção.
6. A conclusão possível.
7. Bibliografia.

¹ Este texto corresponde, com outra sistematização e com adaptações de conteúdo, ao que se escreveu em *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, pp. 87 ss. e 388 ss.



I. INTRODUÇÃO

Se há tema que, na dogmática jusconstitucional, tem vivido enredado em inúmeras incompreensões é o da comumente designada “vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias” – ou, numa designação mais abrangente e rigorosa, o tema da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados”. A primeira incompreensão é, desde logo, a de que se trata de um problema relativamente novo na história já longa dos direitos fundamentais, cujas raízes se encontram na jurisprudência dos tribunais de trabalho alemães da década de 70 do século passado – o que explicaria também a originalidade da sua consagração expressa na parte final do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição portuguesa de 1976.² Isto como se a primeira geração de direitos fundamentais não se designasse “direitos civis”, precisamente porque os bens jurídicos que protegia e protege – como a vida, a integridade física, a propriedade, o bom nome e reputação, o segredo da correspondência, etc. – eram já tutelados pela lei civil (e pela lei penal) nas relações entre sujeitos privados, mesmo antes das próprias revoluções liberais. Tais bens jurídicos – tanto bens de personalidade quanto bens de natureza patrimonial –, bastante antes de serem protegidos nas relações verticais contra os poderes públicos estaduais, já vinculavam os sujeitos privados nas relações sociais que entre si estabeleciam, sob os ditames do direito civil (e do direito penal). Aliás, o próprio instituto da responsabilidade civil – fundado no princípio *neminem laedere* – desde há muito que desempenha uma incontornável função de tutela de bens jurídicos básicos, sentidos como tal pela comunidade e a cujo respeito os seus membros não poderiam deixar de estar individualmente vinculados. Numa palavra, mesmo antes do constitucionalismo se ter instalado, a responsabilidade

² Preceito onde se lê: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias (...) vinculam as entidades públicas e privadas”.

civil já tinha uma função constitucional de garantia de bens jurídicos que, mais tarde, viriam a ser protegidos (também) por normas de direitos fundamentais.

As declarações de direitos e as primeiras constituições do período liberal bem podem ter consagrado inovadoramente os direitos políticos, assim como um conjunto de direitos que por definição só fazem sentido contra o poder – máxime, as garantias em matéria de processo penal –, mas seguramente não criaram a generalidade dos chamados direitos civis a partir do nada. Em larga medida, aliás, aqueles textos limitaram-se a verticalizar estes direitos, nascidos nas relações entre privados e que a partir desse momento se tornaram também direitos contra o Estado.

Por conseguinte, se existe algo de novo a registar nas últimas décadas em matéria de direitos fundamentais e de relações jurídicas privadas não é por certo o respeito devido pelos particulares aos bens jurídicos por aqueles protegidos. O que se renova é o interesse dogmático e prático desta vinculação, como consequência da sociedade de risco global em que estamos imersos, com uma diversificação dos riscos sociais e em que as ameaças para dos bens jusfundamentais têm, cada vez mais, origem não estadual. Isto é, em que os poderes públicos se assumem crescentemente como amigos dos direitos fundamentais e em que, sem paradoxo, se assiste à multiplicação de atores privados dotados de instrumentos de poder (económico, tecnológico, científico, comunicacional) e que em consequência granjeiam de uma posição de supremacia relativamente à generalidade dos demais privados.

Ironicamente, o que há de novo é que os anos mais recentes têm permitido a Thomas Hobbes - um dos autores mais incompreendidos e injustiçados da teoria política - vingar-se de John Locke - o autor que colheu os louros da história como o grande arauto do liberalismo -, demonstrando que os perigos que ameaçam os bens jurídicos que mais prezamos não têm origem apenas no Estado, mas crescem e multiplicam-se continuamente na própria sociedade. Afinal, depois de dois séculos a apontar o dedo ao Estado, a guerra de todos contra todos - em que o principal medo do homem é o de ser vítima do seu semelhante - regressa a uma sociedade marcada de forma crescente pela necessidade de segurança, precisamente porque a sente desaparecer por entre os dedos das mãos. Ou seja, porque a sociedade atual vive em permanente estado de alerta, acossada por perigos de diversíssima índole, desde os decorrentes da criminalidade e do terrorismo, aos perigos ambientais e biológicos, passando pelos novos perigos tecnológicos e informáticos.

Seja como for, numa visão panorâmica do problema – excluindo orientações radicalmente negativistas, por manifesta incompatibilidade com a parte final do n.º 1 do artigo 18.º - é possível alinhar nada menos do que dez entendimentos diver-

sos a respeito do que seja a dita vinculação dos privados, aos quais podem acrescer os múltiplos cruzamentos que entre eles se estabelecem na literatura especializada

2. OS MÚLTIPLOS SENTIDOS DA VINCULAÇÃO DOS PRIVADOS

Sublinhando que se pretendem apresentar meros arquétipos, que não têm necessariamente de representar posições doutrinárias concretas, são eles os seguintes:

a) Tese da formulação constitucional expressa - os direitos fundamentais valem nas relações entre sujeitos privados naqueles casos particulares (e nos respectivos termos) em que as normas constitucionais que os consagram estabeleçam essa vinculação de modo explícito. Os direitos fundamentais mantêm-se assim essencialmente como direitos de defesa contra o poder público, mas há domínios concretos – como sucede, por exemplo, nas relações laborais – em que os preceitos constitucionais apontam os privados como destinatários dos direitos fundamentais.

b) Tese da eficácia irradiante - os direitos fundamentais não são apenas direitos subjectivos, mas também estruturas objectivas constitutivas de uma ordem de valores constitucional e, nessa qualidade, possuem um efeito irradiante que paira sobre todo o direito ordinário. O direito privado não pode ser, em consequência, uma zona livre de constitucionalidade e de valoração à luz dos direitos fundamentais, embora enquanto pretensões subjectivas estas se dirijam exclusivamente contra os poderes públicos. Em particular, esse efeito de irradiação traduz-se na necessidade de interpretar as normas do direito privado (que definem o estatuto jurídico dos particulares) e de integrar as suas lacunas em conformidade com a Lei Fundamental e, naturalmente, com os direitos fundamentais que ela consagra.

c) Tese da eficácia mediata (em sentido estrito) - em virtude da superior posição da Constituição no seio da ordem jurídica, os direitos fundamentais podem ser invocados e devem ser aplicados nas relações jurídicas entre sujeitos privados, mas unicamente através dos institutos jurídicos disponibilizados pelo próprio direito privado. Não valem, *qua tale*, no âmbito das relações privatistas. Os particulares podem, por essa via, considerar-se vinculados por um dever de respeito pelos bens jusfundamentais alheios e ver os seus actos jurídicos invalidados por violação desses parâmetros legais. Entre estes institutos, que servem de *ponta-de-lança* dos direitos fundamentais num terreno que não é originariamente o seu, contam-se os seguintes:

—A interpretação de conceitos indeterminados e preenchimento cláusulas gerais (bons costumes, boa fé, abuso do direito, ordem pública);

—Os direitos de personalidade;

—Mais recentemente, os deveres de segurança no tráfego jurídico que têm vindo a ser identificados pela doutrina e reconhecidos pela jurisprudência.

d) Tese da eficácia relativamente a terceiros (em sentido restrito) (Drittwirkung) - apesar de a expressão se confundir, na maior parte dos textos jurídicos, com o próprio problema global da vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais, a verdade é que, no seu sentido mais rigoroso, esta orientação está ainda profundamente marcada pela visão dos direitos fundamentais como simples direitos de defesa contra o poder. Estes são direitos que têm um credor – que é um sujeito privado – e um devedor – que é o poder público estadual, colocados numa posição de clara desigualdade. Primariamente, é apenas entre estes dois personagens que se estabelece a relação jusfundamental. É essa a sua *eficácia interna*. Só num segundo momento, é que se admite que os direitos fundamentais (ou alguns deles) podem também, lateralmente ou incidentalmente, produzir alguns efeitos horizontais fora dessa relação primacial, denominados no seu conjunto por eficácia quanto a terceiros ou *eficácia externa*. Por outras palavras, um pouco à semelhança da teoria da eficácia externa das obrigações, a vinculação dos sujeitos privados é, aqui, meramente lateral, secundária ou mesmo acidental – e sempre mitigada ou enfraquecida – em face dos efeitos que se produzem na estrutura nuclear do direito, que continua a desenvolver-se verticalmente.

e) Tese da vinculação do legislador de direito privado - consagrados na Constituição, os direitos fundamentais impõem-se (não apenas ao intérprete, mas também) ao legislador de direito privado, que evidentemente tem de os ter em conta e de os respeitar nos diferentes regimes que define. Sob penal de inconstitucionalidade, por exemplo, a lei civil tem de se conformar com a proibição de discriminação dos filhos nascidos fora do casamento ou com o princípio da igualdade entre os cônjuges. Esse dever de respeito pode traduzir-se ainda na existência de normas imperativas, que não podem ser afastadas pela livre vontade dos sujeitos privados (como sucede, em especial, no âmbito das relações laborais).

f) Tese dos deveres estaduais de protecção - na sua formulação mais simplificada, o legislador não tem apenas um dever (negativo) de respeito pelos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, mas está igualmente vinculado a

deveres (positivos) de actuação, destinados a proteger activa e eficazmente os bens jurídicos que constituem o objecto daqueles direitos em face dos sujeitos privados que ameaçam a sua integridade. Só os poderes públicos – com grande preponderância para o legislador – são destinatários directos e estão constitucionalmente vinculados pelos direitos fundamentais, mas através do cumprimento dos seus deveres de protecção ordenam as relações intersubjectivas privadas de modo a que aqueles se projectem também nas esferas individuais. Os casos e os termos da vinculação dos privados são assim decididos pelo legislador, em obediências aos imperativos de tutela de direitos fundamentais que a Constituição lança sobre ele.

g) Tese da vinculação (supletiva ou excepcional) dos tribunais – sublinha-se agora que os tribunais – em paralelo (ou não) com a orientação anterior –, na sua qualidade de entes públicos, se encontram constitucionalmente sujeitos tanto a deveres de respeito como a deveres de protecção de direitos fundamentais. Os primeiros deveres cumprem-se, essencialmente, pela não prolação de decisões judiciais em si mesmas violadoras de direitos fundamentais ou pela não aplicação de leis que os desrespeitem. Por sua vez, os segundos deveres poderão ser cumpridos, consoante os casos, ou pelas vias mais consensuais da hermenêutica jurídica e do desenvolvimento jurisdicional do direito, em conformidade com os elementos normativos disponíveis, ou, em situações de evidente omissão legislativa e de grave ameaça para bens jusfundamentais de primeira grandeza, por meio de uma directa intervenção judicial na relação interprivada em causa, com o objectivo de tutelar aqueles bens.

h) Tese da vinculação dos poderes privados - concebidos historicamente como instrumentos de defesa dos indivíduos em relação ao poder (e aos abusos por este cometidos), os direitos fundamentais não devem valer apenas frente ao Estado, nas suas diferentes vestes jurídico-públicas e jurídico-privadas, mas igualmente - numa lógica mimética - frente aos diversos poderes privados ou poderes de facto existentes na sociedade (*v.g.*, face aos detentores do poder económico, aos sujeitos privados dotados de supremacia baseada em razões culturais ou sociais, às instituições em que os particulares estão inseridos). Numa época em que, cada vez mais, os aparelhos públicos de poder se encontram domesticados ou, mesmo, se tornaram amigos dos direitos fundamentais, e em que se multiplicam e diversificam as ameaças para estes provenientes de diferentes sectores da sociedade, seria de uma dualidade ética inaceitável que apenas o Estado estivesse obrigado ao seu respeito.

i) Tese da vinculação (ao conteúdo essencial dos direitos ou) à dignidade da pessoa humana - de um modo geral, os direitos fundamentais valem directamente nas relações jurídicas entre sujeitos privados, sem mister de uma específica mediação legislativa. Simplesmente, para que possam preservar-se as amplas margens de liberdade individual constitutivas do próprio princípio da autonomia privada, eles não podem valer nas relações entre particulares como um todo, na integralidade do seu conteúdo e das suas faculdades, mas apenas de forma mitigada. A vinculação dos privados não se compara à vinculação das entidades públicas, devendo em consequência reduzir-se o seu alcance ao núcleo essencial do regime de cada direito ou, sobretudo, limitar-se o seu campo de aplicação a situações extremas, caracterizadas pela ingente necessidade de tutela da dignidade de certas pessoas em face de agressões perpetradas por outras.

j) Tese da vinculação intersubjectiva plena (ou tese da eficácia imediata em sentido estrito) - de acordo com a sua estrutura jurídica própria, definida expressa ou implicitamente pela Lei Fundamental, os direitos fundamentais têm plena aplicação nas relações intersubjectivas entre todos os entes privados. Esta vinculação jusfundamental dos sujeitos privados, nas relações que entre si estabelecem - independentemente de as mesmas serem regidas por ramos do direito privado (*v.g.*, direito civil, comercial ou laboral) ou do direito público (*v.g.*, direito penal, do ambiente, do consumo ou da concorrência) -, não é meramente lateral ou acidental, nem está *a priori* dependente da existência de poderes privados ou do carácter marcadamente assimétrico daquelas relações, nem tão-pouco está confinada à defesa da intangibilidade da dignidade humana. Não obstante, sendo as relações jurídicas entre particulares relações entre titulares de direitos fundamentais, a aplicação do princípio da vinculação das entidades privadas tem sempre de ser objecto de uma ponderação adequada com os outros princípios constitucionais que mais directamente se lhe contrapõem - como sucede com o princípio da autonomia privada ou com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.

3. A SUPERACÃO DA DICOTOMIA TRADICIONAL: EFICÁCIA MEDIATA V. EFICÁCIA IMEDIATA

A conhecida dicotomia entre teses da eficácia mediata e teses da eficácia imediata não se cinge naturalmente ao confronto entre as suas formulações mais típicas ou mais puras - constantes das alíneas *c)* e *j)* -, perpassando antes, quando tomadas aquelas em sentido amplo, em muitas das outras concepções elencadas. Se umas se encontram mais próximas das teses mediatistas - como sucede com as

ideias da irradiação e da vinculação do legislador privado (alíneas *b* e *e*) –, outras terão maior afinidade com as teses imediatistas – como ocorre com as ideias da vinculação dos poderes privados e do respeito pela dignidade da pessoa humana (alíneas *b* e *i*). Se umas começam do lado das teses mediatistas e acabam do lado rigorosamente oposto – como se viu acontecer com a associação entre as doutrinas dos deveres estaduais de protecção e da adstrição através dos tribunais (alíneas *f*) e *g*) –, outras parecem manter uma relativa neutralidade nesse debate doutrinário – será o caso das ideias da formulação constitucional expressa e da eficácia quanto a terceiros (alíneas *a* e *d*). Importante é realçar que o extenso elenco apresentado demonstra à saciedade o quão simplificador é o tradicional dilema entre eficácia mediata e eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados.³

Em muitos casos, é bem mais importante a contraposição entre tendências reducionistas e expansivas quando ao elenco dos direitos envolvidos (alíneas *a*) *versus* *b*, *i* e *j*). Assim como a justaposição entre aquelas visões que pressupõem (ou que promovem mesmo) a dualidade da ordem jurídica – direito público *versus* direito privado (alíneas *b*, *c*, *d* e *e*) – e aquelas que caminham no sentido da sua unidade, sustentando que os direitos fundamentais devem poder valer *qua tale*, sem necessidade de recorrer a uma técnica de transposição, no âmbito da relações privadas (alíneas *b*, *i* e *j*). E ainda o cotejo entre as concepções que claramente apontam já para uma perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais (alíneas *f*, *g*, *i* e *j*) e aquelas que, pelo contrário, continuam apegadas a uma perspectiva unifuncional dos mesmos – isto é, que os vêem apenas como direitos de defesa contra o poder público, ainda que admitam enxertar aí efeitos quanto a terceiros ou contra poderes privados (alíneas *d* e *h*). De especial importância é sobretudo a acareação entre as tendências que, por um lado, separam abertamente o problema da vinculação das entidades privadas do problema prévio (e bastante mais pacífico) da vinculação das entidades públicas (alíneas *c*, *d*, *h*, *i* e *j*) e, por outro lado, as tendências que confundem os dois problemas ou até que os entrelaçam de forma deliberada, na esperança de resolver o primeiro à custa do segundo (alíneas *b*, *e*, *f* e *g*).

Em suma, para o que agora interessa reter, percebe-se assim, em primeiro lugar, que a interrogação sobre a vinculação dos sujeitos privados nunca pode ser respondida em abstracto, à margem de uma aproximação analítica a cada um dos direitos fundamentais, desmembrando-os previamente nas suas diferentes dimensões e nas diversas faculdades que o compõem. Mesmo sem aderir às teses

³ J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, pp. 335-337.

que pretendem restringir a um número mínimo de direitos os efeitos em análise, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjectivas privadas obedece a uma geometria variável, na medida em que está em larguíssima medida dependente da estrutura normativa dos direitos concretamente envolvidos e, em particular, do modo como o seu conteúdo se encontra constitucionalmente consagrado – e, quando for o caso, da concretização legal que deles já tenha sido efectuada.

Em segundo lugar, compreende-se também melhor que o problema em apreço não se restringe às situações ou relações jurídicas tipicamente regidas pelo direito privado, onde impera a autonomia da vontade (direito civil e comercial) – ao contrário do que parece deduzir-se de algumas análises civilistas, que esquecem a própria origem juslaboralista da figura constitucional–,⁴ antes abarcando situações ou relações disciplinadas por quase todos os ramos do universo jurídico, incluindo do direito público (direito do ambiente, da economia, da saúde ou, inclusive, direito sancionatório). Não é justificada, assim, a ansiedade que alguns civilistas revelam perante o tema em apreço, receando que o direito constitucional entre de rompante pela obra dogmática longamente burilada pela literatura do direito civil. Nada disso acontecerá, não apenas porque muitas das situações de vinculação dos sujeitos privados são, na realidade, regidas por normas de direito público – ou já por normas imperativas de direito privado, como é comum no direito do consumo –, como porque os conhecidos *hard cases* da vinculação dos privados são bastante marginais (*v.g.*, análise de disposições testamentárias ou de decisões de contratação à luz do princípio da igualdade).

Em terceiro lugar, comprova-se que a vinculação dos privados não é necessariamente sinónimo de efeito externo ou quanto a terceiros – porque em causa podem estar efeitos principais dos direitos, primariamente destinados a aplicar-se nas relações entre privados –, nem sequer de eficácia horizontal – dado que entre dois particulares tanto podem constituir-se relações simétricas, como relações assimétricas ou verticais, em que um deles é detentor de uma clara posição de supremacia sobre o outro. No que respeita à própria terminologia, portanto, falar de *eficácia nas relações entre sujeitos privados* representa, só por si, um passo em frente relativamente às tradicionais designações de eficácia quanto a terceiros ou eficácia horizontal – ou, inclusive, em relação às menos usuais referências à eficácia no direito privado ou nas relações privadas.

⁴ Sobre a precedência temporal dos estudos juslaboralistas sobre os civilistas, J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 74 ss..

Por último, o exercício analítico efectuado permite concluir que – considerando o nº 1 do artigo 18º, onde o legislador constituinte tomou a opção ousada de aduzir a um (evidente) efeito de vinculação dos poderes públicos ou outro efeito (menos óbvio) de vinculação dos entes privados⁵ não é possível dissolver o segundo no primeiro, a pretexto de que se não definiu também o *modus vinculandi* daquele. A questão relevante nunca foi a de saber se o legislador – ou o legislador civil, como se houvesse mais do que um – ou mesmo se o poder judicial estariam vinculados aos direitos fundamentais. Como poderia ser de forma diferente? A questão tem sido sempre a de saber em que medida os particulares o poderiam estar, por si, competindo ao legislador e aos tribunais, em caso de resposta afirmativa, apenas providenciar no sentido de tornar essa vinculação efectiva (também) nas relações entre eles e retirando sempre que necessário as devidas consequências. A decisão, inequívoca e verdadeiramente estruturante, de vinculação dos privados foi *ab initio* tomada pela Constituição, que não se limita a conceder um cheque em branco ao legislador ordinário e, menos ainda, aos tribunais para decidir se o sujeito “A” têm ou não que respeitar certo direito fundamental de “B”. A liberdade de conformação do legislador e as margens de discricionariedade judicial que, inevitavelmente, existem quanto ao *como* da vinculação dos sujeitos privados não se propagam à questão prévia, essa sim verdadeiramente determinante, que diz respeito ao *se* dessa mesma vinculação. A parte final do nº 1 do artigo 18º não se traduz, portanto, numa autorização dirigida aos poderes constituídos para, em termos gerais ou caso a caso, obrigar os particulares a respeitar os direitos fundamentais alheios, nem tão-pouco nela se contém uma qualquer espécie de delegações de poderes para decidir sobre *quem* está obrigado ou *quando* se está obrigado pelos direitos fundamentais.

Por conseguinte, no contexto português, as orientações doutrinárias que defendem que o efeito vinculativos dos privados surge apenas *por intermédio de* – seja através do órgão tal ou por meio do instituto tal – ignoram que a decisão fundamental já está tomada e que não pode dar-se ao intermediário mais poder do que aquele que alguma vez ele poderá exercer validamente. Ainda que, nalguns quadrantes, a ideia de introduzir a pauta valorativa dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados seja vista com indisfarçável desconfiança, não parece aceitável o argumento de que o legislador democrático *sabe melhor* quando (e como) intervir, porquanto por essa via – e pelo carácter intrinsecamente limitado

⁵ Sustentando a especificidade do direito português, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 116, em nota.

do desenvolvimento jurisprudencial do direito – se reduz o alcance normativo de uma opção constitucional claramente assumida. Neste sentido, aliás, já se disse que só há vinculação dos entes privados quando esta é directamente decorrente das normas constitucionais⁶ nos restantes casos, em rigor, só os poderes públicos estarão comprometidos com os direitos fundamentais.

4. A DIVISÃO EM TRÊS GRUPOS DO UNIVERSO DOS DIREITOS

Neste contexto problemático, atenção particular merece a conhecida divisão do universo dos direitos fundamentais em três grupos distintos, gizada pela doutrina maioritária em resposta à questão (prévia) da delimitação dos direitos abrangidos pelo debate entre as teorias da eficácia (mediata, imediata ou outra) dos direitos fundamentais nas relações entre privados.⁷

Com efeito, implícita ou explicitamente, a discussão sobre o tema da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados assenta, para uma parte significativa da doutrina, na divisão tendencial do universo dos referidos direitos em três magnas categorias. Começa-se por delimitar uma *zona de exclusão por natureza* de uma *zona de inclusão expressa*, reconduzindo o essencial daquele dilema dogmático ao perímetro de uma, porventura mais ampla, *zona central de incerteza*. Esquemáticamente:

Exclusão por natureza

Incerteza

Inclusão expressa

4.1. Embora os elencos variem um pouco – e deixando de lado os direitos a prestações de tipo social, dado o seu carácter eminentemente positivo –, na *primeira destas três zonas* é possível encontrar direitos como a tutela jurisdicional efectiva, a responsabilidade civil do Estado, o direito de petição, a proibição da tortura e de penas desumanas ou degradantes, a proibição da pena de morte, o direito à cidadania, o *habeas corpus*, as garantias em processo criminal, os direitos

⁶ De forma paradigmática, LEISNER, *Grundrechte*, p. 378.

⁷ Embora traçando de forma não coincidente as fronteiras entre os três grupos referidos: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 332-333; G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1290 ss.; G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 386; V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 243; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 120-122; B. MAC CRORE, *A vinculação*, pp. 9-12; J. ABRANTES, *A vinculação*, pp. 29-32, e *Contrato*, pp. 72-73. Embora em sentido crítico: J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 70-71; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 97-98. Compartimentações semelhantes encontram-se também noutros contextos nacionais: B. UBILLOS, *La eficacia*, pp. 355-360; STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1570 ss., esp. p. 1585; HESSE, *Grundzüge*, p. 157; PIEROTH / SCHLINK, *Grundrechte*, p. 44.

de asilo e de não extradição e expulsão, as garantias em matéria de expropriação, a objecção de consciência, assim como em geral todos os direitos de participação política, com o direito de voto à cabeça.⁸ O sujeito passivo destes direitos seria sempre e só o Estado, independentemente de o adstringirem a obrigações de *non facere*, de *facere* ou de ambas as naturezas em simultâneo. Consequentemente, todos estes direitos, bem como outros que com eles mantenham afinidades materiais ou estruturais, ficariam de fora da discussão sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais – e, por inerência, teriam também agora de ser colocados do lado exterior da linha delimitadora dos direitos que poderiam desencadear deveres estaduais de protecção.

Todavia, não é seguro que assim seja. Com efeito, uma coisa é saber quem é indicado pela Constituição como principal sujeito passivo de um determinado direito, outra bem diferente é saber se, para além daquele, o mesmo direito não pode também vincular outros sujeitos secundários, acidentais ou laterais. Só este segundo problema pode ser reconduzido, com propriedade, à ideia de raiz civilista da *Drittwirkung*. Aliás, não deixa de ser curioso verificar a facilidade como que – num contexto em que a complexa problemática da *vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais*, tal como ela é introduzida pela Constituição portuguesa, é com frequência reduzida à dita figura jurídica da eficácia externa ou perante terceiros daqueles mesmos direitos–,⁹ se afasta do centro da discussão, justamente, aquele conjunto de direitos em relação ao qual se colocam questões de efeito externo ou quanto a terceiros.

Recorde-se, na verdade, o que acima se disse sobre a impossibilidade de o fenómeno global da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados:

a) Ser retratado com um mínimo de fidelidade através da ideia de *eficácia horizontal* – dada a crescente ausência de paridade de posições nas relações privadas (eficácia vertical privada), tanto motivada pela multiplicação dos denominados poderes factuais privados, como pelos problemas de inserção dos indivíduos no seio das organizações.¹⁰

⁸ B. MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 9-10; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 344 ss., e esp. sobre o direito de asilo, p. 350; também sobre o direito de asilo, KRINGS, *Grund*, pp. 201-202.

⁹ Embora o texto constitucional se refira apenas a direitos, liberdades e garantias, as vertentes negativas (e até positivas) de direitos sociais não podem ser excluídas: J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 340.

¹⁰ Esta segunda vertente do problema é, muitas vezes, obnubilada em detrimento da primeira: no entanto, J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 336-337; amplamente, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 241 ss.; também STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, pp. 1588 ss..

b) Ser reconduzido a uma questão de *eficácia no direito privado* – não obstante a complexidade adicional que no domínio das relações regidas pelo direito civil é trazida pelo princípio da autonomia privada, ele espalha-se por diversos outros ramos da ordem jurídica, como o direito laboral, o direito da economia (*v.g.*, no domínio da protecção do consumidor), o direito administrativo (*v.g.*, como sucede nas relações poligonais em matéria de ambiente e urbanismo) ou o direito penal (*v.g.*, sempre que os tipos criminais incorporem bens jusfundamentalmente protegidos).¹¹

c) Ser reduzido à ideia de *eficácia externa* ou *quanto a terceiros* dos direitos fundamentais, uma vez que esta é apenas uma manifestação específica de uma figura mais vasta, que compreende outras modalidades de vinculação bem mais consistentes do ponto de vista jurídico. Concretamente, daquelas outras modalidades – aliás tomadas como regra pela parte final do n.º 1 do artigo 18.º,¹² em que os particulares assumem a posição de obrigados principais dos direitos fundamentais ou de co-obrigados juntamente com o Estado e em que, bem entendido, a vinculação dos sujeitos privados não é apenas lateral, remota ou acidental, mas se traduz numa eficácia normal e a título principal – independentemente de se processar com ou sem intermediação do legislador, de forma mediata ou imediata.

Quer isto dizer, portanto, que apesar de a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais não se confinar à denominada eficácia externa ou quanto a terceiros, ela não deixa de compreender também esta mesma modalidade específica de vinculação, que por sua vez encontra o seu âmbito privilegiado de aplicação, precisamente, entre os direitos fundamentais deste primeiro grupo, caracterizados por se dirigirem contra o Estado. É que o facto de estes direitos convergirem na eleição do Estado como seu sujeito passivo principal – por natureza têm no Estado o seu destinatário – não significa que todos os sujeitos privados se possam considerar no terreno em apreço absolutamente isentos de toda e qualquer vinculação dimanada desses mesmos direitos.

Tomando o exemplo paradigmático do direito de petição, é evidente que ele “pode encontrar nas relações (...) entre indivíduos alguns obstáculos ao seu exer-

¹¹ Versando o tema da protecção penal a propósito da vinculação dos entes privados, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 293-294; porém, reduzindo expressamente este problema ao âmbito de vigência do princípio da autonomia privada, sem prejuízo da necessidade de reequacionamento deste, V. GRAU, *Derechos*, esp. pp. 81 ss..

¹² Referindo este preceito como revelador da superação do paradigma liberal dos direitos fundamentais como “direitos de defesa contra o Estado”, G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, pp. 384-385.

cício”, pelo que é importante sublinhar que “nenhuma entidade privada pode proibir, impedir ou dificultar o exercício do direito de petição, designadamente no tocante à recolha de assinaturas e à prática dos demais actos necessários” à sua actuação prática.¹³ Na mesma linha de raciocínio, pensando nas denominadas garantias processuais, não pode igualmente excluir-se – bem pelo contrário – que o direito ao segredo de justiça (nº 3 do artigo 20º) ou os direitos de audiência e defesa em processos sancionatórios (nº 10 do artigo 32º) vinculem também sujeitos privados, ora interditando-lhes a revelação de factos susceptíveis de contender com o bom nome e com a presunção de inocência de quem está a ser investigado, ora impondo o respeito por aqueles dois direitos às pessoas ou instituições privadas que disponham legal ou estatutariamente da faculdade de aplicar sanções disciplinares ou outras.¹⁴ E, num último exemplo, apesar de ninguém poder exigir votar senão dirigindo-se ao Estado, que tem a seu cargo a organização do processo eleitoral, salta à vista que não é só o Estado que pode comprometer o exercício do direito de voto, sendo muito fácil configurar situações em que sujeitos privados procuram impedir ou condicionar de forma ilegítima aquele exercício. Daí que os cidadãos em geral estejam vinculados a obrigações de facilitação do exercício do direito de voto – *maxime*, no caso dos empregadores – e de não coacção sobre os eleitores.¹⁵

Desta forma, não deve dar-se por adquirido que os direitos situados na dita *zona de exclusão por natureza* possam ser liminarmente arredados do âmbito de vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais, na medida em que esta figura se pode traduzir também na produção de simples efeitos vinculativos externos, dirigidos a sujeitos privados que são terceiros numa relação jurídica que se configura verticalmente e se processa, nuclearmente, entre o titular do direito e o Estado. É indispensável efectuar sempre, não apenas uma análise casuística do conteúdo de cada direito, mas também uma decomposição das suas diferentes dimensões jusfundamentais. Nem tão-pouco é legítimo dar por adquirido que tal eficácia externa ou que essa vinculação de terceiros se confine sempre à imposição de simples *deveres gerais de respeito* ou de *não interferência* com posições jusfundamentais alheias e, bem assim, de *deveres negativos de suportar o seu gozo*.

¹³ M.L. DUARTE, *O direito*, p. 83.

¹⁴ G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 526, se bem que, em rigor, no tocante aos direitos do nº 10 do artigo 32º, esteja em causa mais até do que a sua mera eficácia externa.

¹⁵ Sobre os crimes eleitorais, regem especialmente os artigos 340º (coacção de eleitor), 341º (fraude e corrupção de eleitor) e 342º (violação do segredo de escrutínio) do Código Penal; J. MIRANDA, *Manual*, VII, pp. 304-306.

Porventura assim sucederá na generalidade dos casos, mas os exemplos apresentados suscitam dúvidas sobre a possibilidade de os efeitos vinculativos externos decorrentes dos direitos em causa extravasarem para o campo das *obrigações positivas* ou de *cooperação activa* de particulares no exercício de direitos fundamentais pelos respectivos titulares.¹⁶

Por tudo isto, não será difícil achar vinculações do Estado a imperativos constitucionais de tutela, frente a potenciais agressores privados, de determinados aspectos (negativos) de direitos como o direito de petição, o direito ao segredo de justiça – será por acaso que o n.º 3 do artigo 20.º se refere à “protecção” deste? –, os direitos de audiência e defesa, o direito de voto, bem como de outros de idêntica estrutura e comumente registados nesta pretensa zona de exclusão necessária.¹⁷

4.2. Por sua vez, na denominada *zona de inclusão expressa* pontuam direitos como o direito de resposta e de rectificação, (a liberdade de expressão e) o direito de intervenção dos jornalistas na orientação dos órgãos de informação, a liberdade de associação (na sua vertente negativa), o direito à greve, senão mesmo também alguns dos direitos cuja defesa pode fazer-se com recurso à acção popular.¹⁸ Ou, mais amplamente, ainda direitos como os respeitantes à protecção de informações sobre pessoas e famílias (n.º 2 do artigo 26.º), ou a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (n.º 1 do artigo 34.º), o direito à reserva dos dados pessoais informatizados (n.º 2 do artigo 35.º), os direitos dos cônjuges e dos filhos nascidos fora do casamento (n.ºs 3 e 4 do artigo 36.º), o direito a tempos de antena nas emissoras de rádio e televisão (n.º 3 do artigo 40.º), a liberdade de criação cultural e a protecção dos direitos de autor (n.º 2 do artigo 42.º), o direito à segurança no emprego (artigo 53.º), assim como alguns dos direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais em face dos respectivos empregadores e seus representantes (artigos 54.º e 56.º).¹⁹ No que toca a estes direitos, a Lei Fundamental teria *explicitamente* tomado partido em favor da sua eficácia nas relações entre privados – ou, melhor dizendo, teria adoptado essa posição caso a caso, uma vez que seria difícil encontrar uma opção mais clara do que a da parte final do n.º 1 do artigo 18.º.

¹⁶ E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 123-124; em sentido diferente, J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 333.

¹⁷ Em sentido próximo, I. SARLET, *A influência*, p. 123.

¹⁸ V. ANDRADE, *Os direitos*, p. 243, em nota; identicamente, J. ABRANTES, *A vinculação*, pp. 31-32; e Contrato, p. 72.

¹⁹ G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1290.

No entanto, sem prejuízo de alguma surpresa que uma análise na especialidade de cada um dos exemplos avançados poderia pôr a descoberto – *v.g.*, porquê considerar que a Constituição consagra *expressamente* a eficácia entre privados da inviolabilidade do domicílio e da correspondência quando, na realidade, os n.ºs 2 e 4 do artigo 32.º somente se preocupam com intervenções restritivas das autoridades públicas? –, ²⁰ é evidente o carácter algo heterogéneo deste segundo lote de direitos. Nele se congregam alguns direitos que podem considerar-se primacialmente dirigidos às relações entre privados – *maxime*, os direitos dos cônjuges –, mas sobretudo direitos destinados a valer tanto nas relações com o poder público como em contextos privados, assim sejam públicos ou particulares os respectivos sujeitos passivos (*v.g.*, empregador público ou privado, associação pública ou privada, órgão de comunicação social público ou privado). Por conseguinte, esta dita zona de inclusão necessária não é, ao contrário do que por vezes parece ser sugerido, um domínio em que se consagram direitos fundamentais destinados principalmente a reger relações jurídicas entre sujeitos privados – consignam-se antes direitos para valer *também* aí –, nem muito menos um espaço aproblemático na óptica da prescrição da parte final do n.º 1 do artigo 18.º.

Desde logo, o facto de a Constituição determinar explicitamente a valência de um certo direito também nas relações entre particulares não resolve só por si o dilema maior que está em cima da mesa: eficácia imediata ou simples eficácia mediata? Estando hoje completamente obsoletas as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, assim como as suas herdeiras mais directas que se limitam a reconhecer a *vinculação do legislador* de direito privado àqueles mesmos direitos – ²¹ ambas irremediavelmente improcedentes à luz do próprio texto constitucional –, a única dúvida razoável só pode referir-se ao modo como aquela eficácia se equaciona a propósito de cada direito. E essa não é de todo esclarecida pelas disposições que procedem à chamada *consagração expressa* da eficácia entre particulares. Pelo contrário, os preceitos constitucionais em apreço são profícuos na utilização de expressões como “a lei estabelecerá” (n.º 2

²⁰ Referindo-se antes à existência de “legislação ordinária secular” no sentido da sua aplicação nas relações privadas (como direitos de personalidade), E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 121. Também no sentido da existência de direitos de personalidade constitucionalizados, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 730 ss..

²¹ No início da década de 70, considerando toda a teoria da *Drittwirkung* supérflua (com base na ideia de vinculação directa do legislador e de imputação ao Estado das agressões privadas), SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung*, passim; sobretudo sobre a decisão “Lüth” (BVerfGE, 7, 198), Bundesverfassungsgericht, pp. 442 ss.. Na mesma linha, naturalmente, MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung*, esp. pp. 57 ss., e esp. pp. 93 ss..

do artigo 26º), “a lei define” (nº 2 do artigo 35º), “nos termos da lei” (nº 3 do artigo 40º), “protecção legal” (nº 2 do artigo 42º), entre outras que indiciam que nem tudo está resolvido no plano constitucional. O mínimo que se pode dizer a este respeito é que o carácter não exequível de algumas das normas constitucionais aqui envolvidas não se compagina bem com uma orientação que, no tocante a todos os direitos integrados no círculo em análise, pretenda ver reconhecida a sua eficácia plena (e imediata) nas relações jurídicas entre os sujeitos privados.

Por outro lado, mesmo não aceitando a tese segundo a qual os preceitos constitucionais que, explicitamente, decretam a eficácia *inter privatos* de certos direitos fundamentais se limitam a proceder à positivação destes numa perspectiva exclusivamente objectiva – ou seja, cumprindo apenas a função de impor ao Estado-legislador o cumprimento de deveres concretos de protecção dos correspondentes bens jusfundamentais nas relações entre sujeitos privados–,²² ela vem demonstrar que a questão da vinculação das entidades privadas não pode ser resolvida à margem da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e sem desagregar os respectivos conteúdos.²³ Com efeito, semelhante tese, que com o intuito de preservar até às últimas consequências o dogma dos direitos fundamentais como posições dirigidas exclusivamente contra o Estado, não hesita em dissolver todas as outras dimensões subjectivas dos direitos fundamentais em questão – bem entendido, porque essas teriam inevitavelmente de ser actuadas em face de entes particulares –, revela ao mesmo tempo que a aptidão ou inaptidão para produzir efeitos nas relações entre sujeitos privados não pode, claramente, ser decidida com apelo a uma suposta natureza ou vocação intrínseca de cada direito fundamental como um todo, mas é algo que carece de ser analisado a propósito de cada dimensão jusfundamental – de defesa, de protecção, de organização e procedimento, institucional – e, também, de cada uma das facultades que o compõem.²⁴ A eficácia ou ineficácia *inter privatos* não é, em suma, algo que possa ser colado como um rótulo a cada uma dos direitos fundamentais globalmente considerado, nem, menos ainda, algo que possa ser decidido de modo a abarcar amplas categorias ou grupos jusfundamentais.

²² J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 70-71; também J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 96-97.

²³ G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1289.

²⁴ Apresentando um complexo modelo (em três planos) de vinculação dos privados que entra em linha de conta com as diferentes dimensões jusfundamentais, ALEXY, *Teoria*, pp. 515 ss.; para a sua crítica, STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, p. 1559. Tentando uma reabilitação da *Drittwirkung* mediata através do “entendimento reflexivo” dos direitos fundamentais, POSCHER, *Grundrechte*, pp. 272 ss..

Somente numa perspectiva analítica se conseguirá compreender o que se julga ser uma evidência: que a eficácia dos direitos fundamentais apresenta uma geometria variável. Só assim será possível explicar que um mesmo direito – como, por exemplo, o direito à greve – tenha simultaneamente como sujeito passivo exclusivo o Estado, quando considerado na sua dimensão de protecção, ou nas suas eventuais dimensões de organização e procedimento, mas já possa ter como destinatários passivos quaisquer entidades empregadoras públicas ou privadas, sempre que encarado sob o prisma das respectivas dimensões subjectivas. E, bem assim, que esse mesmo direito tenha apenas o Estado como destinatário se considerado na sua vertente negativa, destinada a vedar a todas as autoridades públicas a proibição do recurso à greve ou a repressão do seu exercício, muito embora o leque dos destinatários se alargue a todos e quaisquer empregadores quando em causa está a correspondente vertente positiva, a qual permite aos trabalhadores decretar a greve, como forma de autotutela dos seus direitos num conflito laboral.²⁵

4.3. Por último, colocados na denominada *zona de incerteza* ficariam todos os direitos fundamentais relativamente aos quais a Constituição não dá nenhuma indicação, nem num sentido nem noutro. Nem sempre é claro, em todo o caso, se a incerteza se refere apenas à questão da eficácia imediata – como parece mais razoável, dado o teor literal do n.º 1 do artigo 18.º –, se respeita à questão logicamente anterior da própria eficácia nas relações privadas. Seja como for, a colocação nesta zona residual de incerteza de todos os direitos não referidos até ao momento, sendo aparentemente inócua, encerra uma contradição valorativa difícil de aceitar. Como explicar que, supostamente, sobre a intrincada questão da eficácia entre privados dos direitos fundamentais, a Constituição tenha tomado partido em termos expressos a propósito do direito de antena ou dos direitos das comissões de trabalhadores e se tenha bastado com uma afirmação genérica a respeito de direitos tão relevantes como a vida, a integridade física ou a liberdade religiosa? Que margem de incerteza a Constituição exclui quanto àqueles e que, ao mesmo tempo, admite quanto a estes últimos?

Numa Constituição como a portuguesa, em que o n.º 1 do artigo 18.º revela ostensivamente a superação definitiva do paradigma liberal dos direitos fundamentais como direitos de defesa, não faz sequer sentido a pergunta sobre a eficácia destes últimos direitos nas relações entre os particulares – nem mesmo, em

²⁵ B. XAVIER, *Direito da greve*, pp. 175 ss., quantos aos efeitos da greve, e pp. 223 ss., quanto à estrutura subjectiva do direito.

sintonia com a jurisprudência dos tribunais comuns, sobre a possibilidade de essa eficácia se produzir *directa e imediatamente*.²⁶ Não é por certo apenas em virtude dos regimes que o legislador ordinário estabeleceu em diplomas como o Código Penal, o Código Civil ou a lei da liberdade religiosa que os sujeitos privados se encontram vinculados a respeitar aqueles direitos basilares, especialmente nas dimensões que também a eles se dirigem. É sim por causa daquilo que está prescrito *ex constitutione* e que só depois, tomando esta como esteio, irradia valorativamente para toda a ordem jurídica. Se incertezas subsistem quanto ao alcance normativo da parte final do n.º 1 do artigo 18.º, elas não podem ser generalizadas a todos os direitos não integrados em nenhum dos dois frágeis grupos de direitos anteriormente versados e, acima de tudo, elas hão-de cingir-se regra geral à intensidade, ao alcance material e ao *modus operandi* concreto dessa eficácia directa e imediata – e só muito excepcionalmente ao *se* dessa mesma forma de eficácia entre privados. Não podendo negar-se que a norma contida no trecho final n.º 1 do artigo 18.º não implica, por si só, uma resposta global à questão tradicional da eficácia mediata ou imediata²⁷ da mesma forma que a regra da vinculação de todas as entidades públicas não exclui as dificuldades de aplicação suscitadas pelos direitos contidos em normas constitucionais não exequíveis por si mesmas²⁸, também não pode aceitar-se a ideia da sua absoluta neutralidade, mormente quando se trata de direitos fundamentais de primeira grandeza e de inquestionável ressonância valorativa. Em se tratando de direitos fundamentais marcantes do código genético da axiologia constitucional, repugna a ideia de que a vinculação dos sujeitos privados pode ser deixada para mais tarde, para o momento da intervenção do legislador, ao sabor dos critérios de conveniência e oportunidade deste.

4.4. Em resumo, a repartição dos direitos fundamentais em três conjuntos distintos, tal como usualmente apresentada na doutrina, é bem menos sólida do que à primeira vista poderia parecer e pode mesmo revelar-se enganadora.

Concretamente, aquela tripartição dos direitos fundamentais não pode obnubilar o facto de o vasto problema da vinculação das entidades privadas se poder colocar *a priori* em relação a todos os direitos fundamentais, tal como aliás resulta

²⁶ Sobretudo a propósito de casos ditos de colisão de direitos é comum o recurso directo aos direitos fundamentais. Apresentando ampla resenha jurisprudencial: E.V. SEQUEIRA, *Dos pressupostos*, pp. 257 ss..

²⁷ V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 241-242.

²⁸ J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 326-327.

da letra do nº 1 do artigo 18º. Assim como não pode também escamotear a circunstância de o problema não ser resolúvel tomando cada um dos direitos fundamentais como um bloco unitário, antes exigindo uma perspectiva analítica, que proceda à desagregação das diferentes faculdades compreendidas no seu conteúdo e distinga claramente as suas várias dimensões objectivas e subjectivas, activas e passivas, horizontais e verticais.²⁹ Em regra, chegar-se-á por esta via a um quadro complexo de eficácia: onde diferentes efeitos terão diferentes destinatários, cumulativa ou alternativamente; onde pontuarão em simultâneo destinatários primaciais e secundários, públicos e privados; onde se cruzarão efeitos relativos e efeitos *erga omnes*; enfim onde marcarão presença efeitos de maior e menor intensidade, quer como efeitos principais, quer como efeitos externos, laterais ou quanto a terceiros.

5. A AUTONOMIA EM FACE DOS DEVERES ESTADUAIS DE PROTECÇÃO

A exposição precedente é reveladora de quão delicados - mas incontornáveis - se apresentam os problemas respeitantes à autonomia da função de vinculação das entidades privadas relativamente à da figura dogmática dos deveres de protecção, sua sucessora imediata no percurso histórico de diversificação funcional dos direitos fundamentais.

Difícilmente, aliás, esses problemas poderão ser resolvidos sem compreender na globalidade a referida dimensão de protecção, pela análise das características dos bens jurídicos que reclamam protecção estadual, por uma banda, e pela definição do elenco dos sujeitos jurídicos constitucionalmente vinculados a deveres de tutela, por outra banda. Ainda assim, num primeiro olhar sobre as tentativas entretanto empreendidas de delimitação do campo problemático ocupado por cada uma das figuras constitucionais em causa - isto é, do conjunto de situações concretas da vida a que uma e outra procuram dar resposta -, verifica-se que não tem sido possível alcançar resultados minimamente convergentes. Longe disso, as soluções avançadas dispersam-se antes por um amplo leque de possibilidades e apresentam contornos nem sempre bem definidos.³⁰

²⁹ STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1561 ss.; em termos semelhantes, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 355 ss..

³⁰ Entre a muita doutrina que se tem debruçado especificamente sobre a relação entre os dois conceitos: CANARIS, *Direitos*, passim, esp. p. 58; PIETZCKER, *Drittwirkung*, pp. 345 ss.; OETER, "Drittwirkung", pp. 549-551; UNRUH, *Zur Dogmatik*, pp. 71 ss.; ISENSEE, (§III) *Das Grundrecht*, pp. 213 ss.; SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 435 ss.; ROBBERS, *Sicherheit*, pp. 201 ss.; HERMES, *Das Grundrecht*, pp. 99 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 321 ss.; STARCK, *Praxis*, pp. 66-68; LANGNER, *Die Problematik*, esp. pp. 82 ss.; HAGER, *Grundrechte*, pp. 373 ss.; V. GRAU, *Derechos*,

5.1. Mais precisamente, enxergam-se quatro grandes tipos de orientações - as quais, por sua vez, podem comportar ainda significativas variantes.³¹

a) A primeira hipótese - representada graficamente por uma única circunferência - é a de *sobreposição total* entre deveres de protecção e vinculação dos privados. As razões para esta sobreposição podem, apesar de tudo, divergir de forma sensível. De um lado, ela pode ser o resultado de uma verdadeira e própria *identificação* entre as (supostas) duas figuras - os deveres de protecção seriam apenas um novo nome para uma realidade dogmática pré-existente, nada se acrescentando ao reconhecimento de que os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também as entidades privadas. De outro lado, ela pode resultar apenas da circunstância de a vinculação jusfundamental dos sujeitos privados se processar exclusivamente através dos deveres de protecção e da sua concretização legislativa ordinária. De acordo com esta orientação, que sustenta a existência de uma mera *coincidência* entre ambas as figuras, os deveres de protecção seriam instrumento único da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados e a vinculação destes processar-se-ia em exclusividade através do cumprimento daqueles deveres pelo Estado.

b) A segunda hipótese - que pode apresentar-se através de duas circunferências concêntricas - é a da *inclusão*. As duas realidades em presença teriam um campo de aplicação comum, embora apenas em parte. Se bem que, mais até do que na hipótese anterior, sob esta ideia de abarcamento parcelar, escondem-se duas alternativas diametralmente opostas. Para uns, a figura dos deveres estaduais de protecção é representada pela circunferência maior, o que faz da vinculação dos privados um simples capítulo deste mais vasto tema constitucional. A vinculação dos privados aos direitos fundamentais constituiria assim uma manifestação especial - mormente, por se cingir ao âmbito do direito privado - dos deveres de protecção de direitos fundamentais - os quais se espraiam (antes de mais) por diversos ramos do direito público, com particular ênfase no domínio penal. Pelo contrário, para outros é a ideia de vinculação dos sujeitos privados aos direitos

pp. 136 ss., e esp. pp. 174-178; J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 69 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 148 ss.; e *Autonomia*, pp. 313 ss.; E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115 ss.; M. CARMONA, *O acto*, pp. 198 ss..

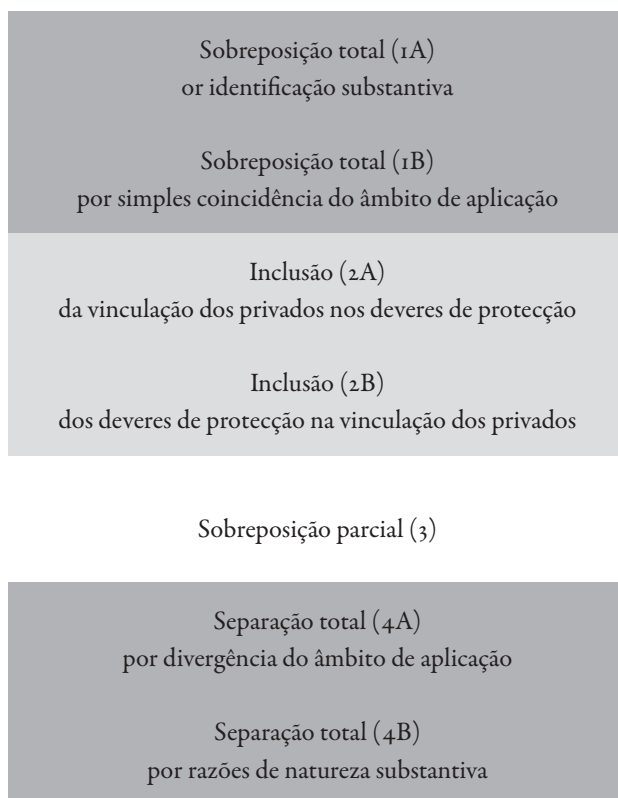
³¹ Numa outra tentativa de sistematização, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 248 ss., identifica as seguintes teses: identidade absoluta e relativa; separação, complementação, fundamentação, esclarecimento, pressuposto, colisão ou ultrapassagem (pontual).

fundamentais que deve ocupar a circunferência exterior, dado que tal adstrição dos particulares nem sempre se opera através dos deveres de protecção ou, mais precisamente, através das normas emanadas pelo legislador em cumprimento dessas obrigações estaduais. Bem pelo contrário, a efectiva vinculação dos entes privados seria (ou deveria ser) o resultado de um conjunto mais ou menos diversificado de instrumentos jurídicos, que começam logo nos planos mais elementares da interpretação e da integração de lacunas em conformidade com a Constituição.

c) A terceira hipótese a considerar é a da *sobreposição parcial* - que naturalmente se representa por meio de duas circunferências secantes. Até certo ponto, trata-se de reconhecer que ambas as sub-teses da inclusão têm uma parte da razão: há casos de deveres estaduais de protecção fora daquele espaço semântico que normalmente é ocupado pela ideia de vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais; assim como há casos de vinculação dos sujeitos privados que não têm na sua base ou que não passam pelo estabelecimento (ou pelo cumprimento) de imperativos constitucionais de tutela de bens jusfundamentais. Ainda nesta hipótese de sobreposição parcial cabe também, de certa forma, a ideia segundo a qual os deveres de protecção são um problema que, conceptualmente, respeita sobretudo à vinculação das entidades públicas - e do legislador em particular -, ainda que na generalidade das situações esta última tome por pressuposto a existência de uma prévia vinculação recíproca dos sujeitos privados.

d) Por fim, a quarta hipótese teórica a considerar pode designar-se por *separação total* - a qual se explica em termos gráficos por meio de duas circunferências tangentes ou, até, de todo não relacionadas. Simplesmente, tal como na orientação oposta, também esta ideia de separação total pode ter duas explicações. Por um lado, pode ser apenas a consequência de as situações da vida que suscitam problemas de deveres de protecção e de vinculação dos particulares serem de diversa natureza e, portanto, de todo não coincidentes. Ou, por outro lado, pode ser o resultado de uma análise material, que conduz à valoração muito divergente de questões práticas que, todavia, até podem ter factualmente algo em comum - desde logo porque a função de protecção dos direitos fundamentais se impõe, em primeira linha, ao Estado-legislador e, portanto, respeita à vinculação das entidades públicas (e não à vinculação das entidades privadas).

5.2. Procurando desagregar as orientações indicadas em termos gráficos, alcança-se o seguinte quadro:



Por agora, importa sobretudo sublinhar que, com excepção das duas variantes mais extremas - quer dizer, da primeira variante da primeira orientação (1A) e da segunda variante da quarta orientação (4B) -, nenhuma das outras hipóteses de trabalho implica de *per se* uma posição firme e definitiva sobre a questão da autonomia dogmática das duas figuras constitucionais em confronto. Mesmo a tese da sobreposição total por mera coincidência dos campos de aplicação (1B) não é incompatível com a ideia de autonomia recíproca, uma vez que para garantir esta última seria suficiente que entre os deveres de protecção e a vinculação dos privados se demonstrasse a existência de uma relação meio/fim: os deveres de protecção representariam o instrumento (único) de efectivação do objectivo constitucional de imposição da vigência dos direitos fundamentais também nas relações entre privados. Ou porque, inclusivamente, a figura da vinculação dos privados constituiria o (único) argumento constitucionalmente válido para alicerçar a dedução

de deveres do legislador de protecção jusfundamental.³² De igual modo, as duas declinações da tese da inclusão (2A/B) são também compagináveis com um relativo grau de autonomia dos imperativos de tutela jusfundamental em relação à vinculação dos entes privados: não tanto por o todo nunca ser igual à parte, mas sobretudo porque aqui a parte - independentemente da figura constitucional que ocupar essa posição mais restrita - pode apresentar em qualquer dos casos características específicas que impedem a sua simples dissolução no seio do todo. No quadro dos deveres de protecção, a tutela da posição jurídica da parte mais fraca numa relação contratual nunca será equiparável, por exemplo, à protecção de um bem jurídico fundamental pela via penal. Ou, inversamente, no contexto global da vinculação das entidades privadas, por certo que os instrumentos legais especificamente desenhados para garantir a protecção de bens jurídicos não são assimiláveis a meras operações de interpretação (em conformidade com a Constituição) dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais existentes na lei civil.

Ainda que assim seja, porém, será nas orientações que sustentam ou a mera *sobreposição parcial* (3) e ou a *não sobreposição* (4A/B) das duas figuras em apreço que a autonomia teórica de ambas há-de ser mais facilmente sustentável e, além disso, que o respectivo grau de autonomia deverá ser mais alargado. E, entre essas duas vias, a terceira apresenta-se claramente como a mais equilibrada: *sobreposição parcial*. O que não significa que as razões que a sustentam na sumária apresentação efectuada sejam suficientes. Nem sequer que todos os argumentos mobilizados em defesa das outras orientações sejam totalmente destituídos de senso. Ela comporta, aliás, uma diversidade de significados que até ao momento não foram ainda desvendados.

5.3. Acima de tudo, é nesta última linha de pensamento que deve ser integrada aquela que é, certamente, uma das orientações mais em voga, tanto na Alemanha como em Portugal, a respeito da *vexata quaestio* da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.³³ Nas palavras do seu principal arauto, C.W. Canaris, “estamos, assim, a chegar à decisiva «palavra-chave»”. E aqui a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* ajuda-nos a prosseguir. Esta constitui, na verdade, uma explicação dogmática convincente para a «eficácia

³² Sobre outras teses da “relação meio/fim” e da “fundamentação”, SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 252-253.

³³ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 69 ss.; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 148 ss.; e *Autonomia*, pp. 313 ss.. Também, I. SARLET, *A influência*, esp. pp. 124 ss.; B. MACCRORE, *A vinculação*, pp. 28 ss., mas também pp. 66-67; J.J. ABRANTES, *Contrato*, pp. 98-100;

mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros», da qual, em substância se trata aqui (isto, se não quisermos renunciar totalmente ao uso da expressão, para o que não faltam argumentos). Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são igualmente atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a defender um cidadão perante o outro.³⁴ Neste quadro, seria “justamente através da mais fraca eficácia da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência” – em comparação com a proibição de intervenção e com o princípio da proibição do excesso – que ficaria garantido “o respeito pela autonomia do direito privado e, em especial, pela autonomia privada”.³⁵

Que esta posição se enquadra no modelo da sobreposição parcial (3) resulta, por um lado, da afirmação segundo a qual compete ao direito ordinário – e não à própria Lei Fundamental, naturalmente – “disponibilizar os instrumentos de protecção” exigidos pelos “imperativos jurídico-constitucionais de tutela”, os quais “vão desde o direito penal, passando pelo direito administrativo, tributário e social, até ao direito privado”.³⁶ Com efeito, “à disposição do direito infraconstitucional, existe (...) um amplo espectro de diferentes instrumentos”.³⁷ Os deveres de protecção correspondem a uma figura mais ampla do que a sua eficácia no âmbito do direito privado e das relações jurídicas por este regidas, espalhando-se antes de mais por outros ramos da enciclopédia jurídica (a começar pelo direito penal, de onde aliás são originários). Neste sentido, a afectação dos privados pelos direitos fundamentais no âmbito das suas relações intersubjetivas constitui-se, pois, como um sub-caso da mais abrangente função do Estado de protecção jusfundamental.

Mas, em contrapartida, correspondendo esta tese específica, tal como apresentada até ao momento, a uma variante mais evoluída ou mais requintada das tradicionais teorias da eficácia mediata dos direitos fundamentais, não é de crer que se pretendam abandonar os antigos caminhos através dos quais, tipicamente, se fazia a irradiação dos direitos fundamentais para as relações jurídico-privadas, a come-

³⁴ CANARIS, *Direitos*, p. 58, apresentando em nota uma extensa lista dos (supostos) defensores da mesma posição dominante. No original, *Grundrechte*, p. 38.

³⁵ CANARIS, *Direitos*, p. 67.

³⁶ CANARIS, *Direitos*, p. 115.

³⁷ CANARIS, *Direitos*, p. 117.

çar pelos próprios conceitos de flexibilização do direito privado (*v.g.*, boa fé, bons costumes, ordem pública), mas passando também por outros institutos privatistas estruturantes (*v.g.*, direitos de personalidade, “responsabilidade civil extracontratual, responsabilidade pelo risco, acções negatórias”),^{38,39} Aliás – numa formulação que parece estar na origem de uma aparente justaposição entre teses da vinculação dos privados “através da mediação do legislador” e “através da mediação do juiz”⁴⁰ –, a convocação dos imperativos de protecção de direitos fundamentais, enquanto fundamento de concretos deveres de legislar, só ocorre quando não seja possível obter o desejado efeito de adstrição por meios hermenêuticos comuns: “o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de protecção de direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um acto do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito”.⁴¹ Assim, por exemplo, com o aprofundamento e consolidação das teorias sobre os chamados deveres de segurança no tráfego, enquanto instituto civilista *a se*, reduz-se significativamente a necessidade de convocação autónoma da figura dos imperativos constitucionais de tutela.⁴² Pelo que, em suma, os próprios deveres de protecção jusfundamental – ou a necessidade de proceder ao seu cumprimento através de uma intervenção legislativa *ad hoc* – representam apenas uma forma particular, entre várias outras, de alcançar a vinculação efectiva e recíproca dos sujeitos privados ao conteúdo dos direitos fundamentais. Se se preferir, é mais um instituto (de raiz constitucional), a par de outros (por regra com raízes privatistas), que contribui para alcançar o desiderato civilizacional de pôr fim à *dualidade ética* que, em matéria de direitos fundamentais, caracterizou o período liberal.

Esta conclusão não é alterada pelo facto de se reconhecer que, afinal, o juiz – ele próprio destinatário dos deveres constitucionais de protecção – tem também um papel importante no estabelecimento da vinculação dos privados aos direitos fundamentais, mormente quando o legislador não cumpriu em termos adequados as suas tarefas: “para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controlo jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judicial do direito. Mas, uma

³⁸ CANARIS, *Direitos*, p. 116.

³⁹ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 74.

⁴⁰ M.V. GRAU, *Derechos*, pp. 148 ss., e pp. 163 ss..

⁴¹ CANARIS, *Direitos*, p. 116. No original, *Grundrechte*, p. 81.

⁴² CANARIS, *Direitos*, p. 110; e *Schutzgesetze*, esp. pp. 77 ss..

vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência do que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir essa tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional défice de protecção”.⁴³ Com efeito, esta ideia de atribuir ao juiz um papel supletivo ou complementar do legislador no cumprimento dos deveres de protecção e, por essa via, na garantia de uma vigência real dos direitos fundamentais nas relações privadas – justificando agora mais claramente a já referida tese da vinculação dos privados “através da mediação jurisdicional” –, diz apenas respeito ao problema das funções do Estado que são destinatárias (primárias e secundárias) dos imperativos constitucionais de protecção. O papel atribuído à jurisdição em nada bule com a explicação das relações entre as duas figuras cotejadas com recurso ao modelo da sobreposição parcial.

No entanto, adiante-se desde já, que assim fica em causa a integração da posição doutrinária em análise no grupo das tradicionais teses da eficácia mediata dos direitos fundamentais – contrariando a visão do seu principal autor, que vê no apelo à figura dos deveres de protecção, recorde-se, “uma explicação dogmática convincente para a «eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros»”.⁴⁴ Quem, inclusivamente, responde em termos afirmativos à questão de saber “se a jurisdição (...) pode, em certas circunstâncias, ir além do mínimo de protecção jurídico-constitucionalmente imposto, porque e na medida em que o legislador (ordinário) também o poderia fazer”, não pode, ao mesmo tempo, colocar-se entre as teses mais conservadoras da eficácia meramente indirecta ou mediata. Não se trata sequer de uma orientação intermédia – uma espécie de “terceira via” entre as teorias da eficácia mediata e as teorias da eficácia imediata, tal como benevolmente já foi sustentado-^{45,46,47} Trata-se antes de uma orientação

⁴³ CANARIS, *Direitos*, p. 124. No original, *Grundrechte*, p. 87.

⁴⁴ CANARIS, *Direitos*, p. 58. No original, *Grundrechte*, p. 38.

⁴⁵ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 75, onde se lê: “mesmo nas situações em que não há lei ou cláusula geral aplicável, considera a tese dos deveres de protecção que os direitos fundamentais projectam efeitos jurídicos sobre as relações privadas, não enquanto direitos subjectivos oponíveis a particulares, mas mediatemente, através do reconhecimento de uma dimensão objectiva (...) de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, incluindo o poder judicial, especiais deveres de protecção que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a protecção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso directo à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares”.

⁴⁶ Criticando a ideia de uma “terceira via”, J. MIRANDA / J.P. SILVA, *Anotação ao artigo 18º*, p. 335. Contudo, reconhece-se hoje que a crítica não está bem fundamentada, por se basear apenas na distinção entre vinculação mediata através do *direito (privado) legislado* e a vinculação mediata através do *direito*

que vive numa contradição insanável entre os seus pressupostos, que quer manter à viva força – só os poderes públicos, legislador e tribunais, estão vinculados directamente pelos direitos fundamentais, mas não os sujeitos privados –, e os resultados que pretende (e diz conseguir) alcançar: a real vinculação dos particulares nas suas relações recíprocas, em conformidade com os padrões de tutela definidos pela própria Lei Fundamental. Com premissas *mediatas* não se podem obter consequências práticas tipicamente *immediatas*.

Na melhor das hipóteses, esta será uma orientação em trânsito: começa por uma vinculação mediatizada pela lei existente (e pelo seu desenvolvimento jurisprudencial), passa depois para uma vinculação mediatizada pelas leis que o legislador (ainda) deve editar, e termina – quando confrontada com o seríssimo problema das omissões legislativas – por reconhecer a necessidade (pontual) de uma vinculação apenas intermediada pela função jurisdicional, no que acaba por se mudar definitivamente para o outro lado da barricada: o da eficácia directa ou imediata.⁴⁸ Nem mesmo a mais aprofundada (re)fundamentação nacional desta teoria – para a qual os deveres de protecção constituem o sétimo céu do *modus vinculandi* dos privados, como se aqueles não estivessem carregados de problemas⁴⁹ – consegue explicar este percurso desviante, limitando-se a acusar as orientações defensoras da vinculação imediata de darem com uma mão, aquilo que depois tiram com a outra (por meio de vários expedientes de ponderação), bem como a caricaturá-las como um modo de entregar de bandeja ao arbítrio dos juizes (em detrimento do legislador democrático) a resolução de todos os conflitos jusfundamentais no seio das relações privadas.⁵⁰

No fundo, os deveres de protecção de direitos fundamentais são utilizados numa estratégia argumentativa de dissolução do problema complexo da vinculação das entidades privadas no problema, bem mais pacífico, da vinculação das

(privado) a legislar, esquecendo o papel que se pretende atribuir ao poder judicial. O que não significa que uma teoria que encerra uma *contradictio in adjecto* possa ser considerada uma verdadeira “terceira via”. Igualmente contra, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115-118.

⁴⁷ Também ALEXY, *Teoria*, p. 513, autonomiza uma “terceira teoria”, onde curiosamente integra quer a doutrina da “convergência estatista” – que, em rigor, é negativista –, quer a doutrina dos deveres de protecção.

⁴⁸ Assimilando abertamente esta posição às teses da eficácia imediata, B. MAC CROIRIE, *A vinculação*, pp. 66-67.

⁴⁹ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 111, invocando contra as teses da eficácia imediata o mais típico dos argumentos contrários aos deveres de protecção: o argumento da perversidade: “assistiríamos, nas relações entre privados, a uma verdadeira inversão dos direitos fundamentais, ou seja, à instrumentalização dos direitos fundamentais contra a liberdade”.

⁵⁰ J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 103 e pp. 108-109.

entidades públicas. Mesmo quando se procura construir um modelo em três níveis – “o dos deveres do Estado, o dos direitos contra o Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado”⁵¹ –, só o terceiro destes é que respeita efectivamente ao problema da vinculação das entidades privadas. Mas aquela estratégia falha quando (ou precisamente porque) se convocam os tribunais – ainda que supletivamente ou até excepcionalmente⁵² – à concretização, nos casos *sub judice*, dos deveres de protecção que sobre eles próprios impendem e simultaneamente da adstrição de privados aos direitos fundamentais dos seus concidadãos. A não ser que se queira mesmo defender a quadratura do círculo – conferir aos juízes o (exorbitante) poder de vincular os privados a obrigações de respeito pelos direitos dos seus congéneres que, para eles, não resultariam nem das normas constitucionais nem de nenhuma outra fonte normativa prévia! –, o chamamento dos tribunais à tarefa em questão, à margem do legislador, desloca inapelavelmente a posição doutrinal em causa para o campo da eficácia imediata (onde, como é sabido, nunca se excluíram formas paralelas de eficácia mediata). Numa palavra: “vincular o juiz a estes direitos implica, na prática, que os particulares também o estejam”⁵³.

Em síntese, sobreposição parcial sim, mas não à custa da menorização da função dos direitos fundamentais de vinculação dos sujeitos privados nas relações jurídicas que entre si estabelecem, nem tão-pouco de qualquer forma de dispersão daquela no quadro problemático da vinculação dos entes públicos.

5.4. Por conseguinte, várias razões permitem afirmar que a relação entre a figura da vinculação dos entes privados – tal como agora se apresentou – e os deveres estaduais de protecção obedece ao suprarreferido modelo da sobreposição parcial (posição 3). Nem aquela primeira figura é um capítulo desta segunda, nem esta segunda é um capítulo daquela primeira.⁵⁴

Por uma banda, ainda que na generalidade dos casos os deveres estaduais de protecção se destinem a prevenir ou a resolver situações em que os bens jurídicos garantidos pelos direitos fundamentais de certos privados se encontram ameaçados pela conduta de outros privados, nem sempre assim acontece. Como adiante se verá, há relações jusfundamentais que não se desenvolvem segundo uma estrutura triangular típica (e simétrica) – *titular-agressor* → *Estado-protector*

⁵¹ ALEXY, *Teoria*, p. 516.

⁵² J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 106-109.

⁵³ B. MAC CRORE, *A vinculação*, p. 67.

⁵⁴ SZCZEKALLA, *Die sog. Schutzpflichten*, pp. 248 ss.; KRINGS, *Grund*, pp. 333 ss..

→ *titular-vítima* –, desde logo porque há perigos para os bens protegidos pelos direitos fundamentais que justificam uma intervenção protectora do Estado, mas que não têm origem noutros sujeitos privados. Ou, pelo menos, noutros sujeitos privados sob jurisdição nacional e facilmente identificáveis – isto é, em termos que permitam aos poderes públicos a sua colocação efectiva sob o influxo dos direitos básicos. Será o caso, desde logo, dos vulgarmente chamados perigos da natureza, mas também o dos perigos originados por ou em Estados estrangeiros e, embora de uma forma menos clara, dos perigos humanos de origem muito difusa. Com efeito, mais do que a origem concreta dos perigos ou riscos jusfundamentais, que é em princípio indiferente, a dedução dos deveres de protecção é uma operação argumentativa muito centrada na análise da gravidade das ameaças e da natureza dos bens potencialmente atingidos.

Na banda oposta, há evidentemente muitas situações de vinculação dos privados aos direitos fundamentais que não passam de todo pelos deveres de protecção e pelo cumprimento (legislativo) dos seus imperativos – ou em que, no mínimo, a convocação desta figura se afigura supérflua. Tal será porventura menos frequente no âmbito das relações entre privados regidas por ramos de direito público ou por ramos de direito privado não dominados pelo princípio da autonomia privada – como sucede com o direito do trabalho ou com o direito da família –, dado que aí o *peso normativo* da Constituição se fará sentir com muito mais intensidade. Mas já será normal nas relações tipicamente regidas pelo direito civil, mormente no domínio contratual e obrigacional. Ou seja, naquele que é considerado o ponto nevrálgico da dogmática da eficácia privada. Tendo em conta que – na lógica referida de construção de uma vinculação dos privados segundo um modelo de geometria variável – não há nenhuma razão para excluir as vias emblemáticas de vinculação mediata do acervo dos instrumentos utilizáveis, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais, os direitos de personalidade e os deveres de segurança na tráfego continuam a ser meios perfeitamente válidos para alcançar com sucesso o efeito vinculativo em causa. Em tais situações de clara suficiência dos institutos próprios do direito privado – ainda que na sua aplicação os tribunais tenham de proceder à sua interpretação em conformidade com a Constituição –, a convocação dos deveres de protecção, mais até do que redundante, poderia atingir desnecessariamente a própria autonomia do direito privado.

Entre estas duas constelações opostas, existe efectivamente um núcleo problemático comum, em que as duas figuras constitucionais em confronto acabam por confluir. É certo que os deveres de protecção são em si mesmos um instituto moldado, antes de mais, pelo princípio da vinculação das entidades públicas e pe-

los elevadíssimos padrões de exigências que a Constituição lhes impõe. São obrigações do Estado, que se encontra posicionado no vértice superior da pirâmide jusfundamental. Eles comportam duas dimensões verticais distintas – uma de salvaguarda de bens fundamentais e outra de restrição – e não são apenas algo que respeite às relações que se processam na base da pirâmide – sejam elas horizontais ou, no caso dos poderes privados, também verticais (ou diagonais). Mas não é menos verdade que, na generalidade dos casos, os imperativos constitucionais de protecção têm como pano de fundo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações em que intervém. A função de protecção e a função de vinculação intersubjectiva privada intersectam-se reciprocamente: não porque caiba aos poderes públicos obrigados pelos deveres de protecção levantar do chão essa eficácia vinculativa dos sujeitos privados; ao invés, o dever de protecção existe precisamente porque (e na exacta medida em que) os particulares se encontram de antemão constitucionalmente vinculados, num sentido muito amplo, ao respeito pelos direitos fundamentais uns dos outros.⁵⁵ Os deveres de protecção representam, assim, um *plus* que assenta sobre a ideia de uma vinculação preexistente dos sujeitos privados aos direitos fundamentais. Se “A” não está vinculado pelo direito de “B”, juridicamente, é óbvio que também não o pode violar. Como justificar, então, uma intervenção protectora do Estado com o objectivo de evitar a *violação* de tal direito, sabendo-se para mais que isso implicará certamente a restrição de posições jusfundamentais de “A”?

6. A CONCLUSÃO POSSÍVEL

Em suma, como conclusão possível, pode sustentar-se que a autonomia da função de eficácia intersubjectiva privada e da função de protecção apresenta um duplo sentido.⁵⁶

Em primeiro lugar, apesar de a figura dos deveres estaduais de protecção assumir tipicamente como pressuposto a efectiva vinculação dos sujeitos privados, nas relações entre si, aos direitos fundamentais em causa – ou, para ser mais preciso, às faculdades e dimensões jusfundamentais que reclamam essa mesma tutela protectora –, ela integra-se na problemática constitucional da vinculação das entidades públicas, que começa naturalmente pela vinculação do próprio legislador.⁵⁷ O

⁵⁵ I. SARLET, *A influência*, p. 132. Na mesma linha, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, p. 117.

⁵⁶ Também em defesa da ideia de autonomia: G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição*, I, p. 387; ISENSEE, (§III) *Das Grundrecht*, pp. 216-217; e igualmente *Das Grundrecht*, pp. 35-36; RAUSCHNING, *Staatsaufgabe*, pp. 182-185.

⁵⁷ HESSE, *Grundzüge*, p. 156.

que significa, designadamente, que, numa perspectiva de regime constitucional, os deveres estaduais de protecção não se regem pelos padrões resultantes da parte final do n.º 1 do artigo 18.º, estando antes submetidos aos cânones aplicativos, por certo mais exigentes, do segmento imediatamente anterior desse mesmo preceito. Dever de protecção e vinculação recíproca dos entes privados não são uma e a mesma coisa, mas realidades distintas que têm uma única premissa em comum, mas que seguem a partir dele caminhos submetidos a lógicas e a regras razoavelmente distintas.⁵⁸

Em segundo lugar, uma vez destronadas, por evidente contradição com as opções do legislador constituinte, as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e centrando-se hoje a maior parte dos esforços doutrinários na determinação do *como* e da *intensidade* dessa mesma vinculação – ou seja, na alternativa entre eficácia mediata e eficácia imediata e na sua (superação ou) matização através de soluções intermédias e diferenciadoras –, é importante sublinhar que a afirmação autónoma do instituto dos deveres de protecção não está dependente da posição adoptada quanto a esta querela. E não é tanto porque se acumulam indícios do eminente esboroamento daquela dicotomia, com várias vozes a advogar o seu artificialismo e a professar a ideia de que ambas as teses chegam a resultados idênticos.⁵⁹ De um lado, tomando por referência o mesmo direito fundamental, a aceitação da mera vinculação mediata não desemboca necessariamente na imposição de deveres estaduais de protecção. Em primeira linha, há que contar com as muitas virtualidades da via hermenêutica, com o preenchimento dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, ou com os próprios direitos de personalidade, ou ainda com os deveres de segurança no tráfego. De outro lado, o reconhecimento de uma vinculação imediata não inviabiliza a dedução de imperativos de protecção, concretizadores ou complementares dos efeitos directamente produzidos pelos direitos fundamentais.⁶⁰

Compreende-se agora melhor por que motivo não merece aceitação a tendência segundo a qual é basicamente através do cumprimento (legislativo) dos deveres de protecção que se processa a vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais – ou, por outras palavras, a tendência que pretende abrir, no

⁵⁸ No sentido de que partem (antes) de um problema comum, isto é, a existência de perigos não estaduais para os bens jusfundamentalmente protegidos, HERMES, *Das Grundrecht*, p. 99.

⁵⁹ Designadamente: J. MIRANDA, *Manual*, IV, p. 337; V. ANDRADE, *Os direitos*, p.244; ALEXY, *Teoria*, pp. 511-515; fazendo notar que essa proximidade remonta à origem do problema, STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, p. 1531. Contra, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, p. 79.

⁶⁰ I. SARLET, *A influência*, p. 131.

espaço que supostamente medeia entre a eficácia mediata e a eficácia imediata, uma espécie de *terceira via* de relacionamento entre os direitos fundamentais e os sujeitos privados.^{61,62,63} Com efeito, não obstante esta tendência sincrética estar a ganhar terreno, é evidente que em larga medida ela se constrói à custa da independência dos deveres estaduais de protecção – assim como, no caso português, a expensas de um menor alcance da parte final do n.º 1 do artigo 18.º. Não se vislumbra como pode ser atribuída competência ao legislador ordinário, com a margem de livre conformação de que sempre dispõe – e, segundo alguns, só muito excepcionalmente também aos tribunais⁶⁴ – para decidir sobre se, e em que termos, podem os direitos fundamentais valer nas relações entre os respectivos titulares. Conquanto exista mesmo quem defenda que esta corrente coloca fora de moda a teoria da eficácia mediata, supostamente sufragada há mais de 50 anos pela tão controversa decisão *Lüth*⁶⁵ – no sentido em que a vetusta questão da *Drittwirkung* é agora atirada para as margens da teoria dos deveres de protecção⁶⁶ –, semelhante orientação em pouco difere das clássicas teses da eficácia meramente indirecta ou mediata.⁶⁷ Simplesmente, em vez de a vinculação dos particulares se efectuar com recurso ao direito previamente legislado – pensando-se, em regra, de modo redutor, apenas no direito privado vigente e, em particular, na interpretação

⁶¹ Como principal arauto: CANARIS, *Direitos*, esp. pp. 55-75; mas também STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1560-1561, e pp. 1573 ss.; FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, pp. 37 ss.; KLEIN, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, pp. 489 ss.; POSCHER, *Grundrechte*, pp. 272 ss., esp. pp. 285-289; PIETZCKER; *Drittwirkung*, pp. 345 ss.. Em Portugal, na respectiva senda, J. NOVAIS, *Direitos fundamentais*, pp. 72 ss.; J. ALEXANDRINO, *Direitos*, pp. 97-98; P.M. PINTO, *A influência*, pp. 153 ss. Manifestando-se claramente contra, E.C. BAPTISTA, *Os direitos*, pp. 115-118. Dando ainda conta da referida tendência: J. MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 337-338; V. ANDRADE, *Os direitos*, pp. 137 ss., e pp. 239-240; A.M. LEITÃO, *Normas*, pp. 414 ss.; B. UBILLOS, *La eficacia*, pp. 289 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 136 ss..

⁶² Em rigor, porém, a origem desta orientação remonta ao próprio Dürig, que baseia a sua tese da eficácia mediata no *dever de protecção da dignidade humana* do artigo 1.º da Lei Fundamental: MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz*, I, Art. 1, Abs. III, n.m. 132.

⁶³ A tendência terá chegado ao Tribunal Constitucional germânico na sua decisão “*Handelsvertreter*”, de 1990 (BVerfGE, 81, 242). Lendo a decisão neste sentido: OETER, “*Drittwirkung*”, pp. 549-551; STARK, *Praxis*, p. 67.

⁶⁴ CANARIS, *Direitos*, pp. 39 ss., e p. 58; J. NOVAIS, *Os direitos*, p. 108; referindo-se amplamente à mediação do juiz, UBILLOS, *La eficacia*, pp. 302 ss.; V. GRAU, *Derechos*, pp. 163 ss.; STERN, (§ 76) *Die Wirkung*, pp. 1582-1586.

⁶⁵ Decisão que remonta a 1958 (BVerfGE, 7, 198), logo confirmada pela decisão *Blinkfüer*, de 1969 (BVerfGE, 25, 256).

⁶⁶ FLOREN, *Grundrechtsdogmatik*, p. 39.

⁶⁷ JARASS, *Die Grundrechte*, pp. 373-378, falando de uma “estreita conexão” entre efeito *mediato* dos direitos fundamentais e dever de protecção estadual.

(conforme) dos seus preceitos e no preenchimento dos seus conceitos indeterminados e cláusulas gerais⁶⁸ –, tal efeito vinculativo dar-se-ia agora com apelo à transformação ocasional ou pontual desse mesmo direito privado. O que, por sua vez, equivale tão-só a reconhecer duas evidências: a natureza lacunar do direito privado em matéria de tutela dos bens jusfundamentais; e que o respectivo legislador – como se houvesse vários legisladores, um para o direito público e outro para o direito privado!⁶⁹ – está igualmente obrigado a garantir de modo activo o respeito pelos direitos fundamentais. Junta-se apenas o direito legal *constituendo* ao direito legal *constituído*.

Ora, a realidade afigura-se diversa da sugerida pela teoria em análise. Em se tratando de relações jusfundamentais triangulares, não é porque o Estado está obrigado a cumprir certos deveres de protecção que os correspondentes bens jurídicos vão acabar, reflexa ou mediatamente, por produzir efeitos vinculantes entre os sujeitos privados envolvidos. Será sim porque os entes privados estão entre si adstritos aos direitos fundamentais que o Estado está, em determinadas circunstâncias, obrigado a um dever de protecção. É porque essa vinculação foi definida *a priori* pela Constituição que o Estado tem, por vezes, que proteger legislativamente os bens jusfundamentais que se encontram sob ameaça.⁷⁰ O respeito a que *A* está juridicamente obrigado para com a vida de *B* não advém da norma legal que pune o homicídio, mas é o dever de proteger penalmente o bem vida que assenta sobre a vinculação recíproca de todos pela vida dos seus semelhantes. O direito civil não apresenta, a este respeito, qualquer especificidade. Por isso, as liberdades fundamentais não vinculam apenas as partes de um contrato quando, previamente, o legislador entendeu ser seu dever interceder por elas, dado que este ou aquele contraente tem uma posição mais frágil, ou devido ao facto de neste ou naquele tipo contratual as relações serem tendencialmente desigualitárias. Em qualquer dos casos, a intervenção do legislador não tem um carácter constitutivo, mas meramente declarativo e concretizador.⁷¹ Para que não restem dúvidas, o n.º 1 do artigo 18.º contém uma norma que estabelece a aplicabilidade – mediata ou imediata, nem isso é agora verdadeiramente decisivo – dos direitos fundamen-

⁶⁸ O que, certamente, não deixa de ser uma reminiscência da formação de base do principal autor: C.W. Canaris.

⁶⁹ No entanto, insistindo na ideia de vinculação do dito “legislador privado”: CANARIS, *Direitos*, pp. 28 ss.; STERN, (§76) *Die Wirkung*, pp. 1565 ss.; HESSE, *Grundzüge*, p. 159.

⁷⁰ O mesmo valerá, aliás, para o dever de protecção jurisdicional: STERN, (§76) *Die Wirkung*, p. 1551, e pp. 1582 ss..

⁷¹ UBILLOS, *La eficacia*, p. 297.

tais nas relações entre particulares. Não é uma simples autorização concedida ao legislador (e, em casos excepcionais, à função jurisdicional), nem tão-pouco uma norma atributiva de competência para, através da sua acção, proceder a essa vinculação.⁷² A vinculatividade dos direitos fundamentais *inter privados* é em si mesma fixada pela Constituição, não podendo estar sujeita às margens de livre decisão e ponderação que em regra são reconhecidas ao legislador ordinário no domínio dos seus deveres de protecção.

7. BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, J., *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, 2005.
- ABRANTES, J., *Vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa, 1990.
- ALEXANDRINO, J., *Direitos fundamentais – Introdução geral*, Estoril, 2007.
- ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales*, trad., Madrid, 1997.
- ANDRADE, V., *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012.
- BAPTISTA, E.C., *Os direitos de reunião e de manifestação no direito português*, Coimbra, 2006.
- CANARIS, C.W., *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin/..., 1999, trad. P.M. Pinto, *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, G. / MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, I e II, Coimbra, 2007 e 2010.
- CANOTILHO, G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2005.
- CARMONA, M., *O acto administrativo conformador de relações de vizinhança*, Coimbra, 2012.
- DUARTE, M.L., *O direito de petição: cidadania, participação e decisão*, Coimbra, 2008.
- FLOREN, D., *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht*, Berlin, 1999.
- GRAU, M.V., *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid/Barcelona, 2004.
- GRIMM, D., *The protective function of the state, in European and US Constitutionalism*, ed. G. Nolte, Cambridge, 2005.
- HAGER, J., “Grundrechte im Privatrecht”, *JZ*, 8, 1994, p. 373.
- HERMES, G., *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Satz 1 GG*, Heidelberg, 1987.
- HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad., Madrid, 1995.

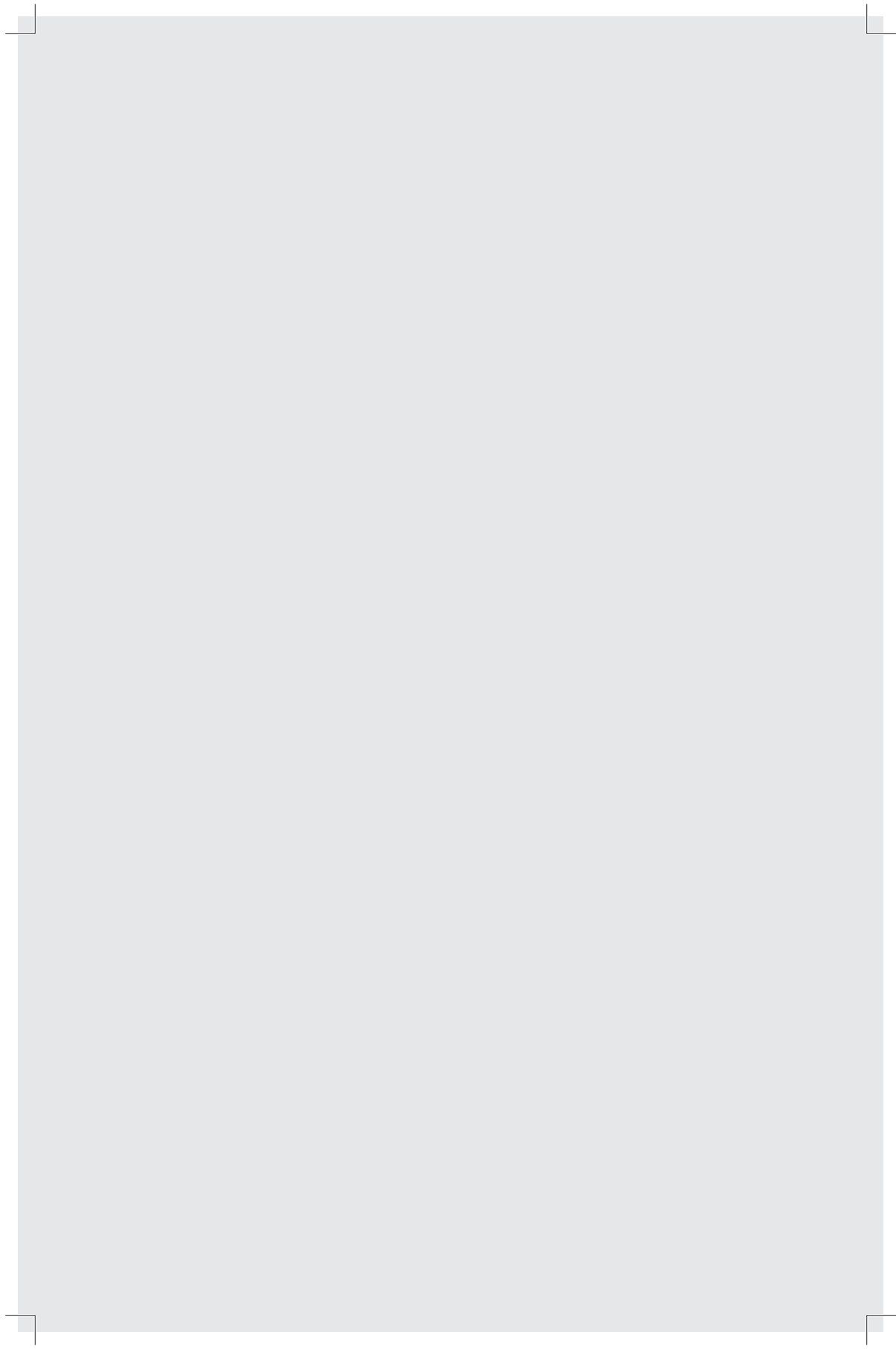
⁷² Neste sentido, I. SARLET, *A influência*, pp. 131-132.

- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1999.
- ISENSEE, J., “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflichten (§ III)”, in J. Isensee / P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, v, 2000, Heidelberg, p. 143.
- JARASS, H., “Die Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektiv-rechtlich Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR*, 110, 1985, p. 363.
- KLEIN, H., “Die grundrechtliche Schutzpflicht”, *DVBl*, 1994, p. 489.
- KRINGS, G., *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Berlin, 2003.
- LANGNER, T., *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Frankfurt, 1998.
- LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960.
- LEITÃO, A.M., *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2009.
- MAC CRORIE, B., *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, 2005.
- MAUNZ / DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, I, Art. 1, Abs III, n.m. 132, München, 1973, 1994 e 1996-7.
- MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: IV, 5ª ed., 2012; VII, 1ª ed., 2007.
- MIRANDA, J. / SILVA, J.P., “Anotação ao artigo 18º”, J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010.
- MURSWIEK, D., *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, 1985.
- NOVAIS, J., *Direitos fundamentais – Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006.
- OETER, S., “«Drittwirkung» der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts”, *AöR*, 119, 1994, p. 529.
- PIEROTH, B. / SCHLINK, B., *Grundrechte – Staatsrecht*, II, Heidelberg, 2004.
- PIETZCKER, J., “Drittwirkung, Schutzpflicht, Eingriff”, in *Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geb.*, Maurer (Hrsg.), München, p. 345.
- PINTO, P.M., “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in *Direitos fundamentais e direito privado*, org. P. Monteiro / J. Neuner / I. Sarlet, Coimbra, 2007, p. 145.
- PINTO, P.M., “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra, 2005, p. 313.
- POSCHER, R., *Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, 2003.
- RAUSCHNING, D., “Staatsaufgabe Umweltchutz”, in *VVDStRL*, 38, 1980, p. 167.

- ROBBERS, G., *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987
- SARLET, I., “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro”, in *Direitos fundamentais e direito privado*, org. P. Monteiro / J. Neuner / I. Sarlet, Coimbra, 2007, p. 111.
- SCHWABE, J., “Bundesverfassungsgericht und «Drittwirkung» der Grundrechte”, *AöR*, 100, 1975, p. 442.
- SCHWABE, J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971.
- SEQUEIRA, E.V., *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Lisboa, 2004.
- STARCK, C., *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994.
- STERN K. / SACHS, M., “Die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung (§76)”, in *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1994, p. 1511.
- SZCZEKALLA, P., *Die sogenannten grundrechtliche Schutzpflichten in deutschen und europäischen Recht*, Berlin, 2002.
- UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997.
- UNRUH, P., *Zur Problematik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1996.
- XAVIER, B., *Direito da greve*, Lisboa, 1984.

SEGUNDA PARTE

Nuevos territorios y espacios para los derechos fundamentales

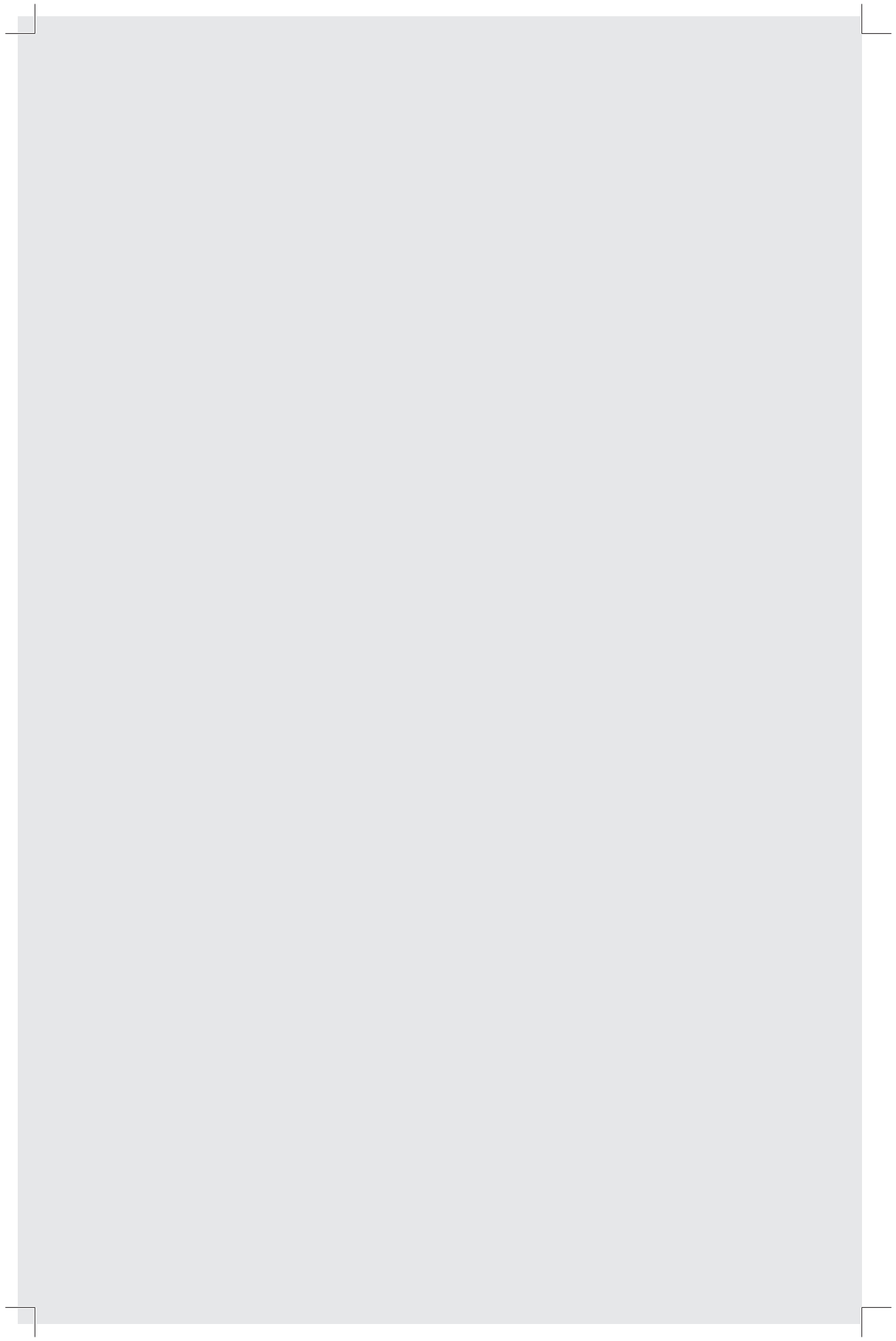


La territorialización de los derechos.
Las nuevas declaraciones de derechos en los estatutos de autonomía y en
la Unión Europea

José Tudela Aranda

SUMARIO

1. A modo de aproximación generalista a la relación derechos/federalismo.
 - 1.1. La transcendencia jurídica e ideológica de esta relación.
 - 1.2. Igualdad versus diversidad.
2. El diseño constitucional español.
 - 2.1. El reparto competencial en materia de derechos y libertades en la Constitución.
 - 2.2. Los derechos y libertades en los Estatutos de Autonomía.
 - 2.3. La evolución de la interpretación del artículo 149.1.1.^a de la Constitución.
3. Los Estatutos de Autonomía de Segunda generación.
 - 3.1. Naturaleza.
 - 3.2. Sujetos. Titulares y obligados.
4. Los derechos y libertades en los estatutos y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
 - 4.1. La Sentencia de 12 de diciembre de 2007.
 - 4.2. La Sentencia de 21 de junio de 2010.
5. Valor y significado de los derechos. Riesgos y oportunidades.
6. Bibliografía.



I. A MODO DE APROXIMACIÓN GENERALISTA A LA RELACIÓN DERECHOS/FEDERALISMO

I.1. *La trascendencia jurídica e ideológica de esta relación*

La territorialización de los derechos, libertades y principios rectores es una cuestión de gran calado ideológico. La incorporación de derechos y libertades a los ordenamientos subestatales expresa el deseo del poder correspondiente de vincularse directamente con sus ciudadanos a través del máximo nivel, a través de una declaración de derechos. Ello tiene un valor jurídico de primer orden. Pero también político. Con semejante título como pórtico, los Estatutos o Constituciones subestatales, alcanzan, o pretenden alcanzar, un estadio cualitativamente diferente.¹ Puede afirmarse que si cualquier Estado descentralizado se mueve en la dialéctica unidad/autonomía, la inclusión de derechos y libertades supone una profundización de la autonomía y cierta erosión de la unidad.² Dicho de otra forma, profundiza la diferencia en detrimento de la homogeneidad. Hasta el punto de que se considera que el reconocimiento diverso de derechos en las normas básicas subestatales puede ser una vulneración inaceptable del orden constitucional, no sólo en relación con la igualdad de los ciudadanos, sino también con la unidad.³

¹ CANOSA (2007): 64.

² Expresivo de ello es el debate que siguió a la Carta Federal de Derechos canadiense (RUIZ ROBLEDO (1997): 215-246). En Alemania, el reconocimiento de derechos singulares a los menores, incluyendo la reducción de edad a los 16 para el ejercicio del derecho de sufragio, ha sido causa de lo que se ha denominado un cambio de perspectiva para el unitario federalismo alemán (LORENZ (2015): p. 17).

³ Éste es el caso de Italia. Pronunciamientos de la Corte Constitucional 196/2003; 372, 378 y 379/2004 (Delledonne y Martinico (2009): p. 12).

Es cierto que distintas fuerzas paliar y paliaran estas diferencias. En primer lugar, las Constituciones mantendrán siempre su vigencia, y, en muchas ocasiones, como es el caso español, las novedades materiales introducidas por los entes subestatales distarán de ser significativas. Junto a ello, el factor emulación, servirá a la consecución de una igualdad sustancial. Precisamente, desde esta idea de emulación se puede ver una de las facetas más positivas de la inclusión de estos derechos y libertades. En virtud de la misma, su desarrollo se antoja como una fuente de gran riqueza para el enriquecimiento general del estatus ciudadano. En todo caso, el reconocimiento de los derechos en el orden subestatal es faro para la diferencia.

Por ello, no es posible evitar el debate sobre la afección que para la unidad del Estado significa su reconocimiento. Un debate presente, como se ha visto, en el caso italiano, o en relación con la carta canadiense. Es normal. El valor ideológico de una declaración de derechos desborda con amplitud el ámbito «ordinario» de la relación entre el Estado y las entidades subestatales. Los derechos y libertades condensan el proyecto político de una comunidad y es razonable preguntarse por la incidencia que en el todo pueden tener apuestas singulares. Por otra parte, no es descubrir nada nuevo indicar que en la mayoría de las ocasiones la inclusión de esos derechos y libertades en las cartas de las primeras normas subestatales tiene, al menos, tanto de reivindicación identitaria como de apuesta real por la mejora del estatus ciudadano, sino más.

Desde estas premisas, es conveniente interrogarse por la relación de su existencia con el Estado federal. No con el Estado entendido tan sólo como una forma de organizar territorialmente el poder. La confrontación de la que pueden extraerse datos de interés es aquella que examine derechos y libertades con la cultura federal.⁴ Buscar en su desarrollo lo mejor del ideal federal, se antoja como una adecuada guía de ruta. Federalismo como libertad y como diversidad, pero también como forma de pertenecer a un todo y de compartir unos valores, normas... y derechos comunes. Federalismo que supone mirar al otro con la lealtad propia de poderes públicos que sirven a unos mismos intereses generales. Federalismo que ve en el ciudadano, con independencia de donde tenga su residencia y cuales sean sus valores políticos y afectivos, eso, un ciudadano. Apelar a la idea federal es también, por supuesto, apelar a la vigencia del principio de solidaridad. Como señaló el profesor Martín-Retortillo, los derechos y libertades son expresión de una solidaridad común.⁵

⁴ DION (2005).

⁵ MARTÍN-RETORTILLO (2006).

Trasladando las anteriores reflexiones a un marco normativo, repetiría lo que ya tuve ocasión de señalar cuando por vez primera me enfrenté al análisis del artículo 149.1.1.^a de la Constitución. Los derechos y libertades son el elemento esencial de la ideología que inspira la Constitución española de 1978. En el juego también consagrado por la Constitución entre unidad y autonomía, el principio de unidad necesariamente había de traducirse en una homogeneidad mínima en materia de derechos y libertades. Una homogeneidad que garantiza el precepto comentado. Ahora bien, el constituyente quiso que ese suelo de homogeneidad fuese también respetuoso con las consecuencias del principio de autonomía. Un principio que, vinculado a los derechos, es una cláusula de libertad, en tanto que faculta a los poderes públicos autonómicos a incrementar el espacio del estatus ciudadano. En el entendido de la autonomía como desarrollo de la libertad y como complemento de la unidad.⁶

1.2. *Igualdad versus diversidad*

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la premisa ideológica y jurídica de mayor transcendencia afectada por la territorialización de los derechos es la dialéctica entre unidad y autonomía. Una dialéctica con reflejo sobre el estatus de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos. De hecho, la unidad ideológica de un moderno Estado democrático se viene atribuyendo a la determinación de unos derechos comunes e inviolables a todos los ciudadanos. La ciudadanía se transforma, se ha señalado reiteradamente, en el elemento definidor de la nación moderna.

Como se ha indicado, es una nota común a todo Estado descentralizado. La definición de los derechos y libertades en los ordenamientos subestatales abre un debate que trasciende los límites de la mera organización territorial. En el caso español, no creo que resulte demasiado osado señalar que los constituyentes, e, incluso, los redactores de los primeros Estatutos, aceptaron, al menos de manera implícita, la premisa de que los derechos y libertades debían ser unos y comunes para todos los ciudadanos. A ello responderían en la Constitución cláusulas tan significativas como las contenidas en el artículo 139.1 o en el 149.1.1.^a de la Constitución, y, en los Estatutos de Autonomía, la remisión genérica a lo determinado en la misma. Tanto la letra de los preceptos como el espíritu que los sostenían se alimentaban a su vez de una profunda cultura de la igualdad. Es una cuestión esencial y en muchas ocasiones no se repara en ello. Cada Estado responde a

⁶ TUDELA (1994): pp. 426-431.

una tradición cultural. No es arriesgado decir que en los Estados herederos de la cultura jurídica, y política, francesa, en buena medida todos los europeos, la igualdad ante la ley es uno de los principios más estructuralmente arraigados. Por supuesto, se proyecta con particular intensidad sobre derechos y libertades. Desde esta premisa, deben entenderse las dificultades que puede conllevar desarrollar la cultura de la diversidad propia de la descentralización política. Una cultura que, inexcusablemente, acaba reflejándose en diferencias en los derechos que disponen los ciudadanos en función de su territorio de residencia.

En España, el desarrollo del texto constitucional y, en particular, de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, puso en evidencia que los españoles iban a diferenciarse no sólo por el grado de eficacia con el que sus respectivos poderes autonómicos ejercían sus competencias, sino también por su opción de crear nuevos derechos o, al menos, de modular significativamente los existentes. Pronto, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de indicar que igualdad no es uniformidad y que la cláusula del artículo 139.1 de la Constitución, debía entenderse de forma matizada, y básicamente referida a la igualdad en el interior de cada ordenamiento. Admitido el hecho natural de que la autonomía implicaba diversidad en relación con los derechos, quedó más claramente de manifiesto que la igualdad se proyectaba sobre aquellos derechos y libertades que, por mor de la Constitución, eran comunes a todos los españoles, con independencia de su Comunidad de residencia. Y que en sus márgenes existía un significativo espacio para la diferencia. De esta manera, se adelantaba una idea que sería importante en relación con lo Estatutos de segunda generación. La alegación de la igualdad no podría ser argumento para negar la constitucionalidad de las tablas de derechos estatutarias.⁷

En todo caso, las tensiones relacionadas con esta dialéctica se extienden de manera general a la dinámica de los Estados descentralizados. Por encima de afirmaciones de autogobierno y consideraciones jurídicas sobre las competencias, no cabe olvidar que la sensibilidad general es siempre elevada en relación con las diferencias de derechos entre ciudadanos por razones de residencia.⁸ Desde luego, esa sensibilidad se encontrará íntimamente relacionada con lo que podría denominarse tradición federal. Es decir, no es lo mismo introducir la diferencia en Estados hasta ayer uniformes que valorarla en Estados que han convivido con ella desde su propia fundación.

⁷ FERRERES (2006): 22.

⁸ SOLOZÁBAL (2008): 16

Si las tensiones alrededor de la relación entre derechos y descentralización son comunes a todos los Estados de corte federal, y muy singularmente a los modelos de federalismo de devolución, el caso español presenta singularidades que posibilitan un análisis especial. Aunque sólo la relevancia de la materia podría explicar una atención singularizada a esta cuestión, su inserción en la evolución del Estado autonómico le otorga un valor añadido. De alguna manera, es posible establecer un paralelismo entre la evolución general del modelo y la evolución de esta cuestión en particular. En una primera etapa, la consolidación y ordenación del modelo de descentralización política, sólo parcialmente dibujado por la Constitución, coincidió con un desarrollo natural de la relación entre derechos y descentralización política. En una segunda etapa, los derechos fueron una de las banderas del apogeo de la ideología descentralizadora cuya máxima expresión habían de ser los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación. En los mismos, se atribuía a los derechos un plus particularmente significativo. Habían de reforzar la naturaleza cuasi constitucional de los Estatutos y el valor identitario de los mismos. Finalmente, sin transición, se abrió una etapa caracterizada por la regresión del principio de autonomía y una no desdeñable centralización del modelo. Durante la misma, los derechos y libertades recogidos en los Estatutos recién aprobados, y que en buena media habían sido bandera de los mismos, quedarán relegados a un largo silencio.⁹ La razonable previsión de que el desarrollo de los Estatutos de segunda generación en materia de derechos iba a ser tanto una relevante fuente de conflictos como un elemento destacado para la construcción sustantiva no sólo del modelo territorial, sino del propio desarrollo del Estado social, quedaría radicalmente desmentida por los efectos de una crisis económica que tendría tanto a la autonomía como a ese Estado social, entre sus primeras víctimas. Esta evolución es merecedora de un análisis más pausado.

2. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

2.1. *El reparto competencial en materia de derechos y libertades en la Constitución*

Como se sabe, en los Estatutos de primera generación no se incluyó un título sobre derechos y libertades. Ello no significa que los derechos fuesen ajenos a los mismos. Sí se introdujo en todos ellos, un artículo referido a los derechos y libertades que se limitaba a recordar que eran los establecidos en la Constitución y que los poderes públicos autonómicos tenían el compromiso de velar por los

⁹ TUDELA (2016).

mismos. Se puede afirmar que esta presencia, meramente referencial, de los derechos en esos textos, se entendió como algo natural. Diversos factores ayudaban a ello. Por una parte, era asumido como tarea común y prioritaria el hacer efectiva la larga relación de derechos y libertades enunciados en la Constitución. Por otra, como ya se ha indicado, existía una tácita aceptación de una igualdad sustancial de todos los españoles en esta cuestión y la inclusión de los mismos en los Estatutos de Autonomía no hubiese sido entendida, al menos por una amplia mayoría.

Si bien era cierto que el artículo 149 de la Constitución no atribuía en ninguno de sus párrafos esta competencia de manera nítida al Estado, también lo era que éste no se encontraba carente de argumentos no sólo para adjudicarse esta competencia con un alcance restringido, sino para, incluso, alrededor de la misma construir una competencia expansiva. El título competencial que servía de apoyatura a esa interpretación no era otro que el previsto en el párrafo 1.º del artículo 149.1 de la Constitución, con una redacción que, desde las primeras lecturas, se antojó compleja.¹⁰

Junto a ello, el Estado disponía de otros poderosos argumentos para avalar su competencia exclusiva en esta materia. Sin ánimo de exhaustividad, puede recordarse la obligación de desarrollar por ley orgánica los derechos y libertades contenidos en la sección 1.ª del capítulo 2.º del título 1; la garantía del contenido esencial de los derechos y libertades; el principio de igualdad de derechos y obligaciones previsto en el artículo 139.1; o el principio de unidad de mercado eran, entre otros, argumentos utilizados para negar la competencia autonómica en el desarrollo de derechos y libertades.

2.2. *Los derechos y libertades en los Estatutos de Autonomía*

Como se ha indicado, ni los Estatutos de la denominada vía lenta ni los de las mal denominadas Comunidades históricas, introdujeron una cláusula competencial sobre esta materia. Como también se ha dicho, tampoco fueron radicalmente ajenos a los derechos. Y era fácil prever que en el desarrollo de esos Estatutos, las Comunidades legislarían sobre derechos, muy en particular sobre los derechos sociales. Una mera lectura de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, hacía sencillo presagiar que habrían de surgir dificultades interpretativas. En efecto, el listado de esas competencias recogía, primero esencialmente en los Estatutos de las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151; posteriormente, tras las sucesivas reformas de los textos de las

¹⁰ Vid MARTÍN-RETORTILLO (1983): 18.

denominadas Comunidades de vía lenta, en todos, bastantes materias que o bien estaban directamente relacionadas con derechos constitucionales o que bien incidían directamente en los mismos. Educación, sanidad, fundaciones, asociaciones, régimen electoral, vivienda, medio ambiente, propiedad, protección del consumidor y usuario, etc., son algunos ejemplos.¹¹

Así las cosas, era evidente que si bien las Comunidades Autónomas no disponían de una cláusula general de desarrollo de derechos y libertades, si eran, por el contrario, protagonistas, y de no poca relevancia, en el desarrollo de muchos de ellos, sobre los que poseían muy significativas competencias, especialmente en relación con los derechos sociales.¹² Poco a poco fue asumiéndose que autonomía implicaba diferencias entre los distintos habitantes del Estado en función de la Comunidad Autónoma de residencia y que esas diferencias habrían de afectar también a esos derechos. Con esta premisa, la cuestión a plantear era otra: la determinación del mínimo común de igualdad en esta materia obligado y garantizado por la Constitución.

2.3. *La evolución de la interpretación del artículo 149.1.1.ª de la Constitución*

El artículo 149.1.1.ª es el precepto que debe ser tomado como punto de partida inexcusable en cualquier debate sobre las competencias autonómicas en la materia, aunque la doctrina se ha expresado de forma contradictoria sobre este punto.¹³ La importancia de este precepto se constata por la continuidad de su presencia en el debate jurídico político sobre el Estado autonómico. Así, su utilización, en demasiados casos abusiva, por el Estado durante la crisis, ha vuelto a poner de manifiesto su relevancia y su conexión con la relación derechos/Estado autonómico.

En los primeros estudios y pronunciamientos jurisprudenciales, el artículo 149.1.1.ª aparecía como expresión del principio de igualdad; como título competencial del Estado; como cláusula interpretativa del reparto competencial; y/o como límite a las competencias autonómicas. Fue con motivo de la Sentencia 31/1997 que fallaba el recurso contra la Ley del Suelo, cuando el Tribunal dio un paso relevante en su interpretación, alejándose significativamente de anteriores pronunciamientos. Tras negar su condición de título horizontal, el Tribunal proclamó de manera rotunda su carácter de título competencial autónomo, positivo o habilitante, y constreñido al ámbito normativo. Una competencia que versaría

¹¹ VANDELLI (2007): 131.

¹² SÁENZ (2003); SÁNCHEZ FERRIZ (2005): 101-131.

¹³ En contra de esta posición, VILLAVARDE (2005): 213-216. En sentido contrario, TUDELA (1994); CABELLOS (2001).

sobre el régimen jurídico de los derechos y libertades constitucionales y que debería respetar el mapa competencial que se extrae de la propia Constitución y de los Estatutos de Autonomía.¹⁴

Con todo, la Sentencia no cerró la cuestión. La interpretación del art. 149.1.1.^a siguió siendo una cuestión abierta. Ni en el Tribunal Constitucional ni en la doctrina han cesado las discrepancias, incorporándose relevantes corrientes interpretativas. No es una polémica más de las muchas que se dirimen alrededor de nuestra forma de organización territorial del poder. Tras ella, han estado siempre dos visiones bien diferentes del Estado autonómico. Una, centraba su discurso en la igualdad exigida por el Estado social y, veía en el 149.1.1.^a la cláusula competencial que permitía asegurar una determinada homogeneidad, aun en contra del propio reparto de competencias expresamente establecido en otros preceptos. La segunda, defendía una visión más pro autonomía y la imposibilidad de imponer esa cláusula a otras materias perfectamente delimitadas. El artículo 149.1.1.^a debía integrarse en el reparto, y hacerlo de manera restrictiva. Nunca imponerse al mismo. Con los matices que se desee, es posible afirmar cada una de estas tesis ha tenido un momento de gloria, que se correspondió, no podía ser de otra manera, con las visiones más autonomista y más centralista que se han realizado del Estado autonómico, respectivamente, Estatutos de segunda generación y crisis económica.¹⁵

Precisamente, la última etapa del Estado autonómico, coincidente con la crisis económica iniciada en 2008, y de claro signo centralizador, como suele ser pauta en los Estados descentralizados políticamente, ha devuelto un protagonismo inesperado al artículo 149.1.1.^a. Aunque en una escala menor a la del título contenido en el 149.1.13.^a, el 149.1.1.^a ha sido utilizado con cierta profusión por Estado para justificar su intervención en materias claramente competencia de las Comunidades Autónomas, como sanidad. Y una intervención bien lejana a la categoría de posibles bases, llegando a rozar la gestión. Lo mismo ha sucedido en otras materias sociales relacionadas con derechos. Lo más relevante es que el Tribunal Constitucional ha avalado esta interpretación claramente expansiva, regresando virtualmente a su primera caracterización.

3. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE SEGUNDA GENERACIÓN

Si bien ya ha habido ocasión de realizar alguna referencia a los Estatutos de Autonomía en relación con los derechos y libertades, resulta preciso realizar una muy

¹⁴ CABELLOS (1997): 28-33; MURILLO (1999).

¹⁵ TUDELA (2016).

breve parada alrededor de los mismos. Una parada que, por supuesto, no puede tener por objeto debatir sobre la posibilidad o imposibilidad de que los derechos y libertades fuesen contenido estatutario ni sobre las características concretas de los mismos. Alrededor de este punto tuvo lugar un debate que puede calificarse como uno de los más ricos cuantitativa y cualitativamente de los muchos que ha generado la fórmula política del Estado autonómico. Pero sí resulta preciso realizar algún recordatorio y comentario al hilo de los mismos como premisa de ulteriores reflexiones, destacando dos cuestiones que, por razones diversas, tienen una particular importancia.¹⁶

3.1. *Naturaleza*

Es pertinente observar que en el debate sobre la naturaleza de los derechos pueden distinguirse dos enfoques. Por un lado, el que merece cada uno de los preceptos que hacen referencia a su inclusión en los Estatutos. Por otro, el que deriva de su confrontación con el orden constitucional y que, en última instancia, resolverá el Tribunal Constitucional. Por supuesto, es posible pensar que el primer enfoque es innecesario, ya que, a la postre, lo que resulta determinante es la consideración que al Tribunal Constitucional merezcan estos derechos. Pero creo que no es así. Entiendo que es pertinente una lectura detenida de lo que los Estatutos de segunda generación denominan derechos y libertades, con independencia del juicio constitucional que merezcan. Desde otra perspectiva, se trata de saber si, permítase la licencia, todo aquél ruido se correspondía con nueces. Más adelante habrá ocasión de examinar la conclusión del Tribunal Constitucional sobre este particular.

La verdadera naturaleza de aquello que se enunciaba solemnemente como derecho, es una cuestión esencial. Una rápida lectura de esos textos hace fácilmente comprensibles las dudas que se plantean.¹⁷ Diversos datos apuntan en dirección a las mismas. Así, su estructura, mayoritariamente construida sobre la remisión a una ley de desarrollo; la confusa relación que en ocasiones se produce no sólo de los derechos con los principios rectores sino incluso de unos y otros con los objetivos de las políticas públicas; o las obligadas limitaciones en cuanto al régimen de garantías de los mismos, son algunos de ellos. Con facilidad pudo señalar el Tribunal Constitucional que bajo la denominación derecho «se puede hacer referencia a cuestiones muy diferentes» (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, FJ 16).

¹⁶ TUDELA (2009): 85-164

¹⁷ BIGLINO (2006): 39-61; EXPÓSITO (2011): 497.

La mayor dificultad que encuentra el intérprete es que una amplia mayoría de los preceptos estudiados enuncian un derecho para inmediatamente remitirse a «los términos de la ley que lo desarrolle». Si es mayoritario entender que los principios rectores del texto constitucional no generan un derecho efectivo sino en la medida en que el legislador ordinario así lo establezca, la pregunta resulta inevitable en relación la mayoría de los preceptos de los Estatutos de segunda generación. Un derecho condicionado a la posterior aprobación de una ley ¿es derecho o es principio rector? ¿Un *tertium genus*? En sentido estricto, resulta complicado afirmar que se trata de verdaderos derechos subjetivos. No se encuentran respaldados por garantía jurisdiccional alguna y ni siquiera su contenido mínimo resulta en muchos casos fácil de deducir.

Con todo, pueden encontrarse argumentos a favor de la tesis de que son algo más que meros principios rectores. Dos argumentos sostienen prioritariamente esta opción. Por una parte, el propio Estatuto los distingue en la mayoría de los casos de los principios mediante una ubicación sistemática claramente diferenciada; por otra, su dicción literal es más potente que la de la mayoría de los principios rectores contenidos en la Constitución. De alguna manera, el Estatuto crea el derecho a que el legislador subjetivice esa relación entre el ciudadano y el poder público. Un derecho, desde luego, lleno de matices, pues su efectividad se verá siempre condicionada por el entendimiento jurisprudencial del silencio legislativo.

En todo caso, es preciso realizar una lectura detenida de cada texto para determinar cuál es la intensidad de cada derecho. En algunas ocasiones, el lector se encuentra con verdaderos derechos que no ofrecen más problemas que los propios de cualquier categoría jurídica (así, los derechos referidos a la participación política o concreciones en relación con los derechos a la salud y a la educación). En otros, ante derechos que, no sometidos a condición alguna, parecen, por tanto, perfectos. En este caso, la duda bebe de otras fuentes. Bien de la vaguedad de su contenido bien de las dificultades financieras que implica su materialización.

Una lectura global de los distintos textos estatutarios lleva a la doble conclusión, excesivamente sucinta y carente de matices obligados, de que no fue un verdadero acrecimiento del estatus ciudadano lo que preocupó e impulsó al legislador autonómico a introducir en los Estatutos los derechos y libertades. Tanto la debilidad de su caracterización jurídica derivada de su propia redacción como la generalizada evasión del compromiso inmediato, avalan esta conclusión. La finalidad de la inclusión de estas tablas de derechos y libertades tenía más que ver con una determinada posición política en relación con la autonomía que con

los derechos y libertades de los ciudadanos. Algo que, pienso, no fue ajeno a los distintos pronunciamientos en esta materia del Tribunal Constitucional.

3.2. *Sujetos. Titulares y obligados*

Uno de los aspectos más relevantes en el estudio jurídico de los derechos estatutarios es el relativo al de los sujetos afectados por los mismos.¹⁸ Si en general es claro que los destinatarios/obligados son los poderes públicos autonómicos, con las excepciones derivadas de determinados derechos y deberes lingüísticos, no lo es tanto quién es titular de los mismos. En general, de nuevo, los textos no son excesivamente rigurosos. Indistintamente se alude a todos, personas, ciudadanos o los correspondientes aragoneses, catalanes, andaluces, etc. Junto a ello, se plantea la cuestión de la determinación de cuáles son los derechos predicables para los extranjeros residentes en la Comunidad Autónoma.

En todo caso, no es ocioso recordar que, al respecto, cabe acudir a la interdicción de la discriminación entre españoles proclamada en el artículo 139.1 de la Constitución. Este artículo no plantea la obligación de que todos los españoles, sea cual sea su lugar de residencia, tengan los mismos derechos. Pero sí impone con radicalidad su igualdad ante la ley, lo que a efectos de la titularidad de derechos estatutarios, implica que éstos deberán predicarse de todos los residentes en la Comunidad Autónoma por igual. La letra de los Estatutos no facilita su interpretación.

Cuestión diferente es la referida a los derechos de los extranjeros. Desde luego, la primera distinción obligada sería aquella que hace referencia a ciudadanos de otros países miembros de la Unión Europea de aquellos que son ciudadanos de otros Estados. En todo caso, las soluciones planteadas por los Estatutos son diversas. Así, el artículo 10 EACL remite a las leyes la extensión de los derechos de los «extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma». También remite a legislación ordinaria el texto catalán, donde no distingue entre españoles y extranjeros. Significativamente distinto es el texto andaluz en el que la distinción entre españoles y extranjeros es innecesaria por la vocación expresamente universal del precepto. Por el contrario, los Estatutos de Aragón, Islas Baleares y Comunidad Valenciana no hacen referencia a los extranjeros en ninguno de sus preceptos. La sensación que tiene el lector es que los redactores no han tomado en consideración criterios técnicos para determinar la titularidad de cada derecho. En muchas ocasiones, una lectura de conjunto da la sensación

¹⁸ CANOSA (2007): 92-97.

de que ha prevalecido el azar u otras cuestiones, como la voluntad de no reiterar determinadas palabras.

En el momento de aprobación de los Estatutos, pudo pensarse que al desarrollar los derechos y libertades contenidos en los Estatutos, la titularidad de los mismos podría llegar a ser, al menos en algunos casos, causa de conflicto. De un conflicto particularmente relevante porque afectaría de manera indiscutible a la igualdad de los españoles. Problema que podría verse agravado por el crecimiento de la población inmigrante. Como es natural, el propio devenir del desarrollo de esos derechos ha hecho imposible que este problema pudiera plantearse. En cualquier caso, la lección que puede extraerse de los Estatutos de segunda generación, es relevante. Los derechos exigen un particular cuidado en su técnica legislativa y, en particular, lo referido a su titularidad debe ser cuidado con precisión.

4. LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN LOS ESTATUTOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1. *La Sentencia de 12 de diciembre de 2007*

El debate político sobre la inclusión de los derechos y libertades en los Estatutos de autonomía adoleció de importantes carencias. Carencias varias que se pueden sintetizar afirmando que se orilló cualquier debate sobre oportunidad, para confiarlo todo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la inclusión de los derechos en los Estatutos. En buena medida, este planteamiento fue causa de que no se reparase en fundamentales cuestiones técnicas o de que se sobrecargase hasta el límite de lo insoportable la responsabilidad del Tribunal Constitucional. En todo caso, inevitablemente, era un tema abocado al pronunciamiento de este órgano, como ya había sucedido en Italia. Hoy, el examen de la posición de los derechos en los ordenamientos subestatales exige siquiera un breve examen a los dos pronunciamientos esenciales del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

El primero de ellos es la Sentencia 247/2007, que resolvía el recurso presentado contra el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y, en particular, contra el reconocimiento en el mismo a los valencianos del Derecho al agua. Sintéticamente, la Sentencia tiene como pronunciamiento fundamental la consideración de que tales derechos no son tales, ya que no pueden serlo según la estructura de nuestro ordenamiento jurídico y que, por ende, han de ser entendidos como mandatos a los poderes públicos, de los que sí podrían llegar a derivarse verdaderos derechos subjetivos. La zona gris de la inconstitucionalidad, presente en los

pronunciamientos de la Corte italiana, emergía en nuestro constitucionalismo y alrededor de la misma materia.¹⁹

La Sentencia enfrenta la inclusión de esos derechos a los argumentos que podrían poner en cuestión su constitucionalidad. Así, sucesivamente, el lector examina su relación con el contenido propio de los Estatutos de Autonomía; con la igualdad, y en concreto con el artículo 139.1; con el reparto competencial, y en particular con el artículo 149.1.1.^a, o con los problemas derivados de la rigidez inherente a la norma estatutaria. Un contraste que se realiza desde las premisas generales que rigen el Estado autonómico y la especial posición de los derechos fundamentales en relación con el mismo. La confrontación de los correspondientes preceptos constitucionales con los nuevos derechos estatutarios es salvada por el Tribunal sin sorpresas. En casi todos los casos, la nueva materia estatutaria supera la prueba de constitucionalidad sin grandes controversias. Pero no sucede lo mismo cuando se estudia su constitucionalidad en relación con el principio de igualdad.

En relación con el principio de igualdad, el Tribunal, tras recordar el papel unificador de los derechos, recuerda su doctrina de que de la autonomía deriva necesariamente diversidad en las posiciones jurídicas de los ciudadanos. Pero, señala el Tribunal, si bien esa diversidad es inequívoca en relación con el legislador autonómico ordinario, es preciso preguntarse si también es posible la misma cuando se plantea alrededor de un Estatuto de Autonomía. Y al respecto acaba concluyendo que «*los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos*». De nuevo, el eco de los pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana de 2004. Se establece que el legislador ordinario, como consecuencia del ejercicio de las competencias autonómicas puede generar o modular derechos, siempre con estricto respeto de las competencias estatales, pero que ello le está vedado al legislador estatutario.

Podría pensarse que la consecuencia lógica de contrastar tal afirmación con la letra de los Estatutos fuese la declaración de inconstitucionalidad de los mismos. Sin embargo, el Tribunal concluye en sentido contrario, señalando que «*de este modo —al ser mandatos—, las referidas prescripciones de los Estatutos tampoco quebrantan el art. 139.1*». Igualdad no es uniformidad y la mera apelación a la misma no impide este contenido estatutario.²⁰ De esta forma, es claro que el problema

¹⁹ DELLEDONNE y MARTINICO (2009): 3, 7 y 8; EXPÓSITO (2011): 497-498.

²⁰ EXPÓSITO (2011): 486

se plantea alrededor de la conversión de los derechos en mandatos. Siguiendo al propio Tribunal, si fuesen verdaderos derechos no cabrían en los Estatutos y serían inconstitucionales. Son constitucionales en tanto en cuanto sólo son mandatos. No importa que para poder realizar tal declaración el Tribunal haya tenido que realizar una degradación lingüística sin red.

Dos son los principales soportes de la conversión de los derechos en mandatos. El primero de ellos enfrentaría la validez de los preceptos examinados a su eficacia. El segundo, estaría ligado a la construcción del derecho subjetivo con el complemento del legislador ordinario. Éste sí estaría habilitado para configurar auténticos derechos subjetivos. De esta forma, la posible diversidad que en el Estatuto no cabe, se resuelve con el complemento del legislador ordinario. Al Estatuto le cabe la opción no sólo de habilitar al legislador ordinario, sino de mandatarle y a éste de concretar, haciendo lo que está vetado al legislador estatutario.

Degradación sin red. La intención del legislador estatutario se encontraba lejos de haber incluido los derechos como mandatos. El legislador estatutario tuvo la intención y convicción, de incluir verdaderos derechos subjetivos en los Estatutos. También lo consideró así la doctrina. Y también fue el parecer unánime de los diferentes Consejos Consultivos que tuvieron ocasión de analizar la naturaleza de los derechos que se incluían en los Estatutos.²¹ Por lo demás, es preciso recordar que la sistemática estatutaria supone, asimismo, un importante obstáculo para la tesis mantenida por la Sentencia examinada. De los seis Estatutos que incorporaron declaración de derechos, cuatro de ellos distinguieron de manera inequívoca entre derechos y principios rectores. Una distinción que tiene su lógico reflejo en el diverso alcance jurídico que el legislador otorga a los derechos en relación con los principios.

Un penúltimo argumento frente a la tesis del Alto Tribunal, es el que ofrecen las cláusulas, contenidas en todos los Estatutos, ya que su introducción se produjo vía enmienda en las Cortes Generales, sobre la relación de los derechos estatutarios con las competencias y los derechos estatales. Tanto su significado como el hecho de que fuese incluida por el legislador estatal avalan la idea de que éste no veía en los títulos correspondientes a los derechos y libertades meros mandatos.

Finalmente, se puede hacer referencia a la voluntad del legislador. El repaso de los diferentes diarios de sesiones de las distintas Cámaras es bien elocuente a este respecto. Se introducían verdaderos derechos. Una voluntad que emerge también con claridad en los preámbulos de algunos de los Estatutos.²²

²¹ Al respecto, véase el número monográfico de la Revista Española de la Función Consultiva de 2007.

²² CANOSA (2007): 91.

De esta manera, el Tribunal Constitucional se instalaba en un sí pero, o en un no pero, que distaba de resolver los problemas. Formalmente, los Estatutos pueden contener derechos y libertades. Las referencias del 147 son de mínimos. Ahora bien, que puedan contener esas tablas de derechos no significa que se trate de verdaderos derechos... como tales sólo se podrían calificar los estrictamente ligados a las instituciones de autogobierno.²³

4.2. *La Sentencia de 21 de junio de 2010*

La posición constitucional de las declaraciones estatutarias de derechos se iba a ver de nuevo por el Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña. La relevancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 es sobradamente conocida.²⁴ En torno al extremo que nos ocupa, el recurso planteado por el Grupo Parlamentario Popular condensaba los argumentos en contra de la posibilidad de que los Estatutos albergasen una declaración de derechos. Hacerlo, estimaba el recurrente, suponía suplantar la función normativa de la Constitución; contrariar la reserva de ley orgánica al incluir derechos que pretenden ser fundamentales; o vulnerar el régimen general de garantías de esos derechos. Por el contrario, sí se admitía que el Estatuto pudiese desarrollar derechos económicos o sociales en caso de competencia plena.²⁵

Para resolver el recurso sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de derechos, el Tribunal disponía de las bases asentadas en la Sentencia que resolvió el recurso contra el Estatuto valenciano. Y aunque con presupuestos algo diferentes el resultado va a ser muy similar. Los Estatutos pueden contener estas tablas de derechos y libertades, pero cuestión bien diferente es la naturaleza jurídica que se pueda atribuir a los mismos. Es decir, su estricta consideración como derechos. El punto de partida es que los derechos estatutarios no son derechos fundamentales. Y son derechos limitados: sólo vinculan al legislador autonómico; están materialmente vinculados al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma; y no pueden afectar, desarrollar ni declarar un derecho fundamental (FJ 17). Particular importancia concede el Tribunal a la vinculación de los derechos con el ámbito competencial, extremo en el que reitera la línea argumental anterior.²⁶ Por otro lado, sorprende que la contundencia de la declaración sobre

²³ CABELLOS (2011): 15

²⁴ TUDELA (2016): 163-170

²⁵ BARCELO (2011): 66

²⁶ EXPÓSITO (2011): 485

la no idoneidad del Estatuto como norma para recoger ni desarrollar derechos fundamentales, no tuviese la consecuencia de la correspondiente declaración de inconstitucionalidad. Es más, acaba aceptando que el Estatuto contenga ciertas concreciones sobre algunos derechos fundamentales.²⁷

En la Sentencia 31/2010 se desecha la distinción entre los derechos ligados a las instituciones, que serían verdaderos derechos y los derechos ligados a competencias que serían meros mandatos al legislador. Pero se reivindica la idea de que en el Estatuto se contienen verdaderos derechos subjetivos y otros que, sea cuál sea la denominación que se utilice para los mismos, son principios, mandatos dirigidos al legislador. En este punto, se ha denunciado que la naturaleza generalmente interpretativa de la Sentencia, se expresa con particular generosidad en materia de derechos y libertades. Ello explicaría la amplia gama de matices que se puede observar al examinar la declaración del Tribunal en relación con los distintos preceptos recurridos que, recuérdese, fueron casi todos.²⁸ Una gama que puede entenderse desde el presupuesto de que con las condiciones establecidas, un Estatuto puede ser receptor de derechos constitucionales no fundamentales, básicamente ligados a determinados derechos sociales y principios rectores de la Constitución.

Como se ve, de nuevo, domina la indeterminación. El Tribunal acepta que los Estatutos contengan una carta de derechos y libertades. Y acepta que contengan verdaderos derechos subjetivos, como los derechos de participación política, ya contenidos en la redacción originaria de los mismos. Pero, inmediatamente, parece, como la Corte Constitucional italiana, deudor de un temor reverencial a la fuerza ideológica de esas cartas y a su posible contribución a la naturaleza constitucional de los Estatutos. Por ello, se adentra en una serie de cautelas que acaban convirtiéndose en verdadera maraña. Hasta el punto de que no resulta sencilla la comprensión de su doctrina. Porque es obvio que los derechos estatutarios tienen que estar ligados al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma respectiva. Obvio porque así lo dice expresamente una cláusula introducida durante la tramitación de todos los Estatutos en las Cortes Generales. Y obvio materialmente, porque sin competencia es imposible que haya derecho. Aceptada la posibilidad de que estas cartas sean contenido estatutario, la cuestión de su naturaleza, de la concreta eficacia de cada derecho, dependería del grado de concreción de cada uno y del valor que los tribunales pudiesen atribuir a los mismos. Es difícil pensar que

²⁷ EXPÓSITO (2011): 490

²⁸ BARCELO (2011): 81

la mera inexistencia de una ley intermedia fuese criterio suficiente para desestimar una posible aplicabilidad jurídica directa.²⁹

5. VALOR Y SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS. RIESGOS Y OPORTUNIDADES

Los derechos fundamentales son el núcleo de un orden constitucional. De la Constitución como proyecto de vida en común. Por ello, es natural que cualquier decisión que afecte a elementos esenciales de su régimen jurídico, sea objeto de controversia. Nadie cuestiona que uno de los elementos centrales de su definición es la igualdad de los ciudadanos en la relación con los mismos. Por ello, es perfectamente comprensible que todo ensayo de descentralización de algunos de sus elementos, provoque controversia. En particular, en Estados que han accedido al federalismo por devolución y cuyos ciudadanos comparten un acendrado sentido de la igualdad. Así ha sucedido en los últimos años en distintos Estados federales o cuasi federales. Por ello, a nadie pudo extrañar que, como se ha recordado en estas páginas, la inclusión de una tabla de derechos y libertades en los proyectos de los denominados Estatutos de segunda generación y, muy en particular, en el de Cataluña, provocase un relevante debate doctrinal³⁰ y una importante polémica política. Nada diferente había sucedido en otros Estados, como Italia o Canadá.

Fueron muchos los argumentos utilizados a favor de una u otra posición. Entre todos, en este extremo del trabajo, me interesa destacar dos que, creo, no fueron los más relevantes en su momento. Me refiero a la relación de la inclusión de una carta de derechos y libertades en los Estatutos con la unidad y la igualdad, argumentos que, como se señaló, fueron definitivos para que la Corte Constitucional italiana entendiese que los derechos recogidos en distintos Estatutos, no pudiesen considerarse verdaderos derechos, sino afirmaciones culturales.³¹

Creo que las referencias a la igualdad y a la unidad no se desenvuelven en un mismo plano. Hay un *a priori* que, en mi parecer, separa a las mismas, incluso con cierta radicalidad. Si la premisa es la descentralización política en cualquiera de sus variantes, la consecuencia necesaria es que la igualdad entre sus ciudadanos en relación con los derechos ya no podrá predicarse como un valor absoluto en todo momento. Necesariamente habrá diferencias. Diferencias que no serán sino la consecuencia natural de la capacidad de los entes subestatales de priorizar unas políticas sobre otras. Por tanto, pienso que la igualdad, en abstracto, no puede ser alegada en este debate. Por supuesto, ello no implica que pueda llegar a jugar un

²⁹ CÁMARA (2009): 287

³⁰ Ejemplificado en DíEZ PICAZO (2006); y CAAMAÑO (2007):

³¹ DELLEDONNE y MARTINICO (2009): 3

papel en el mismo. Lo hace. Pero en un segundo o tercer estadio. Cuando se trata de enjuiciar en concreto una posible afección. Y, normalmente, en referencia al patrón que habrá determinado la Constitución.

A la unidad, por el contrario, sí le corresponde una posición singular en el inicio de la reflexión. Al respecto, creo que es necesario señalar que prejuicios políticos y jurídicos derivados de la triste historia del franquismo, han provocado que entre nosotros, el principio de la unidad del Estado se encuentre bajo sospecha. Y no sólo como un valor sino, también, como un principio jurídico con sus consecuencias correspondientes. Como se puede observar en lo sucedido en otros Estados no damnificados por un complejo similar al nuestro, la unidad desempeña un papel relevante en los debates jurídicos que pueden afectarla.³² Y pocos pueden tener más relación que el examinado en estas páginas. Los derechos y libertades como núcleo de un orden constitucional son el centro de la definición de ciudadanía y de la identificación de sus habitantes con el Estado. Son el reflejo más concreto y relevante de los valores que se ha dado como pórtico a una comunidad. Por ello, es evidente que todos los ciudadanos del Estado, con independencia de donde residan, deben compartir unos derechos y libertades y los valores que conllevan. A sensu contrario, la definición de ordenamientos subestatales en este tema, debe encontrarse necesariamente limitada para respetar la traducción jurídica de la unidad. Algo que sucede incluso en Estados en los que las Cartas de algunos Estados son previas a la propia Federación, como Estados Unidos.³³ La igualdad será una consecuencia de estas premisas. Los ciudadanos serán iguales en relación con los derechos y libertades en el tanto que resulte de la traducción jurídica que de la unidad se haya realizado sobre los mismos. Y hay una consideración adicional que no carece de relevancia. Los derechos y libertades forjan, deben servir a ello, identidad. La identidad moderna de una comunidad política se construye alrededor de una comprensión amplia de los derechos y libertades. Evidentemente, desde esta perspectiva tampoco son inocuos a la unidad.

Finalmente, habría que llamar la atención sobre los aspectos simbólicos de la cuestión, sobre el valor que las Declaraciones de derechos poseen insertas en los textos constitucionales o, desde otro punto de vista, el valor que esas declaraciones

³² Así, una cuestión tan aparentemente trivial como la asunción de la voz Parlamento para el Consejo Regional de Liguria, fue rechazado por la Corte Constitucional italiana «Por la peculiar fuerza expresiva del término Parlamento» (Pronunciamiento 106/2002) (DELLEDONNE y MARTINICO (2009): 9).

³³ DÍEZ-PICAZO (2006): 67-68.

otorgan a los textos en los que se insertan. Un valor que trasciende lo simbólico para adquirir una manifiesta carga ideológica que no puede ser desdeñada. Una carga que tiene que ver con la voluntad de ser como comunidad política. Y en este sentido, el debate no es si un Estatuto puede o no contener derechos. Que la respuesta era afirmativa lo demostraba el hecho de que los hubiese contenido desde los primeros textos. El debate era alrededor de la inserción de una declaración, con la retórica propia de la misma y en el contexto de unos textos con un muy fuerte contenido identitario.³⁴ Lo que, inexorablemente, aboca de nuevo a su relación con la unidad. Al menos, en aquellos Estados en los que este principio tiene alguna virtualidad jurídica.

Todo lo anterior no implica que la respuesta a la relación entre los derechos y las libertades y las entidades subestatales en los Estados descentralizados vaya a ser necesariamente negativa. Hay argumentos muy relevantes que avalan una predisposición favorable a esa relación. Una relación que, en todo caso, y para evitar las tristes zonas grises en las que tanto el Tribunal Constitucional español como la Corte Constitucional italiana cayeron al enjuiciar preceptos de los Estatutos de Autonomía y de los Estatutos italianos,³⁵ es más que conveniente, necesario, que la Constitución sea clara a este respecto. Debe ser el texto constitucional el que con claridad determine cuál es el posible ámbito de relación de los entes subestatales con los derechos y libertades. Al hacerlo, desde la ponderación debida de los principios de unidad y autonomía, necesariamente se resolverían los problemas de mayor transcendencia.

En el examen de los argumentos que avalan una predisposición favorable del orden constitucional a la presencia de los derechos y libertades en los ordenamientos subestatales, no es el de menor relevancia su relación con la imprescindible tarea de vigorizar el principio democrático.³⁶ El espacio subestatal es particularmente propicio para ello. Así en España, los poderes públicos autonómicos deben fortalecer la identificación de los ciudadanos con los valores y estructuras propios del sistema democrático. Una tarea que, desde luego, no requiere de una declaración estatutaria, aunque ésta pueda reforzar, especialmente de forma simbólica, el compromiso de los poderes públicos con el ejercicio de los derechos más directamente vinculados con el citado principio. En este punto, cabe recordar que la propia autonomía es en sí misma refuerzo del principio democrático. Y lo es básicamente en cuanto implica la existencia de un ámbito diferente de represen-

³⁴ TUDELA (2009): 21-50.

³⁵ DELLEDONNE y MARTINICO (2009): 7 y 8.

³⁶ TUDELA (2009): 126-129.

tación política. Y será alrededor de esa representación política donde puedan construirse con más fuerza los vínculos con el principio democrático.

Junto al principio democrático, debe hacerse mención al desarrollo del Estado social. Los derechos sociales deberían ser, junto con los más estrechamente ligados con el Estado democrático, los protagonistas de la relación estudiada. En un Estado descentralizado, los entes subestatales suelen concentrar la gestión de numerosos servicios que materializan los derechos sociales. Además, su cercanía al ciudadano les hace particularmente sensibles a sus demandas en este particular. Por todo ello, como demuestra el caso español, esos entes son protagonistas del desenvolvimiento del Estado social. Y, en buena medida, sus garantes. Lo sucedido en España durante los diez meses sin gobierno es buen ejemplo de ello. Así, ejemplificando en España, ver en las Comunidades Autónomas a las entidades que por definición pueden impulsar el desarrollo y fortalecimiento de los derechos sociales, llegando incluso a la incorporación de nuevos, parece no ya razonable, sino deseable. En ningún caso puede olvidarse que el objetivo del poder, en cualquiera de sus instancias debe ser incrementar el nivel de vida de sus ciudadanos, atendiendo a las necesidades, lógicamente variables, de los mismos. Porque cualquier enunciado de derechos y libertades, es decir cualquier compromiso del poder público de mejorar la condición de sus ciudadanos y de fortalecer su relación con ese poder, debe ser mirado con simpatía.

Pero los derechos sociales plantean inevitablemente otra cuestión de no menor relevancia. La relación de los derechos con el gasto. Los derechos sociales sólo podrán ser efectivos si se dispone de un adecuado respaldo financiero. En caso contrario, la proclamación tendrá meras consecuencias retóricas. Y, peor, defraudará las expectativas de los ciudadanos provocando mayor desafección y distancia con el poder político. Algo que el caso español ejemplifica bien. Los nuevos Estatutos se aprobaron en fase de bonanza económica y nadie quiso advertir que la economía es cíclica. Desde su aprobación, el respaldo financiero de los nuevos derechos emergió como una de las debilidades más notables del conjunto. La incorporación de los nuevos derechos a los Estatutos, incluso más allá de la naturaleza que se les adjudique, implicaba un compromiso de jerarquía en el gasto. Un compromiso que el tiempo ha demostrado inasumible. La lección demuestra que la incorporación de derechos, con la naturaleza que sea, a un texto de la rigidez de un Estatuto, debe ser medida con prudencia. Hay que ponderar el valor que implica la rigidez del compromiso adquirido con las previsibles dificultades relacionadas con el ciclo económico que de esa misma rigidez se derivan.

En España, hoy, otoño de 2016, el contenido de los Estatutos sobre derechos y libertades ha caído en el olvido. Incluso llega a sorprender la intensidad de la polémica que tuvo lugar. Los ciudadanos ignoran completamente su contenido. Incluso, creo, desconocen su existencia. Lo sucedido desde la aprobación de los Estatutos ha agravado los temores iniciales. En efecto, el daño no se ha limitado a la muy limitada efectividad de las declaraciones contenidas en los Estatutos y a un mínimo desarrollo, siendo contadas las leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas en esta materia. Lo peor ha sido que la crisis económica ha provocado que, lejos de incrementarse el reconocimiento de derechos y el ámbito de los existentes, los derechos de prestación hayan sufrido significativos recortes. Recortes en casi todos los casos protagonizados por las Comunidades Autónomas como titulares de las competencias respectivas.

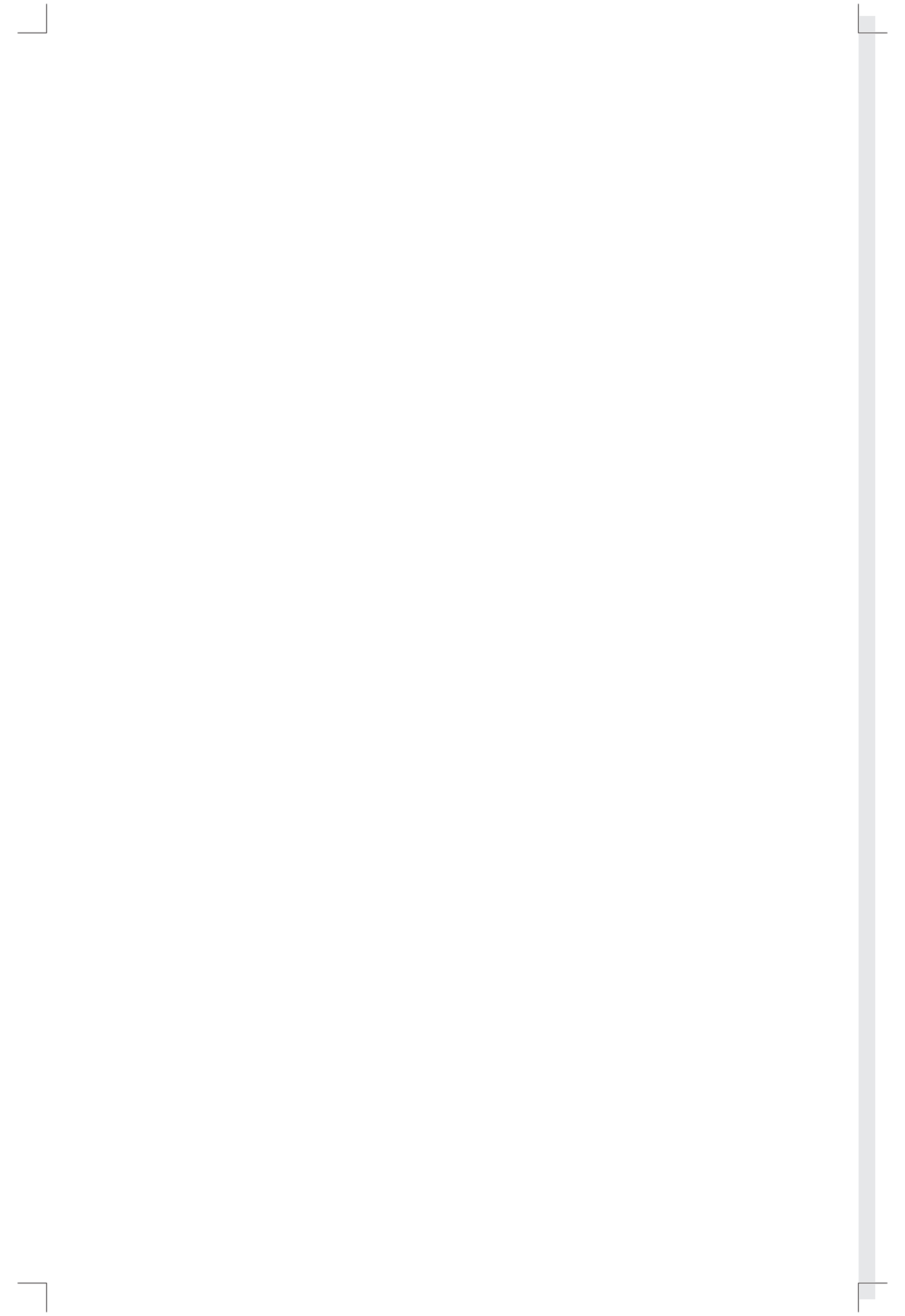
En el momento de mirar al futuro, hay que pensar que la relación entre los derechos y libertades y las Comunidades Autónomas no puede aislarse de la crisis general del modelo autonómico. Aunque no es uno de los temas en los que se suele reparar, necesariamente figurará en la agenda de una reforma profunda que se antoja inevitable. Los derechos son un territorio fascinante para la imaginación, la participación y el enriquecimiento ciudadano. La existencia de poderes subestatales, lejos de ser un factor de riesgo o conflicto, ha de verse como oportunidad. Como se ha expresado, los derechos y libertades tienen un vínculo indisoluble con la unidad de una comunidad política. Un vínculo que es preciso respetar y fomentar. Pero que es suficientemente flexible como para que desde los valores que subyacen a la idea del federalismo, los entes subestatales puedan enriquecer ese vínculo enriqueciendo, simultáneamente, su relación con sus ciudadanos, a la vez que, lo más relevante, estos acrecientan su estatus civitatis.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ I SERRAMALERA, M., «Los efectos de la Sentencia 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real», *Revista de Estudios Autonómicos y federales*, n.º 12, 2011.
- BIGLINO CAMPOS, «Los espejismos de la tabla de derechos» en el vol. col. *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, 2006.
- CAAMAÑO, F., «Sí, pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)», *REDC*, n.º 79, 2007.
- CABELLOS ESPIERREZ, M.A., *Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas*, ob. cit., 1997.

- DISTRIBUCIÓN competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, 2001.
- «DERECHOS y garantías jurisdiccionales en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Public Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010
- CÁMARA, G., «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *REDC*, n.º 89, 2009.
- CANOSA USERA, R., «La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.
- CARRILLO, M., «Los derechos. Un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *REDC*, n.º 80, 2007.
- CASTELLÀ ANDREU, «La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Público*, Extra n.º 1, 2010.
- DELLEDONNE, G y MARTINICO, G., «Handle with care. The regional Charters and Italian Constitutionalism's «Grey zone», *Sant' Anna Legal Studies*, n.º 5, 2009
- DIÉZ PICAZO, L.M., «¿Pueden los Estatutos declarar derechos, deberes y principios?», *REDC*, n.º 78, 2006.
- DION, S., *La política de la claridad. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Fundación Manuel Giménez Abad-Alianza Editorial, 2005.
- EXPÓSITO, E., «La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Revista d'Estudis Federals i Atonomics*, n.º 5, 2007.
- «DECLARACIONES estatutarias ¿De derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27, 2011.
- FERRERES COMELLA, V., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, CEPC, 2006.
- LORENZ, K., «Rights of Minors and Constitutional Politics in the German Länder. Legal Framework, Party Strategies, and Constitutional Amedments», *Perspectives of Federalism*, n.º 7, Issue 1, 2015.
- MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., «Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas», *RVAP*, n.º 7, 1983.
- «DERECHOS humanos y Estatutos de Autonomía», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 3/2006, 2006.

- MURILLO de la CUEVA, E.L., «Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n.º 46, 1999.
- RUIZ ROBLEDÓ, A., «Los derechos fundamentales en el federalismo canadiense», *RVAP*, n.º 49, 1997.
- SÁENZ ROYO, E., «Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España», Cívitas, 2003
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., «La labor de los Parlamentos autonómicos en la consolidación del Estado social», *Corts*, n.º 16, 2005.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J.J., «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2008.
- TUDELA ARANDA, J., *Derechos Constitucionales y Autonomía política*, Cívitas, 1994.
- EL Estado desconcertado y la necesidad federal*, Cívitas-Thomson, 2009
- EL fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Marcial Pons, 2016
- VANDELLI, L., *Trastornos de las instituciones políticas*, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2007.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las autonomías», *Revista d'Estudis Federals i Atonomics*, n.º 5, 2005.
- VV.AA., *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 7 Número extraordinario dedicado a la reforma de los Estatutos de Autonomía, 2007.

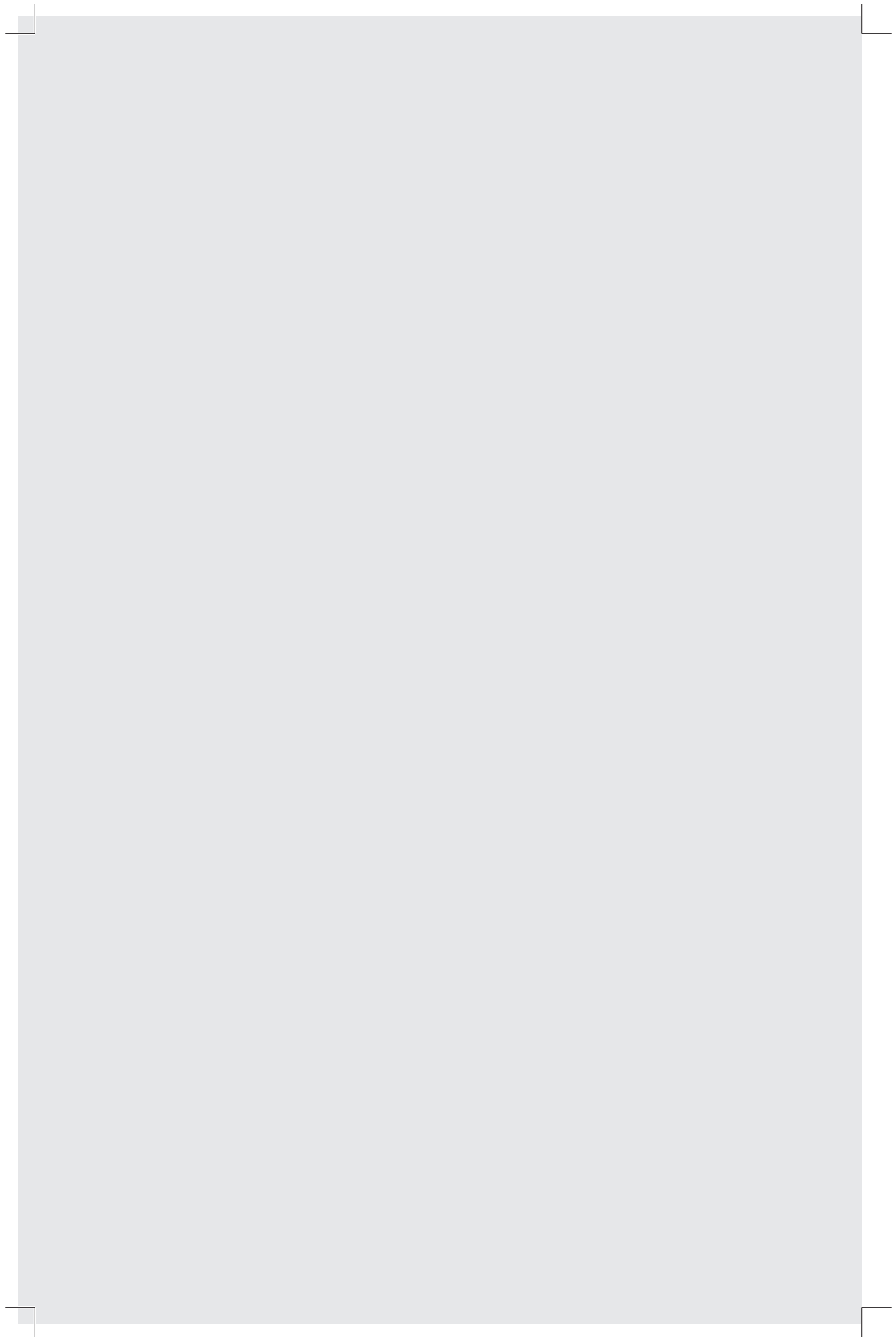


Transparencia

Luis Pomed Sánchez

SUMARIO

1. Suecia, 1766.
2. Estados Unidos y España, 1966.
- 2.1. La Ley estadounidense de libertad de información.
- 2.2. La Ley española de prensa e imprenta.
3. El proceso constituyente español: 1977-1978.
- 3.1. Los Pactos de la Moncloa y la reforma de la Ley de secretos oficiales.
- 3.2. Público y secreto en la Constitución.
4. El tiempo detenido: de la Ley de patrimonio histórico español a la Ley de acceso electrónico a los servicios públicos.
- 4.1. La accesibilidad de la documentación administrativa en la Ley del patrimonio histórico español.
- 4.2. La insatisfactoria regulación general del derecho de acceso a la documentación administrativa en la Ley de procedimiento administrativo de 1992. El régimen especial en materia ambiental.
- 4.3. La premiosa afirmación legal del principio de transparencia.
5. Las Leyes de transparencia y gobierno abierto: La Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y las leyes autonómicas.
6. Atisbando el futuro de la transparencia.
7. Bibliografía.



1. SUECIA, 1766

El día 2 de diciembre de 1766 el rey Adolfo Federico de Suecia sancionó la Ordenanza sobre libertad de prensa e imprenta previamente aprobada por el Parlamento sueco (*Riksdag*). Desde el punto de vista constitucional, este cuerpo legal representa la realización más perfecta de la «Era de la libertad», período histórico abierto tras el final de la Gran Guerra del Norte (1721) —en rigor, un conjunto de conflictos bélicos que marcaron el ocaso de Suecia como potencia imperial del norte de Europa, posición en la que fue sustituida por Rusia— y que se cerró abruptamente con el autogolpe del rey Gustavo III en 1772, que supuso el inicio de una época absolutista y el final de la vigencia de la Ordenanza que nos ocupa.

Con la aprobación de la Ordenanza de 1766, Suecia se convertía en el primer país del mundo en abolir formalmente la censura y en erigir la libertad de prensa y el derecho de acceso a la información en claves de bóveda del naciente liberalismo constitucional. Por más que la vigencia de la Ordenanza en su redacción originaria fuera breve, su influencia en la evolución política posterior no solo de Suecia sino de los diferentes países nórdicos resulta incontestable.¹

La Ordenanza se abre con un preámbulo de indudable valor conceptual.² En esta parte expositiva, el monarca sueco se muestra convencido de «las grandes

¹ Debe hacerse notar que al momento de elaborarse la Ordenanza de 1766, Finlandia formaba parte del antiguo Imperio sueco, un imperio que, como tal, había dejado prácticamente de existir con la firma del Tratado de Nystad (1721), por el cual Suecia cedía a Rusia las provincias bálticas de Livonia, Estonia e Ingria y una parte del territorio finés (Carelia). La actual Constitución sueca está integrada por cuatro textos legales: la Ley de sucesión de 1810, el Instrumento de gobierno de 1974 y las Leyes de libertad de prensa (1949) y de libertad de expresión (1991), cuyo origen común no es otro que la Ordenanza de 1766.

² El texto de la Ordenanza que aquí se ofrece procede de la versión inglesa que el lector interesado podrá hallar en *The World's First Freedom of Information Act*, Anders Chydenius Foundation Pu-

ventajas que derivan para el público del reconocimiento legal de la libertad de escritura y prensa, considerando que la ilustración mutua en los más diversos objetos de utilidad no solo promueve el desarrollo y difusión de las ciencias y de las artes prácticas sino que también ofrece las mejores oportunidades para que nuestros leales súbditos comprendan y aprecien las bondades de un sistema de gobierno sabiamente ordenado». A renglón seguido declaraba que «esta libertad merece ser considerada como uno de los mejores medios para la elevación de la moralidad y la promoción de la obediencia a las leyes, cuando los abusos e ilegalidades son puestos por la prensa en conocimiento del público».

El preámbulo de la Ordenanza se cierra con el anuncio revolucionario del final de la censura: «Hemos decidido graciosamente que ahora establecida función de censor será completamente abolida y que en el futuro no corresponderá a la Cancillería supervisar, aprobar o desautorizar los textos llevados a la imprenta, correspondiendo a los propios autores, juntamente con los impresores, la entera responsabilidad por sus escritos».

Amén de la supresión de la censura y del reconocimiento de la libertad de prensa, la Ordenanza compendia en su artículo 2 el núcleo duro de la Constitución política del Reino de Suecia en los siguientes términos:

«Es ley fundamental irrevocable del Reino de Suecia la existencia de un Rey. Él y solo él gobernará su Reino con el asesoramiento del Consejo de Estado, conforme a las leyes aprobadas por los Estados, y tras él lo harán sus descendientes varones en la forma prevista en la Ley de Instauración aprobada en 1743 por los Estados del Reino; que solo los Estados del Reino legalmente reunidos podrán aprobar y reformar las leyes, ejerciendo en tales casos sus miembros la autoridad que les corresponde como representantes parlamentarios; que las prerrogativas de los diferentes Estados no podrán ser alteradas sin el consentimiento de los cuatro Estados; que no se podrán crear nuevos tributos sin el conocimiento, la libre voluntad y el asentimiento de los Estados del Reino, sin los cuales tampoco podrá declararse la guerra ni acuñar o modificar la acuñación de moneda; además de lo cual, los Consejeros de Estados son siempre individualmente responsables ante los Estados por las sugerencias hechas a su Majestad, así como por el desempeño de sus funciones en tanto que agentes gubernamentales.

Estas leyes fundamentales, junto con aquellas otras que han aprobado o puedan aprobar los Estados del Reino son irrevocables y nadie ha de osar combatirlas o

blications 2, 2006 (http://www.chydenius.net/pdf/worlds_first_foia.pdf, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2016).

cuestionarlas por medio de la imprenta bajo pena de trescientos dalers en moneda de plata.»³

El artículo 6 de la Ordenanza proclama, por vez primera en la historia, un auténtico principio de transparencia como parte integrante de la libertad de prensa al declarar que «esta libertad incluirá todos los intercambios de correspondencia, relaciones fácticas, documentos, protocolos, resoluciones judiciales y reconocimientos, ya se hayan redactado en el pasado o sean iniciados, mantenidos, presentados, dirigidos y concluidos en lo porvenir, antes, durante y después de los procedimientos ante los tribunales inferiores, de apelación y superiores y los departamentos gubernamentales, nuestros altos servidores y los consistorios y otros organismos públicos, y sin distinción entre la naturaleza de los casos, ya sean estos civiles, eclesiásticos o que de algún otro modo conciernan a controversias religiosas».

Estas previsiones resultan verdaderamente revolucionarias como demuestra el hecho de que el lenguaje en el que están expresadas resulte tan próximo a nuestra sensibilidad actual. No menos sorprendente es la motivación dada en favor de la extensión del que podríamos denominar principio de transparencia *avant la lettre* a las opiniones y decisiones judiciales, que se conecta inmediatamente con la garantía de imparcialidad del juzgador: «un juez imparcial y con la conciencia limpia no ha de temer al pueblo, por el contrario, estará encantado de que su imparcialidad se ponga de manifiesto y su honor quede al resguardo de opiniones peyorativas y maledicencias» (art. 7).

La extensa y generosa definición del ámbito de aplicación de este principio de transparencia encontraba su límite en «las materias afectadas por el secreto ministerial, así como los informes y declaraciones realizadas sobre peticiones y apelaciones elevadas a los Estados del Reino» (art. 8). Esa generosidad hallaba su máxima expresión en el artículo 13, donde el monarca declaraba que «es nuestra graciosa voluntad y mandato que todos nuestros leales súbditos puedan poseer y hacer uso de una libertad completa e irrestricta para imprimir aquello que no esté expresamente prohibido en los tres primeros artículos [preceptos en los que se prohibía publicar en contra de la doctrina evangélica, las leyes fundamentales del Reino y la familia y casa real, así como los Consejeros del Reino]⁴ o en cualquier

³ El Parlamento (Riksdag) estaba dividido en cuatro estados: nobleza, clerecía, burguesía y campesinado, que se reunían y deliberaban por separado, haciendo sumamente compleja la tarea legislativa.

⁴ Al respecto, debe hacerse notar que el artículo 5 de la Ordenanza proclamaba el principio *pro libertate* al establecer como canon hermenéutico de las disposiciones restrictivas incluidas en

otra disposición de esta Ordenanza y, en especial, que dichas prohibiciones no se utilicen como pretexto para impedir o rechazar la publicación y difusión de opiniones relacionadas con las materias sobre las que versa esta Ordenanza».

Como ya se ha indicado anteriormente, corta fue la vigencia de la Ordenanza en su redacción originaria, pues apenas seis años más tarde el retorno al absolutismo en la persona del rey Gustavo III supuso el brusco final del floreciente liberalismo parlamentario de la Era de la libertad. No obstante, las palabras de la Ordenanza, que tanto deben a la pluma del finés Anders Chydenius, siguieron siendo fuente de inspiración para cuantos anhelaban un orden público basado en la libertad individual y ajeno a los sueños de grandeza imperial que, para Suecia, habían acabado en pesadilla allá por 1721.⁵

2. ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA, 1966

Doscientos años después de la promulgación de la Ordenanza sueca de libertad de prensa e imprenta tuvo lugar la aprobación de dos textos legales de muy diferente empaque y alcance pero de indudable relevancia ambos para el presente estudio: el 4 de julio de 1966, un reticente Presidente Lyndon B. Johnson firmó la Ley estadounidense de libertad de información, y apenas tres meses antes, el 18 de marzo, las Cortes orgánicas españolas habían dado su respaldo a la Ley de prensa e imprenta propugnada por el entonces Ministro de Información y Turismo, Manuel Fraga Iribarne. Aquella representó un primer paso decisivo en

el texto legal el de interpretación estricta de las mismas, en los siguientes términos: «aquello que hemos expresamente declarado prohibido en las tres primeras disposiciones no será susceptible de interpretación más allá de su literalidad y todo aquello que no sea claramente ilícito habrá de ser considerado como legítimo objeto de la escritura y la imprenta, cualquiera que sea el lenguaje y estilo en que esté expresado».

⁵ En torno a la figura de Chydenius, baste reseñar el estudio de MANNINEN (2006). Este autor pone de manifiesto la preponderancia de personajes nacidos en la periferia del otrora Imperio sueco entre los promotores de la Ordenanza; preponderancia que no puede sorprender pues se trataba de garantizar con la promulgación de este texto legal un cierto equilibrio en el disfrute de la información anteriormente monopolizada por la nobleza y la burguesía de Estocolmo. No por casualidad, al momento de aprobarse la Ordenanza, el poder político había pasado bien que solo temporalmente, de las manos del llamado «Partido de los sombreros» (denominación que traía causa de la similitud entre los tocados que empleaban sus miembros y los sombreros utilizados por el Ejército sueco), que aspiraba a recuperar la gloria imperial perdida al «Partido de los gorros» (referencia a los gorros de dormir con la que se evocaba la propensión «pacifista» de esta formación política), que prefería olvidar el pasado y concentrarse en la construcción de un Estado gobernado por una democracia parlamentaria en la que estuvieran representados los distintos grupos sociales. El afán integrador de este grupo precisaba, para su realización, que el saber se diseminara entre los ciudadanos.

el camino —no siempre fácil de transitar, como pronto tendremos ocasión de ver— de la transparencia del Gobierno federal de los Estados Unidos, la segunda propició una tímida apertura del régimen franquista en materia de prensa, con el consiguiente abandono de los planteamientos totalitarios de la legislación anterior, aprobada en plena guerra civil (la llamada Ley de prensa de 1938).

2.1. *La Ley estadounidense de libertad de información*

En noviembre de 1952 los estadounidenses eligieron a su trigésimo cuarto Presidente en la persona del candidato republicano Dwight D. Eisenhower y al octogésimo tercer Congreso de los Estados Unidos, cuya características más relevante fue la mayoría obtenida por los republicanos en ambas Cámaras.⁶ Entre los representantes de la minoría demócrata figuraba John Moss, electo en el tercer distrito de California por una diferencia irrisoria (apenas el 0,004 por 100 de los votos), que invitaba a pensar que sería un congresista de un solo mandato. Sin embargo, contra todo pronóstico, John Moss sirvió en trece Congresos sucesivos, retirándose voluntariamente de la política activa en 1979 sin haber perdido una sola elección; antes bien, se dio la circunstancia de que en 1958 Moss fue designado candidato a la Cámara tanto por el Partido Demócrata como por el Republicano y que ningún rival republicano le disputó su escaño en las elecciones legislativas de 1960.⁷ Ello no significa que John Moss fuera un hombre complaciente con las dirigencias partidistas, ni tan siquiera con la suya, pues durante esas casi tres décadas de servicios como congresista de los Estados Unidos hizo gala de una exquisita independencia personal, lo que, entre otros costes, le supuso quedar apartado de los puestos de responsabilidad parlamentaria, en particular de la presidencia de las comisiones de la Cámara, pese a que fue autor o coautor de algunas de las más destacadas iniciativas legislativas presentadas durante aquellos años (vgr., la propia Ley de libertad de información, la Ley de seguridad de los consumidores, la Ley de mejora de la Comisión Federal de Comercio, denominada Ley Magnusson-Moss...).

⁶ De los 96 escaños que entonces formaban el Senado, se produjo un pequeño trasvase de dos puestos de los demócratas, que descendieron de 49 a 47, a los republicanos, que incrementaron su representación de 46 a 48; la Cámara se completaba con un senador independiente. En cuanto a la Cámara de Representantes, las elecciones de 1952, los republicanos recuperaron fugazmente la mayoría que ya habían disfrutado en 1946 y que no volverían a obtener hasta 1994. Los republicanos se hicieron con 221 escaños frente a los 213 del Partido Demócrata.

⁷ En torno a la figura de John Moss resulta de interés la biografía elaborada por Michael R. LEMOV (2011). Existe una Fundación John E. Moss, en cuyo portal de Internet hallará el lector interesado información acerca de la vida y obra de este congresista americano (<http://www.johne-mossfoundation.org>).

Al acceder a la Cámara de Representantes, Moss fue designado miembro de la Comisión para la oficina postal y la función pública (*Post Office and Civil Service Committee*).⁸ De manera casi inmediata, se embarcó en un hercúleo combate con la Administración Eisenhower para obtener documentación relativa al despido «por razones de seguridad» de aproximadamente 2.800 empleados federales. En el contexto de la Guerra Fría y la histeria del «macarthismo», la invocación de «razones de seguridad» para referirse apenas veladamente a la existencia de vínculos comunistas le parecía al nuevo congresista una explicación poco convincente para la remoción de un número tan elevado de empleados públicos, en particular porque el término utilizado adolecía de una excesiva vaguedad y al establecer una conexión más o menos remota entre la conducta de los empleados despedidos y la seguridad nacional, se corría el riesgo de dañar gravemente la imagen de aquellos. Con un Presidente republicano en la Casa Blanca y una mayoría del mismo color en la Cámara de Representantes, los esfuerzos de Moss por conseguir la información solicitada se vieron condenados al fracaso.

Con todo, el congresista Moss no cejó en su empeño, animado quizás por la creciente proliferación de críticas al abuso por la Administración del ejercicio de la potestad clasificatoria, que llegó al extremo de crear una auténtica presunción de que toda la información en poder de la Administración era materia reservada.⁹ En 1955, con la Cámara baja nuevamente en manos de los demócratas, John Moss logró su objetivo de crear una Subcomisión sobre información gubernamental en el seno de la Comisión sobre operaciones gubernamentales; el propio Moss fue elegido Presidente de dicha Subcomisión, siendo este el cargo orgánico más destacado que ostentaría a lo largo de su dilatada carrera como congresista.

John Moss trató de dar una respuesta legislativa a los problemas que suscitaba la existencia de un muro de secretismo tras el que se ocultaba el actuar de las agencias gubernamentales. Prácticamente desde el mismo día de su nombramiento

⁸ La Comisión había sido creada por la Ley de reorganización legislativa de 1946 y refundía a las antiguas comisiones del servicio postal, caminos postales, función pública, y censos. Las funciones de esta Comisión corresponden en la actualidad a la Comisión de observación y reforma gubernativa (*Oversight and Government Reform Committee*).

⁹ El mismo año en que Moss se incorporó a la Cámara de Representantes, Harold L. Cross publicó su monografía *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*, trabajo seminal en la dogmática jurídica estadounidense por lo que al derecho a la información se refiere. Este trabajo fue el fruto de un encargo que dirigió a su autor la Sociedad Americana de Editores de Diarios (*American Society of Newspaper Editors*), asociación que apoyó luego activamente la lucha de John Moss en favor de la transparencia administrativa.

como Presidente de la Subcomisión sobre información gubernamental empezó a trabajar en el texto de la futura Ley de derecho a la información.¹⁰

Los primeros pasos no pudieron ser más desalentadores: no solo se topó con la oposición frontal de todas las agencias gubernamentales —ni una sola informaría favorablemente la iniciativa legislativa, acentuando todas ellas el riesgo que entrañaba para la seguridad nacional— sino que tampoco logró el respaldo de ningún representante republicano durante el mandato presidencial del general Eisenhower. La situación cambió con la llegada del demócrata John Fitzgerald Kennedy a la Casa Blanca, momento a partir del cual un joven representante republicano, Donald Rumsfeld, más tarde Secretario de Defensa con los Presidentes Gerald Ford y George W. Bush, le prestó su apoyo para la aprobación de la Ley. Lo que no cambió significativamente fue la oposición del Gobierno federal, ahora justificada por la incidencia que pudiera tener en la seguridad nacional la revelación de información relacionada con situaciones críticas como la de los misiles de Cuba en 1962.

La Ley fue finalmente aprobada durante la presidencia del demócrata Lyndon B. Johnson,¹¹ quien, venciendo sus reticencias, firmó el nuevo texto legal el día de la independencia de 1966. Interesa reseñar que en el acto de la firma el Presidente Johnson hizo una declaración ambivalente, como manifiesta su proclamación de que la nueva Ley «trae causa de uno de nuestros principios más esenciales, aquel que proclama que una democracia funciona mejor cuando el pueblo tiene toda la información que la seguridad nacional permite»: como puede apreciar, la afirmación del principio de transparencia se hacía en términos tales que no perjudicara a la seguridad nacional. Además, el Presidente hizo hincapié en dos límites al principio de publicidad de la acción gubernamental: los secretos militares y la equidad en las relaciones con los ciudadanos (*fairness to individuals*), que demandaba que la información acumulada en los expedientes personales no fuera divulgada sin el previo consentimiento de los afectados. Se trataba de dos límites incontrovertidos, en modo alguno afectados por las disposiciones de la Ley sometida a la promulgación presidencial. Sea como fuere, el Presidente hizo saber que había dado instrucciones a todo el personal de la Administración federal «para que preste su colaboración a las finalidades de la Ley y que para que haga la información disponible en la medida compatible con la privacidad individual y el

¹⁰ Acerca de los trabajos de preparación de la Ley, vid. Herbert N. FOERSTEL (1999).

¹¹ Durante la presidencia de Johnson se produjo la aprobación de la histórica Ley de derechos civiles (*Civil Rights Act*) de 1964, que tanto hizo por la supresión definitiva de toda clase de discriminación racial en Estados Unidos.

interés nacional». El Presidente concluía su declaración indicando que firmaba la Ley manifestando «con sumo orgullo que los Estados Unidos son una sociedad abierta» (*I signed this measure with a Deep sense of pride that the United States is an open society*).

La Ley de libertad de información modificaba la Ley de procedimiento administrativo de 1946 «a fin de aclarar y proteger el derecho del público a la información». A tal efecto, disponía que todas las agencias gubernamentales debían hacer públicas cuatro categorías de información, de las que seguidamente se relacionan algunos ejemplos:

(a) Publicación en el *Federal Register*. Cada agencia expondrá separadamente y publicará periódicamente en el *Federal Register*, para guía del público (A) descripciones de su sede central y sedes territoriales, así como la indicación de las dependencias y responsables gubernamentales y procedimientos mediante los cuales los ciudadanos pueden solicitar información, presentar peticiones y obtener resoluciones [...] (D) reglas procedimentales, de aplicación general legalmente aprobadas, y declaraciones de política general o interpretaciones de aplicación general aprobadas por la agencia [...]

(b) Opiniones y órdenes de las agencias [...] (A) todas las resoluciones definitivas, incluyendo las opiniones concurrentes y discrepantes y todas las órdenes adoptadas en la resolución de casos [...]

(c) Registros de las agencias. Con excepción de los registros afectados por las letras (a) y (b), todas las agencias, ante la petición de acceso a registros identificables formulada de acuerdo con normas públicas que precisen el tiempo, lugar y coste del acceso, pondrá a rápidamente a disposición del público la información obrante en esos registros [...]

(d) Procedimientos de las agencias. Todas las agencias que cuenten con más de un miembro guardarán un registro en el que figuren las opiniones defendidas por cada de sus miembros en los distintos procedimientos que haya resuelto. Ese registro se hallará disponible para su consulta por el público.

La Ley establecía nueve excepciones al principio de transparencia, a saber: materias afectadas por la seguridad nacional y que así figuren en orden ejecutiva, supuestos de gestión de personal y funcionamiento estrictamente interno de las agencias, aquellos casos excluidos de publicidad por ministerio de la ley, secretos comerciales y financieros, memorandos entre agencias o correspondencia que no deba proporcionarse a una parte en un proceso judicial, historiales médicos y del personal, expedientes policiales en la medida en que no resulte exigible su publi-

cidad o conocimiento por terceros, información sobre supervisión de entidades de crédito y, en fin, la información geológica y geofísica y los datos —incluyendo los mapas— relacionados con minas y pozos.

La Ley fue objeto de una profunda reforma aperturista en 1974, a resultas del escándalo del Watergate. Una vez más, sus impulsores hubieron de vencer las resistencias del Gobierno federal, pues el Presidente Gerald Ford, siguiendo la sugerencia de su jefe de gabinete, Donald Rumsfeld (otrora promotor de la transparencia informativa cuando el Gobierno federal estaba en manos de los demócratas), y del entonces consejero —y luego miembro de la Corte Suprema— del Departamento de Justicia, Antonin Scalia, vetó la reforma legal, a la que calificó de inconstitucional por vulnerar el principio de separación de poderes y poner en riesgo la seguridad nacional. El veto presidencial fue posteriormente levantado por el Congreso.

Durante la presidencia de George W. Bush, la Administración republicana llevó a cabo dos iniciativas de signo bien diferente: por una parte, limitó el acceso a la documentación presidencial y, por otra, promulgó en 2007 la Ley de gobierno abierto, que propició una mayor transparencia. El Presidente Barack Obama declaró, en 2009, su Gobierno como el más abierto de la historia, si bien las realizaciones prácticas no estuvieron a la altura de sus ambiciosas palabras.

2.2. *La Ley española de prensa e imprenta*

La aprobación de las Leyes 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, y 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, plasmó una cierta apertura del régimen franquista en materia de prensa, sin que ello supusiera, claro es, reconocimiento de una auténtica libertad de expresión digna de tal nombre. Pese a ello, los requiebros lingüísticos propios de la época dieron como resultado la introducción en el preámbulo de la Ley de secretos oficiales de una declaración que bien podría figurar en el frontispicio de los textos constitucionales de las democracias más avanzadas:

Es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, porque las cosas públicas que todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos.

Ni que decir tiene que, como era habitual en la legislación franquista, el contenido dispositivo de la Ley venía a contradecir frontalmente tan noble propósito y a vaciar de contenido esta declaración.

No obstante, antes de examinar el contenido de la Ley de secretos oficiales, convendrá que nos detengamos brevemente a considerar el significado y limitaciones de la Ley de prensa e imprenta de 1966, popularizada como «Ley Fraga» por referencia a quien fuera su principal impulsor: Manuel Fraga Iribarne, Ministro de Información y Turismo desde 1962. La Ley fue la culminación del tímido proceso de liberalización que afrontó el político gallego.

Como bien se reseñaba en el preámbulo de la Ley, al momento de su aprobación el régimen jurídico de la prensa estaba constituido fundamentalmente por dos normas legales esencialmente contradictorias entre sí: de un lado, el texto normativo más liberal en la materia, la Ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883 («Ley Gullón») y, de otro, la denominada Ley de prensa de 22 de abril de 1938, obra de Ramón Serrano Suñer. El contraste no podía ser más evidente y las profundas contradicciones existentes entre ambos cuerpos legales se saldaban inexorablemente con la primacía de la norma de 1938, profunda y confesadamente antiliberal, al punto de orillar toda consideración de la prensa como una libertad pública y convertirla en una auténtica función del Estado. «[S]iendo la Prensa» —se decía en el preámbulo de la norma de 1938— «órgano decisivo en la formación de la cultura popular y, sobre todo, en la creación de la conciencia colectiva, no podía admitirse que el periodismo continuara viviendo al margen del Estado», al tiempo que se anunciaba la «voluntad de llenar la obra propuesta, convirtiendo a la Prensa en una institución nacional y haciendo del periodista un digno trabajador al servicio de España».¹²

El artículo 1 de la norma de 1938 atribuía «al Estado la organización, vigilancia y control de la institución nacional de la Prensa periódica», función que, según se precisaba en el artículo 2, comprendía: «Primero. La regulación del número y extensión de las publicaciones periódicas. Segundo. La intervención en la designación del personal directivo. Tercero. La reglamentación de la profesión de periodista. Cuarto. La vigilancia de la actividad de la Prensa. Quinto. La censura mientras no se disponga su supresión. Sexto. Cuantas facultades se deduzcan del precepto contenido en el artículo primero de esta Ley».

¹² Sin pudor alguno, se anunciaba pomposamente que «redimido el periodismo de la servidumbre capitalista de las clientelas reaccionarias o marxistas, es hoy cuando auténtica y solemnemente puede declararse la libertad de la Prensa», precisándose que se trataba de una «libertad integrada por derechos y deberes que ya nunca podrá desembocar en aquel libertinaje democrático, por virtud del cual pudo discutirse a la Patria y al Estado, atentar contra ellos y proclamar el derecho a la mentira, a la insidia y a la difamación como sistema metódico de destrucción de España decidido por el rencor de poderes ocultos».

Por lo que se refiere a la Ley de 1966, según se proclamaba en su parte expositiva, «el principio inspirador [...] lo constituye la idea de lograr el máximo desarrollo y el máximo despliegue posible de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento, consagrada en el artículo doce del Fuero de los Españoles, conjugando adecuadamente el ejercicio de aquella libertad con las exigencias inexcusables del bien común, de la paz social y de un recto orden de convivencia para todos los españoles». Libertad de expresión *ma non troppo* como anuncia ya la propia referencia —por lo demás inexcusable en el sistemas de fuentes normativas del momento— al artículo 12 del Fuero de los españoles, donde se declaraba que «todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado», verdadero oxímoron declarativo de un aparente derecho que no era tal.¹³

El articulado de la Ley de 1966 se abría con un modesto reconocimiento de la «libertad de expresión por medio de impresos» (art. 1), siempre en los términos del ya reseñado artículo 12 del Fuero de los españoles; modestia que no impedía nuevos recortes normativos del derecho. Así, en el artículo 2 de la Ley se consignaba que «la libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones, reconocidas en el artículo primero, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa Nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a la Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar.»

Con todas sus limitaciones, la aprobación de esta Ley representó una tímida liberalización de la prensa en España, no tanto por lo que suponía la ya reseñada rócana proclamación de la libertad de expresión sino por lo que efectivamente significó la introducción de la libertad de empresa en este ámbito, superando con ello el planteamiento organicista y de corte eminentemente totalitario de la Ley de

¹³ La eficacia real de los derechos mencionados en el Fuero de los españoles quedaba en entredicho desde el título II del cuerpo legal, rubricado «Del ejercicio y garantía de los derechos» que, en lo que ahora estrictamente interesa, comenzaba con un precepto —el artículo 33— en el que se advertía de que «el ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrá atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España». Por si ello fuera poco, los siguientes preceptos distinguían entre el ejercicio de los derechos «reconocidos» en el Fuero, para lo que era precisa la aprobación por las Cortes de «las leyes necesarias» (art. 34) y la vigencia misma de la sedicente libertad de expresión del art. 12 podía ser objeto de suspensión gubernativa temporalmente mediante la aprobación del oportuno decreto-ley (art. 35).

1938. En todo caso, contemplada desde la perspectiva que nos ofrece la efectividad del derecho a la libertad de expresión, la Ley constituía un auténtico trampantojo. Así, si de una parte se suprimía la censura previa como método ordinario de control administrativo de las publicaciones periódicas, reservándose su utilización a los estados de excepción y guerra (art. 3), de otra se contemplaba el secuestro administrativo de publicaciones como medio cautelar para la represión de conductas incursas en responsabilidad penal (art. 64). Además, el instrumental represivo apenas se veía debilitado desde el momento en que se tipificaba como infracción muy grave la inobservancia de las limitaciones establecidas en el artículo 2 de la Ley [art. 67 a) *in fine*]. Finalmente, si bien es verdad que la Ley permitía acudir a la vía contencioso-administrativa frente a los actos administrativos dictados en ejercicio de la policía de imprenta (art. 71.2), no es menos cierto que se conferían a la Administración del Estado poderes exorbitantes en la dirección efectiva de la actividad periodísticas [destacadamente mediante la potestad de inserción de informaciones «de interés general» (art. 6), la regulación del registro administrativo de empresas periodísticas y del ejercicio de la profesión periodística (arts. 26 y ss.); pero también al atribuirse a la Administración la competencia para resolver, cuando menos en primera instancia, los conflictos trabados con ocasión del ejercicio de los derechos de réplica y rectificación (art. 61),¹⁴ atribución que transformaba un conflicto entre particulares en materia administrativa susceptible de resolución última por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo].

Cualquiera que fuera la extensión de la liberalización de la prensa que supuso la aprobación de la Ley de 1966, es lo cierto que solo con una prensa —ordenadamente— libre tenía sentido la promulgación de una Ley de secretos oficiales. En efecto, considerada la actividad periodística una función del Estado sometida a la potestad disciplinaria de la Administración, ningún sentido tenía establecer unos límites informativos al ejercicio de una profesión que únicamente podía beber de las fuentes que graciosamente le abriera el poder público.¹⁵

La situación habría de cambiar, ya ha quedado apuntado, con la aprobación de la Ley de prensa e imprenta de 1966, que representó una cierta apertura del

¹⁴ En la Ley Gullón de 1883, la negativa del periódico a insertar el escrito de rectificación abría la vía del juicio verbal y no de la acción administrativa, como sucedía en la Ley de prensa e imprenta de 1966.

¹⁵ En el preámbulo de la Ley de 1938 ya se advertía contra toda veleidad liberal en punto a la consideración de la función social de la prensa al señalar que «cuando en los campos de batalla se luchaba contra unos principios que habían llevado la Patria a un trance de agonía, no podía perdurar un sistema que siguiese tolerando la existencia de ese *cuarto poder*, del que se quería hacer una premisa indiscutible».

régimen franquista en materia de información. Cabe dudar, no obstante, de que la apertura fuera de tal calibre que justificara la afirmación, recogida en el preámbulo de la Ley de secretos oficiales de 1968, de que «existe una laguna en nuestra legislación, que, al contrario de lo que ocurre en los Estados caracterizados por la mayor libertad de información, no prevé una regulación de las medidas protectoras de los secretos oficiales». «Para remediar esta situación», se añadía a renglón seguido, «la Ley establece un conjunto de medidas positivas para evitar que trascienda el conocimiento de lo que debe permanecer secreto, señalando normas severas que impidan la generalización de calificaciones que tienen carácter excepcional». De nuevo el contenido de la Ley negaba radicalmente las pretendidas bondades liberalizadoras proclamadas en su preámbulo, pues nada había en ella que ni remotamente pudiera impedir la generalización de «materias clasificadas». Antes al contrario, la Ley era generosa, en primer lugar, en la definición del ámbito objetivo de estas materias, al establecer en su artículo 2 que «podrán ser declarados ‘materias clasificadas’ los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometa los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.» En segundo término, se habilitaba a un amplio elenco de «autoridades» para que pudieran proceder a la clasificación de estas materias como secretas o reservadas, pues el artículo 4.1 atribuía el ejercicio de la potestad al «Consejo de Ministros y sus miembros», jefes de misiones diplomáticas españolas en el extranjero y al Jefe del Alto Estado Mayor, al tiempo que el apartado segundo este mismo artículo 4 extendía considerablemente el ejercicio de la potestad clasificatoria, bien que con eficacia provisional,¹⁶ a un amplio conjunto de órganos unipersonales: directores generales de seguridad, de la Guardia Civil, jefes de estado mayor de cada uno de los tres ejércitos, jefe de la defensa aérea, capitanes generales de las regiones militares, departamentos marítimos y regiones aéreas y gobernadores civiles. Por otra parte, la Ley contemplaba en absoluto la caducidad automática de la clasificación por el transcurso del tiempo, siendo preciso que el mismo órgano que acordó la clasificación procediera expresamente a su cancelación (artículo 7). A ello cabe añadir que, entre los efectos automáticos de la clasificación figuraba «la prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales,

¹⁶ La clasificación provisional decidida por estos órganos unipersonales había de ser ratificada, en el plazo de 72 horas, por alguno de los órganos titulares de la potestad clasificatoria definitiva enumerados en el artículo 4.1 de la Ley.

lugares o zonas en que radiquen las materias clasificadas» [artículo 8 B)]. Para concluir, la Ley excluía por completo el control judicial del ejercicio de la potestad clasificatoria en unos términos claros y terminantes: «No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley», declaraba tajantemente el artículo 10.2.

3. EL PROCESO CONSTITUYENTE ESPAÑOL: 1977-1978

La transición española de la dictadura franquista a la democracia arrancó formalmente con la aprobación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política,¹⁷ que, conforme a la calculada ambigüedad tan habitual en el lenguaje político oficial de la época, no hacía referencia alguna a la convocatoria de Cortes constituyentes sino que regulaba en su artículo 3, el proceso de reforma constitucional. Sorprende la previsión contenida en este precepto legal a nada que se repare en que las Leyes fundamentales del Reino, andamiaje pseudoconstitucional con el que se pertrechó el régimen franquista, eran del todo refractarias a la idea misma de reforma de los presupuestos fundacionales del régimen jurídico-político surgido de la guerra civil española.¹⁸

¹⁷ El proyecto de Ley fue sometido a referéndum el 15 de diciembre de 1976. Participó en este plebiscito el 78 por 100 del censo; el 94,17 por 100 de los votos fue favorable y apenas el 2,56 por 100 de los sufragios rechazó la reforma.

¹⁸ La Ley fundamental de 17 de mayo de 1958, por la que se promulgaron los principios del Movimiento Nacional, disponía en su artículo primero que tales principios, en tanto que «síntesis de los que inspiran las Leyes fundamentales refrendadas por la nación el 27 de julio de 1947, son, por su propia naturaleza permanentes e inalterables»; idéntica *cláusula de eternidad* figuraba en el artículo 3 *in fine* de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967.

Sea como fuere, el artículo 3 de la Ley de reforma política contenía la arquitectura básica del proceso constituyente que subrepticamente se estaba abriendo. Así, tras atribuir en su apartado primero la «iniciativa de reforma constitucional» al Gobierno y al Congreso de los Diputados, excluyendo con ello implícitamente al Senado, regulaba a continuación el trámite parlamentario de reforma: «Cualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado. El Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso, y si éste no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión Mixta, bajo la presidencia de quien ostentara la de las Cortes y de la que formarán parte los Presidentes del Congreso y del Senado, cuatro Diputados y cuatro Senadores, elegidos por las respectivas Cámaras. Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieran la aprobación de una y otra Cámara, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los componentes de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras» (art. 3.2). La regulación concluía con la previsión de que «el Rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el Proyecto a referéndum de la Nación».

3.1. *Los Pactos de la Moncloa y la reforma de la Ley de secretos oficiales*

Uno de los principales protagonistas de la transición democrática española, Enrique Fuentes Quintana, hablaba de la existencia de una auténtica *maldición histórica española*: la coincidencia de un cambio de régimen con una crisis económica. Señalaba al respecto el profesor Fuentes Quintana cómo la experiencia de la Segunda República demostraba bien a las claras hasta qué punto una crisis económica grave y no resulta es un pasivo que complica, hasta hacerla imposible, la construcción de la democracia. Pues bien, la situación que atravesaba la economía española al momento de iniciarse la transición de la dictadura a la democracia no era grave sino auténticamente explosiva: el precio del barril de petróleo se había disparado de los 1,63 a los 14 dólares, lo que representaba una amenaza terrible para un país que importaba el 66 por 100 de la energía que consumía; la inflación alcanzó el 44 por 100 a mediados de 1977, amenazando a una hiperinflación como la que aquejaba a las economías latinoamericanas de la época; el endeudamiento de las empresas se disparó y la deuda exterior se incrementaba a pasos agigantados, el paro, en fin, crecía sin control y en ese mismo año de 1977 se situó en 900.000 personas, de las que únicamente 300.000 percibían un subsidio de desempleo; el paro seguirá siendo el mal endémico de la economía española en los años posteriores.

Tras la celebración de las elecciones de 15 de junio y habida cuenta de que el Gobierno presidido por Adolfo Suárez carecía de una mayoría sólida en las Cámaras, el Gabinete enfrentó el reto de encauzar una transición política radical en el contexto de una profunda crisis económica tratando de alcanzar un acuerdo de estabilidad con las fuerzas de izquierda —Partido Comunista de España y Partido Socialista Obrero Español— y un pacto con los sindicatos que rebajara el alto índice de conflictividad social.¹⁹ Este doble esfuerzo dio como resultado los llamados «Pactos de La Moncloa», integrados por sendos acuerdos sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía y sobre el programa de actuación jurídica y política, firmados ambos por las principales fuerzas políticas con representación parlamentaria el 27 de octubre de 1977.²⁰

¹⁹ Según los datos proporcionados por CARBÓ (s.f., 34), durante el año 1977 se perdieron un total de 18.641.700 jornadas de trabajo por conflictos laborales, cifra solo superada por las 18.916.900 jornadas perdidas en 1979.

²⁰ Firmaron estos acuerdos, además del Gobierno, la Unión de Centro Democrático, el Partido Socialista Obrero Español, el Partido Comunista de España, el Partido Socialista Popular, Convergencia Socialista de Cataluña, el Partido Nacionalista Vasco, Convergència i Unió, y Alianza Popular, que suscribió el acuerdo económico, pero no el político. El acuerdo económico dio excelentes resultados en el control de la inflación (1977 acabó con el 26,4 por 100 de inflación,

En el acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política se fijaban una serie de «objetivos de políticas legislativa a corto plazo» que los firmantes consideraban necesarios y urgente «para la adaptación del ordenamiento jurídico a las exigencias propias de la nueva realidad democrática» y que arrancaban con los relativos a la materia «Libertad de expresión», donde, entre otros extremos, se preveía la eliminación del secuestro administrativo de publicaciones y el mantenimiento exclusivamente del secuestro judicial. Por lo que específicamente hacía referencia a los secretos oficiales, el acuerdo anunciaba que «se revisarán los supuestos legales en que pueda una materia ser declarada en función de la seguridad y defensa del Estado. Los órganos competentes para hacer la declaración serán: el Consejo de Ministros y, en materia de Defensa Nacional, las autoridades militares». Este compromiso se plasmó en la aprobación de la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modificó la Ley de 5 de abril de 1968, de secretos oficiales, en dos extremos capitales: la supresión de la potestad clasificatoria provisional, reduciéndose al tiempo el número de órganos titulares de esta potestad, que en el futuro serán únicamente el Gobierno y la Junta de Jefes de Estado Mayor, y la apertura del control del ejercicio de esta potestad por la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la derogación del precepto que expresamente excluía la intervención de este orden jurisdiccional.

3.2. *Público y secreto en la Constitución*

Bien puede afirmarse que el articulado de la vigente Constitución española plasma un ponderado equilibrio entre el principio de publicidad del actuar de los poderes públicos y la preservación de espacios en los que ese principio no rige por mandato expreso de la Ley fundamental. La exclusión del principio en cuestión responde a la concurrencia de valores de relevancia constitucional dignos de protección [en particular, art. 105 b) CE] o a la necesidad de asegurar la efectividad de derechos individuales.²¹

a) Por lo que se refiere al principio de publicidad, cabe subrayar la importancia de su proclamación respecto de las normas jurídicas. Así, en su art. 9.3, la Constitución garantiza «la publicidad de las normas», una garantía que tiene

cuando se preveía un 80 por 100, y 1978 se cerró con un 16 por 100 de inflación, conjurándose con ello el riesgo de la hiperinflación) y en materia de divisas; por desgracia, no se emprendieron algunas de las reformas estructurales que precisaba la economía española, lo que lastró su desarrollo posterior.

²¹ Sobre este punto, vid., por todos, DÍEZ-PICAZO (1998, 77 y ss).

concreción, respecto de las leyes, en el art. 91, que atribuye al Rey la función de ordenar su publicación en el diario oficial.²²

La Constitución reconoce igualmente dos derechos fundamentales definidos por la existencia de un espacio público de deliberación y actuación de los poderes estatales. Se trata, claro está, de los derechos a comunicar o recibir información veraz, enunciado en el art. 20.1 d), y del derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías» (art. 24.2 CE).²³ A este respecto, el Tribunal Constitucional ha destacado la relevancia que el principio que nos ocupa tiene en la arquitectura del proceso penal, en particular al afirmar que «por prueba en el proceso penal ha de entenderse en sentido propio la producida en el juicio oral, en el cual se aseguran las garantías constitucionales de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad (SSTC 31/1982, de 28 de julio, FJ 3; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 2; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2).» (STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6).

En cuanto a la actuación del poder legislativo, el art. 80 CE establece el principio de publicidad de las sesiones plenarias de ambas Cámaras, «salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento».²⁴ Interesa señalar que si bien en la actualidad damos por supuesto

²² Al respecto, vid. BERMEJO VERA (1977).

²³ Si bien prima el derecho a la información, la garantía del proceso público no es ajena al pronunciamiento de las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, y 159/2005, de 20 de junio, que declararon contraria a la Constitución la regulación, adoptada por el Consejo General del Poder Judicial y confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, del acceso de la prensa a las salas de justicia asentada sobre el criterio de prohibición general con posible dispensa de autorización *ad casum*.

²⁴ En el caso del Congreso de los Diputados, el artículo 63 de su Reglamento reitera la preferencia por la publicidad de las sesiones plenarias, con las siguientes excepciones: «cuando se traten cuestiones concernientes al decoro de la Cámara o de sus miembros, o de la suspensión de un Diputado; cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes o conclusiones elaboradas en el seno de la Comisión del Estatuto de los Diputados» que no afecten a las incompatibilidades parlamentarias, en cuyo caso concurre un evidente interés público y, en fin, «cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros», a iniciativa de la Mesa, del Gobierno de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Por lo que hace al Senado, el artículo 72 de su Reglamento establece como requisito para celebrar sesiones secretas que medie «petición razonada del Gobierno o de cincuenta Senadores». Este mismo precepto establece que «serán secretas en los casos previstos en este Reglamento». A decir verdad, este inciso apenas tiene virtualidad cuando de las sesiones plenarias se trata pues el Reglamento del Senado tan solo contempla el carácter secreto de las sesiones en las que se ejerza la potestad disciplinaria sobre los miembros de la Cámara y la sanción prevista sea la de suspensión (artículo 102, que se refiere al supuesto de que los senadores porten o exhiban armas en el Palacio del Senado, o agredan a otro senador o miembro del Gobierno).

el carácter público de las actuaciones parlamentarias, esta no es una característica natural o incontrovertida de las mismas sino el resultado de una evolución histórica que ha garantizado su conocimiento por parte de los ciudadanos, a un tiempo representados por los miembros de las Cámaras y destinatarios últimos de sus trabajos y decisiones, en particular las legislativas.²⁵

La publicidad de las actuaciones judiciales, «con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento» está garantizada por el art. 120.1 CE. En un primer desarrollo de esta previsión constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha acertado a distinguir el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, siempre a salvo de las excepciones que puedan introducirse por las leyes reguladoras de cada procedimiento (art. 232.1),²⁶ del secreto de las deliberaciones de

Más «generosos» se muestran ambos Reglamentos parlamentarios en la previsión de sesiones secretas por las respectivas comisiones. Es el caso del artículo 64 del Reglamento del Congreso, referido tanto al carácter secreto de las sesiones como de los trabajos parlamentarios, al menos de la Comisión del Estatuto de los Diputados, lo que no deja de ser paradójico, pues no parece demasiado razonable extender el carácter secreto a la totalidad de trabajos de la Comisión sin ponderar su incidencia sobre los derechos de los diputados o la concurrencia de algún interés público prevalente que aconseje su disponibilidad por los ciudadanos, representados en la Cámara en tanto que titulares de la soberanía popular. Más atinado parece, en este sentido, el tenor del artículo 75 del Reglamento del Senado, que en su apartado segundo prevé que sean secretas «en todo caso [...] las sesiones de las Comisiones o aquellos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores». En el artículo 75.3 se contempla la posibilidad de que las comisiones celebren sesiones «a puerta cerrada cuando, sin afectar a los temas antes expuestos, sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros». Se opta así por establecer el carácter secreto exclusivamente para los supuestos expresamente previstos en el artículo 75.2 y queda a la libre decisión de los propios senadores, lo que conllevará, en su caso, el control por los electores, de la celebración de reuniones a puerta cerrada cuando no concurren los intereses protegidos por el mencionado artículo 75.2 del Reglamento parlamentario.

²⁵ Según recuerda Juha MANNINEN (2006, 44 y *passim*), garantizar la publicidad los trabajos de la Dieta sueca era un objetivo en el que coincidían las diferentes fuerzas políticas de la «Era de la libertad» tanto porque con ella se pretendía persuadir a los ciudadanos ilustrados de la bondad de las medidas adoptadas por el legislador, cuanto porque facilitaba un control difuso de la acción de los parlamentarios. A su vez, Herbert N. FOERSTEL comienza su monografía (1953), recordando cómo «los orígenes americanos del derecho ciudadano a saber derivan de la Inglaterra de los siglos XVI y XVII, durante los cuales una prensa intrépida luchaba por sortear la prohibición de informar sobre las actuaciones de las cámaras parlamentarias. Los periodistas que violaban esta prohibición eran sancionados y muchos fueron encarcelados hasta que se comprometieron a cesar (*they swore to cease and desist*, siendo el *cease and desist* un documento formal de renuncia a determinadas conductas) en este tipo de actividades radicales».

²⁶ El artículo 138 de la Ley de enjuiciamiento civil, en una regulación aplicable al conjunto de jurisdicción por mor del carácter supletorio del cuerpo legal en el que está integrado, dispone, en su apartado primero, que «las actuaciones de prueba, las vistas y las comparencias *cuyo objeto sea*

los órganos colegiados, regla que no conoce excepción alguna y que garantiza la independencia de los magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que a ellos privativamente atribuye el artículo 117.3 de la Constitución (art. 233).²⁷ La Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 7/2015, de 21 de julio, y 10/2015, de 10 de septiembre, dedica parte de su articulado a la regulación del tratamiento y acceso a los datos de carácter personal en las actuaciones obtenidos tanto con fines jurisdiccionales como no jurisdiccionales (arts. 235 *bis* a 236 *decies*). En este punto, el legislador de 2015 (Ley Orgánica 7/2015, ya reseñada), ha consagrado una práctica escasamente ponderada en lo que toca a la difusión de las sentencias, más concretamente, de los datos de carácter personal —en particular, la identidad de las partes personadas— como era la que venía siguiéndose por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). En efecto, el nuevo artículo 235 *bis* LOPJ, dispone en su primer párrafo que «el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, o a otras resoluciones dictadas en el seno del proceso, sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran

oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública»; el texto reproducido en cursiva pone de manifiesto la derivación inmediata del principio de publicidad de las actuaciones jurisdiccionales de las garantías procesales del art. 24 CE con las que se trata de evitar en todo caso la indefensión de las partes. En el apartado segundo de este mismo precepto legal, cuya redacción denota claramente la influencia del artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, se enuncian los requisitos sustantivos que han de cumplirse para que el órgano judicial actuante pueda acordar la realización a puerta cerrada de las actuaciones procesales enumeradas en el art. 138.1: «Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.» A su vez, el art. 138.3 establece los requisitos procesales: audiencia previa a las partes y resolución judicial motivada mediante auto que no es susceptible de impugnación autónoma. Nótese que el legislador no ha contrapuesto aquí los principios de publicidad y secreto sino que se ha decantado por una modulación relativa de aquella concretada en la celebración de actos procesales «a puerta cerrada», de cuya realización y cuyos resultados habrán de quedar constancia en las actuaciones procesales para que puedan producir plenos efectos jurídicos.

²⁷ El art. 233 LOPJ atribuye carácter secreto tanto a las deliberaciones como al resultado de las votaciones, «sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre la publicación de los votos particulares», inciso que remite al artículo 260 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevé la inclusión de los votos particulares en el libro de sentencias (lo que evoca la añeja regulación de los votos reservados como mecanismo exclusivamente de exención de responsabilidad) y su difusión junto con la sentencia a la que se formulen.

y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda». De modo que este precepto deslinda, por un lado, la operación de «disociación de los datos de carácter personal» que las sentencias puedan contener y, de otro, el «pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas... o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda», siendo así que el art. 266.1, no modificado por la ya mencionada Ley Orgánica 7/2015, de manera mucho más ponderada y respetuosa con los intereses en presencia, señala que «el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes.» Como puede apreciar, en tanto el nuevo artículo 235 *bis* incorpora un mandato general e incondicionado de supresión de los datos de carácter personal, el «viejo» artículo 266.1 contiene una regla mucho más matizada y que precisa de una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso. Este último precepto permite, entre otras cosas, que los ciudadanos puedan hacerse una idea cabal de la probidad en el ejercicio de la potestad pública más exorbitante que puede existir en un Estado de Derecho, como es la potestad jurisdiccional —única que permite decidir con carácter definitivo sobre la libertad personal y el patrimonio de los ciudadanos—, para lo cual será preciso conocer las circunstancias de los casos resueltos por jueces y tribunales, también las circunstancias personales de quienes fueron parte en el proceso judicial. Por el contrario, el primero preserva, de manera incondicionada, el anonimato absoluto de quienes acuden, de grado o por fuerza, ante el juez en demanda de justicia. Se trata, evidentemente, de respuestas legislativas diferentes a un mismo problema: el denominado «derecho al olvido», situado en la primera línea de las preocupaciones de los responsables de la difusión de las resoluciones judiciales por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, *Google Spain y Google* (ECLI:EU:C:2014:317).²⁸

En el caso del Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional no integrado en el complejo orgánico que tiene como instancia gubernativa central el Consejo General del Poder Judicial —como, por lo demás, sucede también en el caso del

²⁸ En relación con el llamado «derecho al olvido», vid. SIMÓN CASTELLANO (2015) y MIERES MIERES (2014).

Tribunal de Cuentas, en tanto que ejerce jurisdicción contable en los procesos frente a cuentadantes—, el artículo 164 de la Constitución dispone que sus sentencias «se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere», vinculando a su publicación tanto el efecto de cosa juzgada material de las resoluciones («Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas») como la eficacia *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad («Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos»²⁹). En torno al sentido y alcance de este mandato de publicidad de sus sentencias, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la capital, a estos efectos, STC 114/2006, de 5 de abril.

La STC 114/2006 identifica, a partir de la literalidad del art. 164.1 CE, la existencia de una «exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales» del Tribunal Constitucional (FFJJ 6 y 7). Una exigencia que tiene por objeto «la resolución íntegra» y comprende «por lo común, la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo, en tanto que permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo, la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional.» (FJ 6). Bien entendido que esa exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales que incorporan doctrina constitucional —sentencias y autos— no tiene «carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos» (FJ 7). La excepción será el resultado de una ponderación entre esa exigencia constitucional y «otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto» (*ibid.*). Cumple señalar que la STC 114/2006 declara expresamente que la realización de esa ponderación corresponde en exclusiva al propio Tribunal Constitucional al tratarse de una *cuestión jurisdiccional* (FJ 5), pues es «este Tribunal [quien] puede excepcionar mediante una decisión jurisdiccional, adoptada de oficio o a instancia de parte,

²⁹ Al respecto, cabe remitirse al comentario que en su día hiciera FERNANDEZ FARRERES (2001, 1339 y s.) al entonces artículo 86.2 LOTC, relativo a la publicación de sentencias en el diario oficial.

la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de sus resoluciones jurisdiccionales que incorporan doctrina constitucional» (FJ 7).³⁰ La Sentencia pondera, en particular, el derecho a la protección de datos personales del art. 18.4 CE «en los términos y con la amplitud y autonomía que le ha sido reconocido por este Tribunal en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en sus fundamentos jurídicos 5 y 6» (*ibid.*) y asienta como criterio general para la limitación del acceso al texto íntegro de las sentencias la posible afección «al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes» (FJ 7).³¹

³⁰ Las excepciones tienen que ver, sustancialmente, con la salvaguarda de los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa reconocidos en el art. 18.1 y 4 CE

³¹ Al respecto, interesa destacar que la sola invocación del derecho a la intimidad no se ha considerado razón suficiente para suprimir los datos personales de quienes hayan sido parte en un proceso constitucional. Según se afirma en la STC 68/2005, de 31 de marzo, «quien participa por decisión propia en un procedimiento público ... no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal ni la garantía frente al uso de la informática (art. 18.1 y 4 CE) por el mero hecho de que los actos del procedimiento en los que deba figurar su nombre sean, por mandato de la Constitución o con apoyo en ella, objeto de publicación oficial o de la publicidad y accesibilidad que la trascendencia del propio procedimiento en cada caso demande; ello sin perjuicio, claro es, de que el contenido mismo de tales actos incorpore, eventualmente, datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, supuesto en el cual sí operan, en plenitud, aquellas garantías constitucionales.» (FJ 15). Por lo que se refiere a la protección de «los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela» (art. 266.1 LOPJ), el Tribunal Constitucional ha prestado particular atención al «específico deber de tutela de los menores» (STC 114/2006, FJ 7). En esta Sentencia se enumeran tres tipos genéricos de supuestos en los que se han suprimido los datos personales de los menores. En primer lugar se mencionan los «litigios relativos a su filiación o custodia (SSTC 77/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio)»; a este mismo grupo pertenecerían las SSTC 1/1981, de 26 de enero, 13/1981, de 22 de abril, 22/2008, de 31 de enero, y 176/2008, de 22 de diciembre, por traer causa todas ellas de procesos que afectaban a la custodia y régimen de visitas de menores. También se ha evitado la identificación completa de los menores cuando el recurso de amparo ha traído causa de «procedimientos de adopción o desamparo (SSTC 114/1997, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, o 94/2003, de 19 de mayo)»; con posterioridad, STC 183/2008, de 22 de diciembre, sobre repatriación de un menor de edad previamente declarado en situación de desamparo. Por último, cuando los menores han sido «acusados de hechos delictivos (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, o 30/2005, de 14 de febrero)»; enumeración que puede completarse con la STC 41/2009, de 9 de febrero. También se ha evitado la identificación completa de quienes han solicitado el amparo constitucional en «garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, o 127/2003, de 30 de junio)» (STC 114/2006, FJ 7). En el origen de las dos resoluciones citadas se encuentra la divulgación de datos personales de quienes habían sido víctimas de

Más recientemente, el Pleno del Tribunal Constitucional ha adoptado un acuerdo, de 23 de julio de 2015, «por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales». Este acuerdo, que fue publicado en la edición del «Boletín Oficial del Estado» correspondiente al día 27 de julio de 2015 (núm. 178), aduce como base normativa la potestad reglamentaria atribuida al Tribunal en el artículo 2.2 de su Ley Orgánica. El contenido normativo del acuerdo apenas diverge de la doctrina sintetizada en la STC 114/2006, por lo que resulta pertinente preguntarse hasta qué punto una misma materia puede ser considerada «jurisdiccional» y «reglamentaria».³²

Para concluir, y por lo que atañe al principio de publicidad de las actuaciones administrativas, el artículo 105 b) de la Constitución prevé que «la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». No se trata, claro es, de la proclamación de un derecho subjetivo sino del establecimiento de un principio constitucional, de un mandato de optimización, con el que se pretende asegurar la transparencia de la acción administrativa.

b) Aquellos supuestos para los cuales la Constitución garantiza un ámbito de reserva o secreto tienen que ver bien con la garantía de la libertad individual de autodeterminación, bien con la integridad del procedimiento de formación de la voluntad del cuerpo electoral. En todos los casos se excluye del conocimiento ajeno aquello que solo mantenido en la reserva preserva el estatuto de ciudadanía.

Por lo que hace al primero de los ámbitos, la identificación de garantías concretas de la libertad individual de autodeterminación, el artículo 16.2 CE garantiza que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

delitos contra la libertad sexual. Posteriormente, en la STC 77/2009, de 23 de marzo, se suprime la identificación completa de quienes comparecieron en un proceso constitucional de amparo tras haber actuado ante la jurisdicción civil en defensa de sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen con ocasión de una publicación periodística relativa a la llamada «Secta Ceis». El riesgo de que los datos personales puedan ser usados «con fines contrarios a las leyes» (art. 266.1 LOPJ) ha sido objeto de especial ponderación en la STC 216/2005, de 12 de septiembre, donde se evitó la identificación completa del recurrente, miembro de la brigada de información de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco.

³² Recuérdese que en la STC 114/2006 se hace especial hincapié en la caracterización como jurisdiccional de la actividad que nos ocupa, y que tiene que ver con la difusión de las resoluciones del Tribunal. Tampoco estará de más traer a colación el limitado ámbito objetivo de la potestad reglamentaria del Tribunal, referido exclusivamente a «su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios» (art. 2.2 LOTC).

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en que no cabe aducir vulneración de este precepto constitucional por quien, voluntariamente y con un fundamento ético, postula para sí la exención del cumplimiento de un deber público (en particular, STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 4) o cuando resulta de la ponderación entre derechos y valores constitucionales (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 12).³³

El artículo 18.4 CE dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Si bien es cierto que en un primer momento el Tribunal Constitucional tendió a considerar esta previsión constitucional como una garantía añadida de los derechos fundamentales, no lo es menos que finalmente se ha impuesto su consideración como un auténtico derecho fundamental autónomo a la protección de los datos personales, o a la autodeterminación informativa, expresión que la STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 7, toma de Pablo Lucas Murillo de la Cueva.³⁴

Entre las garantías constitucionales del proceso, el artículo 24.2 incluye los derechos del encartado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Con respecto a estas garantías, al valorar las declaraciones acusatorias de los coimputados, el Tribunal Constitucional ha recordado que «el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar, STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, 197/1995; véase además STDEH de 25 de febrero de 1993, asunto *Funke* A. 256-A).» (STC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6).

³³ En relación con la exigencia de idoneidad eclesiástica para la impartición de la enseñanza de la religión católica en los colegios públicos, en el fundamento jurídico 12 de la STC 38/2007 se afirma que «esta exigencia no puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (art. 16.2 CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva.»

³⁴ Obviamente, se trata de la monografía de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1990).

Los artículos 68, 69 y 140 CE garantiza el secreto del voto en las elecciones de diputados, senadores y concejales. La Constitución predica las notas de «universal, igual, libre, directo y secreto» del sufragio (expresión empleada en los arts. 68.1, 69.2 y 140 CE) pues solo concurriendo estas se asegura que el resultado ofrecido por la individualidad de cada elector se disuelva adecuadamente en el resultado conjunto del cuerpo electoral.³⁵ Se evita así el riesgo de presiones sobre la voluntad de los ciudadanos y tergiversaciones de la suma de sus decisiones individuales.

4. EL TIEMPO DETENIDO: DE LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL A LA LEY DE ACCESO ELECTRÓNICO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El impulso aperturista de la Constitución de 1978 tuvo escaso aliento y el desarrollo legal no estuvo prácticamente nunca a la altura de los postulados constitucionales. Pareciera que los buenos deseos del constituyente se hubieran agotado con su sola enunciación, sin que la apuesta por el obrar transparente de los poderes públicos en una sociedad abierta se tradujera siempre en la generación normativa de hábitos acordes con lo que reclamaba un país que libre y conscientemente había manifestado su firme voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada», según podemos leer en el preámbulo de nuestro texto constitucional.

4.1. *La accesibilidad de la documentación administrativa en la Ley de patrimonio histórico español*

La aprobación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, representó un punto de inflexión en la evolución de nuestro Derecho del patrimonio cultural. La arquitectura de la Ley se asienta sobre la noción de «bien de interés cultural»³⁶ y en ella se da tratamiento normativo específico a diferentes

³⁵ Como ha recordado recientemente PÉREZ ROYO (2015, 51), «la dimensión individual y la dimensión colegiada están indisolublemente unidas en el ejercicio del derecho de sufragio», al punto de que el «ejercicio individual carece de sustantividad jurídica a menos que lo ejerza simultáneamente con los demás ciudadanos que constituyen el cuerpo electoral en el que todos están integrados en condiciones de igualdad».

³⁶ La noción trae causa, en última instancia, de los trabajos de la Comisión de estudios para la tutela y la valorización del patrimonio histórico, arqueológico, artístico y del paisaje, constituida en Italia por la Ley de 26 de abril de 1964, núm. 310, conocida como «Comisión Franceschini» en honor a quien fuera su presidente, el profesor de arte y parlamentario de la Democracia Cristiana, Francesco Franceschini. Entre los méritos unánimemente reconocidos a los trabajos de la Comisión destaca la introducción de la categoría de los bienes culturales, entendidos como «todos testimonios materiales que incorporan un valor de civilización»; con esta figura se superaron los planteamientos esteticistas al uso en la materia y su sustitución por una concepción historiográfica.

masas de bienes que incorporan un valor de civilización, haciendo así realidad la propuesta codificadora a la que se alude en el preámbulo de la Ley.

Entre esas masas de bienes figura el patrimonio documental y bibliográfico, regulado en los artículos 48 a 58 de la Ley, regulación que se completa con la atinente a los archivos, bibliotecas y museos (arts. 59 a 66).³⁷ En lo que ahora estrictamente interesa, la Ley de patrimonio histórico español apostó decididamente por la conservación de este patrimonio, para lo que partió de una definición amplia y generosa del término «documento», trató de asegurar su conservación, no como un fin en sí misma sino como un instrumento para facilitar su acceso y consulta, cuando menos por los investigadores, y pretendió crear una auténtica cultura de los documentos públicos que se concretase en la estructuración de los archivos personales de los responsables de los cargos públicos.

Con respecto a lo primero, el artículo 49.1 de la Ley señala que ha de entenderse por documento «toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos.» En particular, por ministerio de la Ley, se integraron en el patrimonio documental las siguientes categorías de documentos: «los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios» (art. 49.2), «los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado» (art. 49.3) y «los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas» (art. 49.4). La previsión legal se cierra con una habilitación a la Administración del Estado para que pueda «declarar constitutivos del Patrimonio

fica. Las actas de los trabajos de la Comisión fueron publicadas en tres volúmenes por la editorial Colombo, de Roma, en 1967.

³⁷ Durante la vigencia de la Ley de 13 de mayo de 1933, de defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico, la regulación del patrimonio documental y bibliográfico quedaba remitida a una ley especial. Pues bien, fue necesario esperar cuatro décadas hasta que esa remisión tuviera un destinatario concreto, con la aprobación de la Ley 26/1972, de 21 de junio, sobre defensa del tesoro documental y bibliográfico de la Nación.

Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración» (art. 49.5).

En cuanto a lo segundo, el artículo 52.1 de la Ley impone a todos los poseedores de bienes del patrimonio documental y bibliográfico no solo la obligación de «conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados» (el incumplimiento de esta finalidad social es *causa expropriandi* ex art. 52.2 de la Ley de patrimonio histórico español, que contempla la posibilidad de una expropiación-sanción), sino también de permitir su estudio por os investigadores (art. 52.3; el apartado cuarto del artículo 52 prevé el cumplimiento de esta obligación mediante el depósito temporal de los documentos en un archivo o biblioteca públicos).

Más allá de esta previsión específica de acceso a la documentación por parte de categorías especiales de usuarios —los investigadores—, el artículo 57.1 de la Ley de patrimonio histórico español contiene un régimen general, y generoso, de acceso a los documentos concernidos por este cuerpo legal. Concretamente, este precepto establece un principio de accesibilidad general del que únicamente quedan excluidos los documentos «que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos» [letra a)], incluso respecto de estos documentos la Ley de patrimonio histórico contempla la posibilidad de que el acceso fuera autorizado por el órgano que los clasificó [letra b)]. El precepto se cierra con una regla específica para los documentos que contengan determinada información personal sensible: «c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.»

El apartado segundo del 57 de la Ley remite al reglamento el establecimiento de «las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos». El desarrollo reglamentario de la Ley se llevó a cabo tempranamente con la aprobación del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, posteriormente modificado —en especial para adaptarlo a la STC 17/1991, de 31 de enero— por

el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero. Según advertimos desde la lectura de su propio título, estamos en presencia de una regulación reglamentaria que no agota el desarrollo de la Ley. Pues bien, interesa aquí poner de relieve que entre los aspectos incluidos en este desarrollo parcial no figura el relativo a las condiciones de acceso a los bienes integrantes del patrimonio documental.

Por lo que se refiere al tercero y último de los aspectos que ahora interesan de la regulación del patrimonio documental y bibliográfico en la Ley de 25 de junio de 1985, con su artículo 54.1 se trata de salir al paso de una práctica demasiado habitual entre nosotros: la desaparición de los documentos en poder de los titulares de los cargos públicos más relevantes. A diferencia de lo que sucede en otras latitudes —véase, si no, la experiencia de los Archivos Nacionales de los Estados Unidos, que custodian la documentación atesorada por los sucesivos presidentes—, en España no hemos logrado que los «papeles de los presidentes del Gobierno», por citar únicamente el caso más significativo, permanezcan bajo la custodia de instituciones públicas que garanticen su conservación y faciliten su consulta y estudio por las generaciones venideras.³⁸ Establece dicho precepto legal que «quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el artículo 49.2 de la presente Ley están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al archivo que corresponda».

En la línea ya avanzada al reseñar la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley en cuanto a la regulación del derecho de acceso al patrimonio documental, cumple señalar que las bondades técnicas del texto legal de 1985 no siempre se han traducido en una adecuada práctica administrativa, en particular porque ha faltado un adecuado desarrollo normativo y organizativo de sus previsiones. Específicamente por lo que se refiere al acceso a los bienes integrantes del patrimonio documental, ha resultado exasperantemente lento el proceso de creación de las comisiones de valoración y expurgo de la documentación en las diferentes Administraciones territoriales.³⁹ Se trata de una pieza capital en la arquitectura

³⁸ La agencia EFE daba cuenta, el 8 de octubre de 2016, de la reivindicación por el Archivo Histórico Nacional de una ley que le permitiera custodiar los papeles de los presidentes del Gobierno, señalando, entre otros extremos, que dicha institución ni tan siquiera dispone de la totalidad de las actas de los consejos de ministros de Fernando VII (<http://www.efe.com/efe/espana/cultura/el-archivo-historico-pide-una-ley-para-custodiar-documentos-de-presidentes/10005-3062671#>, consultado por última vez el 23 de noviembre de 2016). Al respecto, vid., por todos, SANCHEZ BLANCO (2009, 140 y ss.).

³⁹ Valgan algunos ejemplos de la parsimonia como nota característica de la creación por las diferentes Administraciones de órganos de valoración documental, instrumentos clave para un tratamiento racionalizado del patrimonio documental.

de cualquier sistema archivístico medianamente funcional, con la que se asegura una adecuada selección de la documentación que es razonablemente posible conservar. Pues bien, la escasa atención prestada a estos órganos expresa bien a las claras el desinterés por la realización efectiva del derecho de acceso a la documentación pública, degradado a la condición de *flatus vocis* contradictorio con el mandato constitucional contenido en el artículo 105 b) de nuestra Ley fundamental.

En el caso de la Administración del Estado, el artículo 58 de la Ley del patrimonio histórico español creó una comisión superior calificadora de documentos administrativos. Sin embargo, fue necesario esperar 15 años hasta que se regulara su composición y funcionamiento, por el Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero, en cuyo preámbulo se invoca expresamente el principio de transparencia de la Administración. Este reglamento fue luego sustituido por el Real Decreto 1401/2007, de 29 de octubre.

Por lo que hace a las Administraciones autonómicas, hemos de comenzar señalando que la comisión andaluza de valoración de documentos fue regulada por el Reglamento del sistema andaluz de archivos, aprobado por Decreto 97/2000, de 6 de marzo, dictado en desarrollo de la Ley 3/1984, de 9 de enero, de archivos. La comisión se constituyó efectivamente el 28 de octubre de 2002 apenas dos años y medio después de la norma reglamentaria que la regulaba, pero cuando ya habían transcurrido 18 años desde la aprobación de la Ley de archivos. En Aragón, la comisión de valoración de documentos administrativos, fue establecida por el Decreto 12/1993, de 9 de febrero, por el que se crea el Archivos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y se regula su organización y funcionamiento. Si bien es cierto que la comisión empezó a funcionar efectivamente en mayo de 1996, cuando adoptó sus primeros acuerdos, también lo es que permaneció una década inactiva, desde diciembre de ese mismo año 1996 hasta marzo de 2006. En Cataluña, la comisión nacional de evaluación y selección de documentos fue creada por el Decreto 117/1990, de 3 de mayo, de evaluación y selección de documentación de la Administración pública, y comenzó a funcionar en 1993; desde 1997 la comisión confecciona una memoria anual de indudable utilidad para conocer sus actividades (pueden consultarse las distintas memorias en el siguiente enlace: http://cultura.gencat.cat/ca/departament/estructura_i_adreces/organismes/dgpc/temes/arxius_i_gestio_documental/cnaatd/accio_de_la_cnaatd/memos/); la regulación actual de la comisión, ahora llamada de acceso, evaluación y selección de documentos, procede del Decreto 13/2008, de 22 de enero, dictado en desarrollo de la Ley 10/2001, de archivos y gestión de documentos. Finalmente, pese que la Ley de archivos y patrimonio documental de la Comunidad de Madrid, de 1993 (Ley 4/1993, de 21 de abril) preveía la creación de un consejo de archivos como órgano asesor en los procesos de valoración y expurgo de documentos y series documentales, su efectiva constitución no tuvo lugar hasta tres lustros largos después: el 28 de noviembre de 2012; ello impidió la adecuada valoración y tratamiento de la documentación en poder de la Administración autonómica y el auxilio técnico a los archivos municipales.

Como puede apreciarse en los ejemplos seleccionados, con la sola excepción de la Generalitat de Cataluña, la práctica seguida por las Administraciones autonómicas poco ha facilitado la efectividad del derecho de acceso a la documentación pública, para la que es presupuesto técnico inexorable la adecuada valoración de la información en poder de la Administración.

4.2. *La insatisfactoria regulación general del derecho de acceso a la documentación administrativa en la Ley de procedimiento administrativo de 1992. El régimen especial en materia ambiental*

Ni que decir tiene que la Ley de patrimonio histórico español no era, ni tan siquiera en lo atinente al patrimonio documental, bibliográfico y archivístico, una ley de desarrollo del mandato contenido en el artículo 105 b) de la Constitución. Más allá de sus indudables bondades técnicas y del hecho de estar inspirada por un claro propósito conservacionista de ese patrimonio y por la voluntad de facilitar su consulta por los ciudadanos, lo cierto es que su regulación presuponia que la documentación hubiera pasado por un proceso de valoración y selección y estuviera depositada cuando menos en los archivos centrales de las distintas Administraciones.

El desarrollo legal del mandato constitucional vino de la mano de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que dedicaba su artículo 37 al «derecho de acceso a archivos y registros».⁴⁰ Según se establecía en el apartado primero de este precepto, el derecho podía ejercerse respecto de los documentos que obrasen en expedientes conclusos, previsión, en principio, plenamente coherente con la exigencia de ostentar un interés legítimo o ser titular de un derecho subjetivo como requisito insoslayable para constituirse en parte en un procedimiento administrativo en tramitación. Dicho de otro modo, el reconocimiento legal del derecho no suponía la derogación general de la exigencia de interés como presupuesto legitimador de la intervención en la tramitación de los expedientes administrativos, ni siquiera en su vertiente de acceso y consulta a la documentación que en ellos obrase.

Abierto el precepto con la delimitación del ámbito objetivo susceptible de ejercicio del derecho de acceso —documentos obrantes en expedientes conclusos—, los siguientes apartados iban limitando paulatinamente las posibilidades de ejercicio del derecho. Así, el artículo 37.2 reservaba a los titulares de los datos «el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas» y el apartado tercero indicaba que el acceso a los documentos «de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en procedimientos de aplicación del Derecho», con excepción de los sancionadores

⁴⁰ Acerca del régimen de acceso a la documentación administrativa existente durante la vigencia de la Ley 30/1992, vid. FERNÁNDEZ RAMOS (1997), MESTRE DELGADO (1998), RAMS RAMOS 2008) y, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, editorial Reus, Madrid, 2008, y mi modesta aportación (1997, 439-480).

o disciplinarios, únicamente podía ser ejercicio «por terceros que acrediten un interés legítimo y directo».⁴¹ Por si estas limitaciones no bastaran, el artículo 37.4 incluía la siguiente cláusula de cierre, que habilitaba una ponderación administrativa de los intereses en presencia caso por caso, cuyo resultado podía significar la negación del ejercicio del derecho: «El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada». Ponderación casuística pues el artículo 37.5 negaba de raíz el ejercicio del derecho respecto de los expedientes que contuvieran información sobre actuaciones del Gobierno —del Estado o de las Comunidades Autónomas— llevados a cabo «en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo» (esto es, los actos políticos), sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado,⁴² en relación con la investigación de los delitos, los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial y los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

El escaso entusiasmo del legislador de 1992 hacia el derecho de acceso a la documentación administrativa se ponía claramente de manifiesto en el artículo 37.7, en el que llegaba a afirmarse que aquel había de ejercerse «por los particulares *de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos* debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias». Como puede apreciarse en el inciso aquí enfatizado del precepto reproducido, el legislador no parecía entender siquiera que el ejercicio por los ciudadanos de sus derechos fuera un valor a ponderar al valorar la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. De modo que se dejaba entrever una cierta consideración del

⁴¹ La Ley 30/1992 únicamente se refería al interés directo en dos ocasiones: en el art. 34 para delimitar la esfera subjetiva de quienes habían de ser emplazados de oficio en los expedientes administrativos, equiparándolos con los titulares de derechos subjetivos, y en el ya indicado art. 37.3, para acotar el ejercicio del derecho de acceso a los documentos «de carácter nominativo».

⁴² Esta excepción no debía identificarse con el régimen propio de las materias clasificadas pues el art. 37.6 remitía a «sus disposiciones específicas», entre otros, el «acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas» [letra a)]. Por cierto, la remisión de «la consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos» [letra g)] era ilustrativa de la relación existente entre la regulación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos de la Ley 30/1992 y la regulación general de la conservación y acceso al patrimonio documental y archivístico recogida en la Ley de patrimonio histórico español.

ciudadano que trataba de ejercer su derecho de acceso como alguien cuya conducta perturbaba el buen funcionamiento de la Administración y ponía en riesgo la buena marcha del aparato burocrático al tratar de hacer valer algún interés egoísta.

El precepto se cerraba con dos previsiones que trascendían de la mera regulación del derecho de acceso a la documentación administrativa, en cuyo seno la Administración ocupa una posición hasta cierto punto pasiva —si es que cabe hablar de pasividad cuando del ejercicio de derechos públicos subjetivos se trata—, para avanzar hacia la transparencia, que atribuye un papel más activo a esa misma Administración. De este modo, se preveía la periódica difusión de la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones «sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares» (art. 37.9), así como de «las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del Derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración» (art. 37.10).

Las insuficiencias de la regulación que del derecho de acceso a la documentación administrativa se contenía en el artículo 37 de la Ley 30/1992 se pusieron de manifiesto cuando la Comisión Europea incoó a España un procedimiento de infracción por incumplimiento del deber de transposición en plazo de la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Según lo establecido en el artículo 8.1 de esta Directiva, el plazo de transposición finaba el 31 de diciembre de 1992. Pues bien, el Gobierno de España entendió satisfecha la obligación de transposición con la aprobación del artículo 37 de la Ley 30/1992, tesis que no fue compartida por la Comisión Europea, a la vista de las carencias que aquejaban a este precepto.⁴³ Finalmente, la discrepancia entre los ejecutivos nacional y europeo se resolvió con la aprobación de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia ambiental. Venía así a reconocerse de manera más o menos implícita la insuficiencia de la regulación del derecho de acceso contenida en la Ley de procedimiento administrativo común para satisfacer las obligaciones de la Directiva europea sobre acceso a la información ambiental.

El régimen específico de la Ley 38/1995 era notablemente más favorable al ejercicio de derecho de acceso. En primer lugar porque se atribuía a todas las personas físicas o jurídicas nacionales o domiciliadas en un Estado el Espacio Económico

⁴³ Sobre este episodio, vid. PIGRAU SOLÉ (2008, 193 y s.).

Europeo «sin obligación de acreditar un interés determinado» (art. 1). Además, porque, sin perjuicio de establecer diversas causas de denegación de la información, se preveía la posibilidad de desagregar la información para facilitar la consulta de la específicamente atinente al medio ambiente (art. 3.3). Finalmente, porque se acotaba con mayor precisión el ámbito objetivo de ejercicio del derecho al facultad a las Administraciones públicas para que denegaran el acceso «a la información sobre medio ambiente cuando afecte a documentos o datos inconclusos, se refiera a comunicaciones o deliberaciones internas de las Administraciones públicas, sea manifiestamente abusiva o esté formulada de tal manera que por la generalidad de la petición no sea posible determinar el objeto de lo solicitado» (art. 3.3). De modo que la condición de inconcluso que impedía ejercer el derecho no se predicaba del expediente en el que figurase la documentación sino de la documentación misma y que no bastaba con que la solicitud fuera genérica para que la Administración pudiera rechazarla, siendo preciso, además, que ese carácter genérico hiciera imposible «determinar el objeto de lo solicitado». Como bien puede verse, la Ley partía de una presunción favorable al ejercicio efectivo del derecho de acceso en materia ambiental que se echaba de menos en la regulación común de este mismo derecho contenida en el artículo 37 de la Ley 30/1992.⁴⁴

Sea como fuere, el ordenamiento jurídico español carecía, a mediados de la última década del pasado siglo, de un tratamiento mínimamente sistemático del principio de transparencia y apenas contaba con una regulación poco ambiciosa del derecho de acceso a la documentación administrativa. El artículo 37 de la Ley 30/1992 contemplaba a las Administraciones públicas exclusivamente como receptoras de las peticiones de información y apenas permitía entrever la atribución de una función activa en este ámbito.

4.3. *La premiosa afirmación legal del principio de transparencia*

En nuestro Derecho histórico, la transparencia es una característica que se predicaba de los mercados y del régimen fiscal al que sometían su tributación

⁴⁴ La Ley 38/1995 ha sido reemplazada por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Esta Ley, actualmente vigente, traspone al ordenamiento interno las Directivas 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, y la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE.

determinados contribuyentes, por ello mismo denominado régimen de transparencia fiscal.⁴⁵ Así fue al menos hasta comienzos de la década de los años 80 del pasado siglo, momento a partir del cual el término empezó a ser empleado como sinónimo de probidad en el ejercicio de los cargos públicos o de garantía del control de la acción administrativa. En cuanto a lo primero, fueron las leyes autonómicas de incompatibilidades de los cargos públicos las que insistieron en resaltar la consideración de la declaración pública de bienes como un instrumento idóneo «para comprobar con total claridad y transparencia la gestión personal de los miembros del Consejo de Gobierno» (Ley 2/1982, de 5 de agosto, sobre régimen de dedicación e incompatibilidades de los miembros del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias) o para «poder demostrar en todo momento la transparencia y honradez de su gestión» (Ley 1/1982, de 18 de octubre, de Gobierno y de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).⁴⁶ La Ley de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Comunidad de Madrid (Ley 7/1984, de 14 de marzo), llegaba incluso a hablar de «la corriente de moralización y transparencia». No parece momento de detenerse a examinar el rigor de esta afirmación ni a valorar la presciencia de que hizo gala el legislador autonómico madrileño. Baste decir que en los inicios de los años ochenta del siglo XX la transparencia se configuraba como un valor a alcanzar por la legislación de función pública, un proceso que culminó con la aprobación de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 1/1993, de 20 de mayo, de transparencia y control de los intereses privados de los gestores públicos, que

⁴⁵ A la «descable transparencia del mercado» se refería, sin ir más lejos, la Ley 110/1962, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, como también se habla de la promoción de la transparencia de los mercados, en tanto que función de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. Siempre en el ámbito económico, la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, alude a la transparencia de la información económico-contable de las empresas como objetivo a lograr con la acción de los auditores de cuentas. El régimen de transparencia fiscal fue creado por el art. 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades, y suprimido — «por razones de neutralidad» — por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del impuesto sobre la renta de las personas físicas y por la que se modifican las Leyes de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de no residentes.

⁴⁶ La Ley 1/1983, de 28 de julio, de presupuestos generales de la Generalidad Valenciana para 1983 menciona en su preámbulo entre los objetivos que persigue el de «garantizar la agilidad en la ejecución» presupuestaria, de forma que «permita tanto la mejora en el funcionamiento de los servicios como la transparencia pública en su gestión y una óptima asignación de los recursos públicos, con la finalidad última de facilitar al pueblo valenciano, a través del correspondiente control parlamentario, la posibilidad de un control exhaustivo y riguroso del destino dado a los fondos públicos.»

desde su mismo título ya situaba la transparencia en el centro del sistema de control de las conductas de los responsables públicos.⁴⁷ O un valor a preservar, pues, en el ámbito de la normativa estatal, el Real Decreto 712/1982, de 2 de abril, por el que se simplifica el procedimiento para el ingreso en la función pública local, tranquiliza al lector al consignar que la simplificación que en él se lleva a cabo no merma la transparencia de los procesos selectivos.

En materia electoral, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, atribuyó a la Administración electoral la «finalidad de garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad».⁴⁸ La consideración de la Administración electoral como un instrumento al servicio de la transparencia del proceso fue pronto asumida por la legislación autonómica en la materia, siendo pionera al respecto la Ley 5/1987, de 27 de marzo, de elecciones a la Asamblea Regional de Cantabria (art. 9.1).

La década de los ochenta se cierra, en lo que ahora estrictamente interesa, con la aprobación de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública, que predicaba, entre otros, el principio de transparencia de la recogida de datos con fines estadísticos (art. 4.1) y añadía, en su artículo 4.3, que en aplicación de dicho principio, «los sujetos que suministren datos tienen derecho a obtener plena información, y los servicios estadísticos obligación de proporcionarla, sobre la protección que se dispensa a los datos obtenidos y la finalidad con la que se recaban».

⁴⁷ Andando el tiempo, el artículo 10 de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración general del Estado, hacía de la información parlamentaria una herramienta relevante para la realización del principio de transparencia («Para asegurar la transparencia del control del régimen de incompatibilidades previsto en esta Ley, y sin perjuicio de las competencias que se atribuyen a las autoridades administrativas señaladas, el Gobierno, a través de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, remitirá al Congreso de los Diputados información cada seis meses del cumplimiento de las obligaciones de declarar por los altos cargos, así como de las infracciones que se hayan cometido en relación con esta Ley y de las sanciones que hayan sido impuestas.»).

⁴⁸ La Administración electoral a la que se hace referencia en este precepto tiene su origen inmediato en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, que a su vez se había basado en la organización de las juntas del censo contenida en la Ley electoral de 8 de agosto de 1907. La principal novedad del Decreto-ley de 1977, luego consagrada por la Ley Orgánica del régimen electoral general de 1985, fue la judicialización del proceso electoral, en particular en lo atinente al control de los actos de proclamación de candidatos y de electos por la Administración electoral, superando así la tradicional consideración de la revisión de estos actos como un ámbito excluido de la intervención judicial al ser considerados *interna corporis acta*. Sobre los presupuestos conceptuales del sistema tradicional, vid., por todos, PARDO FALCÓN (1998, 184 y ss.) y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (1987).

La Ley 30/1992 va a introducir, por vez primera, una referencia a la transparencia como principio informador del conjunto de la actividad administrativa. En el bien entendido que no lo hará en su articulado sino en la parte expositiva. Así, en el preámbulo de este texto legal podemos leer, entre las justificaciones del cambio de ley procedimental administrativa, la constatación de que «las nuevas corrientes de la ciencia de la organización aportan un enfoque adicional en cuanto mecanismo para garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa, que configuran diferencias sustanciales entre los escenarios de 1958 [año de aprobación de la anterior Ley de procedimiento administrativo] y 1992».⁴⁹

Será preciso aguardar hasta la aprobación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, para hallar una precisa proclamación de la transparencia como principio de funcionamiento de la Administración [art. 3.2 g)], bien que exclusivamente referida al complejo orgánico «Administración general del Estado».⁵⁰ En el ámbito autonómico, el legislador cántabro se apresuró a proclamar este mismo principio de funcionamiento de la Administración territorial, al reproducir literalmente el art 3.2 g) de la Ley estatal en el art. 40.2 g) de la Ley 2/1997, de 28 de abril, de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria.

La reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, hizo de la transparencia un principio transversal de la actuación administrativa. Concretamente, el nuevo artículo 3.5 de la Ley de procedimiento administrativo común vino a señalar que «en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación».

⁴⁹ En los años siguientes se invocará el principio de transparencia en dos ocasiones de indudable relevancia: en la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, por la que se modifica el artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (publicidad de acuerdos y normas locales), para conectarlo con la participación ciudadana en la vida municipal, y en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, donde se hace referencia a la transparencia de la contratación pública como objetivo a perseguir.

⁵⁰ Como se recordará, haciendo honor a la denominación de la propia Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, su artículo 3 distinguía entre principios de organización, a los que dedicaba su apartado primero (jerarquía, descentralización funcional, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos, coordinación...) y principios de funcionamiento de la Administración general del Estado, proclamados en su apartado segundo [entre ellos, además de la «objetividad y transparencia de la actuación administrativa» al que se refiere la letra g), figuraban los de «eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados», responsabilidad por la gestión pública o cooperación y coordinación con otras Administraciones...].

Retornando a la legislación sectorial, en los años posteriores la transparencia se convertiría en un principio de nuestro Derecho presupuestario, principio vicarial al servicio de la estabilidad presupuestaria, todavía no formalmente constitucionalizada. Concretamente, el artículo 5 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, daría el siguiente contenido a este principio: «Los presupuestos de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley y sus liquidaciones deberán contener información suficiente y adecuada para permitir la verificación del principio de estabilidad presupuestaria»; en la misma línea, en la exposición de motivos de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, se reiteraba la caracterización de la transparencia como «el elemento garante de la verificación y el escrutinio del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria». En la parte dispositiva de esta Ley se haría de la transparencia un principio informador de la programación presupuestaria (art. 26.1) y marco, juntamente con el principio de objetividad, de la gestión económico-financiera (art. 69.1).

La legislación posterior retomó la consideración de la transparencia como principio fundamental de actuación administrativa. Así sucedió en el artículo 1.3 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del estatuto básico del empleado público [en la actualidad, artículo 1.3 h) del texto refundido de esta misma Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre]. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, hizo de la transparencia un principio informador de la regulación administrativa (arts. 4.1 y 5, y 7) y de la acción de los propios organismos reguladores (arts. 20 y ss.).

En el año 2007 se aprobaron dos Leyes de indudable relevancia en la evolución del tratamiento normativo de la transparencia. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, incluyó entre sus fines la promoción de la transparencia administrativa (art. 3.4) y entre los principios generales de la utilización de las tecnologías de la información el de «transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas» [art. 4 k)]. A su vez, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, afirma desde el arranque mismo de su exposición de motivos, que «la información generada desde las instancias públicas, con la potencialidad que le otorga el desarrollo de la sociedad de la información, posee un gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación, contribuir al crecimiento económico y la creación de empleo, y para los ciudadanos como elemento de transparencia y guía para la participación democrática.»

5. LAS LEYES DE TRANSPARENCIA Y GOBIERNO ABIERTO: LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO Y LAS LEYES AUTONÓMICAS

Llegamos así a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobada por las Cortes Generales el 9 de diciembre de 2013. Se puede decir que su promulgación abrió una nueva fase en la evolución del principio de transparencia en el Derecho público español; una evolución a la que las diversas leyes autonómicas en la materia han impreso un indudable dinamismo.

Tras una sucesión de infructuosas iniciativas, España se dotó de una Ley de transparencia: la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.⁵¹ Una Ley en cuyo frontispicio se hace la siguiente declaración: «La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política». Incurre aquí el legislador en el defecto de exagerar indebidamente el alcance del objeto regulado, hasta convertirlo en fuente exclusiva e indiscutible de legitimación de toda actuación pública. Se corre con ello un doble riesgo: por una parte, el de no prestar la debida atención a otros intereses o valores en presencia y, por otra, el de crear unas expectativas sociales que, a la postre pueden no verse satisfechas, generando el consiguiente desapego hacia lo público.

La Ley de 2013 define un umbral mínimo de transparencia que debe satisfacer el conjunto de entes públicos y privados integrados en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley que recogen sus artículos 2 y 3 (arts. 5 a 11); regula el derecho de acceso a la información pública, estableciendo una vía de impugnación administrativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (arts. 12 a 24) y fija unos principios y deberes de «buen gobierno», cuya infracción da lugar al ejercicio de la potestad disciplinaria (arts. 25 a 32).

En materia de transparencia —«publicidad activa» en la terminología de la Ley—, este cuerpo legal identifica unas obligaciones mínimas de información «institucional, organizativa y de planificación» (art. 6), «de relevancia jurídica» (art. 7) y «económica, presupuestaria y estadística» (art. 8). Además, enuncia unos principios generales y técnicos del suministro de información a través de las correspondientes sedes electrónicas; se trata de principio que, en general, coinciden con las denominadas pautas de accesibilidad para el contenido web (WCAG, por sus siglas en inglés: *Web Content Accessibility Guidelines*), entre los que cabe

⁵¹ Para un relato pormenorizado de los antecedentes de la Ley, GUICHOT *et al.* (2014, 19). Tras la aprobación de esta Ley, Chipre y Luxemburgo son los únicos Estados de la Unión Europea que carece de una norma sobre transparencia del sector público.

destacar el de reutilización⁵² [arts. 5.4 y 11 c)], en línea con lo dispuesto en la Ley 37/2007, sobre reutilización de la información del sector público. Con respecto al derecho de acceso, la Ley amplía el ámbito objetivo de ejercicio al no exigir que a documentación obre en expedientes administrativos conclusos; además, contempla la posibilidad de acceso parcial (art. 16) y regula un sistema de impugnación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sustitutorio de los recursos en vía administrativa (arts. 23 y 24). Por lo que hace a los principios inspiradores del «buen gobierno», como ya se ha indicado en el párrafo anterior, la Ley hace de su inobservancia por los servidores públicos presupuesto del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración.

Como puede apreciarse, la Ley 19/2013 dispensa un trato dispar a las tres instituciones que regula, en el que los mecanismos de garantía de su efectividad son objeto de una cierta graduación. En el caso de la transparencia, la Ley se limita a definir un contenido mínimo de la «publicidad activa» del sector público *lato sensu* (incluidas las entidades privadas mencionadas en el art. 6). Respecto del derecho de acceso, esta misma Ley incorpora una garantía procedimental añadida al establecer una vía especial de impugnación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en principio menos gravosa para el ciudadano que el régimen general de recursos administrativos. Finalmente, la Ley reserva todo su arsenal disciplinario para los principios de buen gobierno. De modo que el principio de transparencia se afirma en sus contenidos mínimos, pero esta afirmación no viene acompañada del refuerzo que para su plena efectividad podría brindarle la tipificación como infracciones administrativa de determinadas conductas que lo vulneren. Lejos de hacerlo así, el legislador de 2013 ha seguido apegado a la tradicional consideración como ilícitas no de las conductas contrarias a los principios de publicidad y transparencia sino de aquellas otras vinculadas al tradicional deber de sigilo que pesa sobre los funcionarios públicos o que acrediten negligencia en la custodia de la información clasificada [arts. 29.1 d) y e), para las infracciones muy graves, y 2 d) para las graves].

La promulgación de la Ley 19/2013 parece haber servido de acicate para la aprobación de leyes autonómicas de transparencia. Un proceso cuyos orígenes

⁵² Los requisitos técnicos de accesibilidad figuran en el artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, conforme al cual, «los Estados miembros se asegurarán de que los organismos del sector público tomen las medidas necesarias para aumentar la accesibilidad de sus sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles, haciéndolos perceptibles, operables, comprensibles y robustos.»

se remontan, en rigor, al año 2006, cuando el Parlamento gallego aprobó la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, una Ley que ya establecía algunas obligaciones específicas de publicidad y que regulaba el derecho a la información (art. 4); esta Ley ha sido sustituida por la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno. Algunos años después se aprobó la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, todavía vigente, que distinguía entre la «transparencia en la gestión» (arts. 18 a 22) y la «transparencia política» para referirse esencialmente al suministro de información a los parlamentarios autonómicos (arts. 37 a 40). En el mismo año 2013 se aprobaron dos leyes territoriales mucho más ambiciosas, avanzadas y aperturistas que la norma estatal; ambas hacían referencia desde su mismo título al concepto de «gobierno abierto», superación de la estricta transparencia administrativa (GOLDSTEIN y DYSON, 2013): Ley 4/2013, de 21 de mayo, de gobierno abierto de Extremadura y Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de transparencia y del gobierno abierto (vigente, en la versión dada por la Ley Foral 5/2016, de 28 de abril).

La primera ley autonómica aprobada tras la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, fue la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía. Esta Ley fue más allá que la norma estatal en la identificación de los deberes de publicidad activa e incorporó a su catálogo sancionador la represión de conductas contrarias a la realización del principio de transparencia. La influencia de esta Ley puede advertirse en la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de transparencia y participación pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (luego parcialmente modificada por la Ley 7/2016, de 18 de mayo); Ley del Parlamento de Canarias 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, o la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Mayores similitudes con la Ley estatal, en particular porque no extienden al ámbito de la transparencia el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y porque apenas amplían el catálogo de materias incluidas en el deber activo de publicidad, son las leyes 3/2014, de 11 de septiembre, de transparencia y buen gobierno de La Rioja; 3/2015, de 5 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, o la Ley del Parlamento de Galicia 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno. A medio camino entre ambos tipos de normas se encuentran las Leyes 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, y 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participa-

ción ciudadana de la Comunidad Valenciana (reformada por la Ley 2/2016, de 4 de marzo). Se trata de leyes que no se limitan a reproducir en lo sustancial la regulación estatal, pero tampoco aciertan a establecer un régimen especialmente innovador de la transparencia administrativa.

De modo que 12 de las 17 Comunidades Autónomas existentes en nuestro país se han dotado ya de leyes de transparencias propias. Al momento de redactar estas líneas únicamente el Principado de Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid y el País Vasco no han aprobado su correspondiente norma legal en la materia —normas legales territoriales cuya existencia se presumen en la misma Ley 19/2013 (art. 5.2)—, si bien es cierto que prácticamente en todas ellas se han elaborado los correspondientes anteproyectos o proyectos de ley. La Comunidad de Madrid es la única que, al momento presente, parece haber quedado al margen de este proceso regulador de la transparencia.

6. ATISBANDO EL FUTURO DE LA TRANSPARENCIA

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico español dispone en la actualidad de numerosas leyes que proclaman y tratan de dar contenido sustantivo al principio de transparencia administrativa. Dando cumplimiento a las previsiones de estos textos legales, las sedes electrónicas de las distintas instituciones públicas y privadas incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación ofrecen a los ciudadanos una panoplia —más o menos amplia— de datos e informaciones sobre las actividades que realizan, el empleo de los fondos presupuestarios, la estructura orgánica y la identidad de las personas que ocupan los cargos de responsabilidad...

Ante el panorama descrito podemos preguntarnos por el futuro que puede aguardar al principio de transparencia administrativa. No se trata, obviamente, de responder aquí a esta preguntar valorando los avances tecnológicos razonablemente previsibles en el mundo de la informática y desarrollo de las redes de comunicación, sino de hacerlo con los instrumentos que nos proporciona la dogmática jurídico-pública.

Pues bien, la primera respuesta que cabe ofrecer tiene que ver con la vinculación que ha venido haciéndose del principio de transparencia con la lucha contra la corrupción. A este respecto, se ha convertido prácticamente en obligada la cita de la atinada reflexión de quien fuera Magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Louis D. Brandeis: «la luz del sol es el mejor desinfectante y la luz eléctrica el policía más eficaz» (*Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*). Ciertamente, la transparencia puede ser un adecuado instrumento en la prevención de la corrupción, como también puede

servir para el control difuso de la probidad de los responsables públicos. Nadie lo discute. Ahora bien, esta forma de aproximarse a la transparencia presenta dos graves deficiencias. Por un lado, apunta a la consideración como objeto de transparencia no ya de las actuaciones de los poderes públicos sino de las conductas individuales de los titulares de esos mismos poderes públicos. Se vuelve, así, a la consideración primitiva de la transparencia como una virtud tendente a controlar a los empleados y servidores públicos y no como una característica de las relaciones de las Administraciones con los ciudadanos. Por otro, ignora la potencialidad que este principio encierra, reduciéndolo indebidamente.

Para tener una idea cabal de esa potencialidad deberemos reparar en lo que ha supuesto la transformación de un derecho estrictamente individual, el derecho de acceso a la documentación administrativa, en un principio estructural de relación de las Administraciones públicas con los ciudadanos, la transparencia. La principal virtud de la transparencia no puede consistir simplemente en el suministro de información sino en la reparación de las asimetrías de información de que adolecen las sociedades democráticas. Ahora bien, para que pueda cumplir este propósito, como ha advertido acertadamente Pierre ROSANVALLON (2015, 227), «la información solo vale si se articula con una posibilidad de interpretación adecuada. [...] En [el] contexto de exceso de información, el derecho a saber solo tiene sentido, por lo tanto, si se lo adosa a una posibilidad de comprender, donde la legibilidad debe ser también sinónimo de intelegibilidad».⁵³ La transparencia no debe confundirse con el exhibicionismo o el alarde informativo sino con la capacidad de apertura suficiente para estimular el conocimiento de la realidad de las instituciones públicas.

Rectamente entendida, la transparencia puede servir adecuadamente, cuando menos, a un doble propósito: facilitar el ejercicio de los derechos que integran el estatuto de ciudadanía y fomentar la realización de valores constitucionales, entre los que cabe destacar el de seguridad jurídica.

Con respecto a lo primero, parece fuera de toda duda que una democracia deliberativa únicamente puede funcionar si quienes intervienen en la deliberación son participantes informados.⁵⁴ Pues bien, será más fácil —al menos, relativamente— lograr esa participación informada si los poderes públicos proporcionan a los ciudadanos documentación suficiente para su ilustración. Es cierto que el

⁵³ En esta misma línea, SCHAUER (2011, 1344).

⁵⁴ La expresión está tomada de STIGLITZ (1999, 7), quien, a su vez, deriva esta vinculación entre ciudadanía e información de los trabajos de John Stuart Mill. Walter Bagehot y, destacadamente, James Madison.

acento que actualmente se pone en la transparencia de la Administración apenas logra ocultar el traslado del centro de atención política del Parlamento —espacio de actividad pública por antonomasia— al Ejecutivo. No se trata, sin embargo, de «parlamentarizar» la acción administrativa sino de proporcionar a los ciudadanos medios suficientes para que puedan ejercer los derechos que les corresponden en tanto que titulares efectivos del poder.

Por otro lado, la transparencia sirve a la previsibilidad de la acción de los poderes públicos por cuanto la posesión por los ciudadanos de información suficiente y de calidad les permite anticipar en buena medida no solo las políticas públicas que puedan eventualmente ser diseñadas sino también el modo como se aplicarán. En la medida en que ello es así, y comoquiera que el Tribunal Constitucional ha identificado una vertiente subjetiva en la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, consistente, justamente, en la previsibilidad del comportamiento de los poderes públicos (por todas, STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 10), parece indudable que el principio que nos ocupa tiene un indudable carácter instrumental respecto no solo de la efectividad del derecho fundamental a la participación política sino también de la seguridad jurídica como principio informador de todo nuestro ordenamiento.⁵⁵

La correcta realización del principio de transparencia puede servir igualmente a otros propósitos de indudable relevancia constitucional pues es evidente que la Administración dispone de un buen conjunto de informaciones cuya puesta a disposición de los ciudadanos ha de permitir a estos el mejor desarrollo de sus iniciativas. Pensemos no solo en las iniciativas políticas o que tienen que ver con la gestión de la cosa pública, sino también en las iniciativas de tipo económico, respecto de las cuales, por cierto, la posesión de información sirve de manera muy destacada a la garantía de previsibilidad —vertiente subjetiva de la seguridad jurídica, no lo olvidemos— de la acción de los poderes públicos. El suministro de información tiene, por tanto, un efecto dinamizador indudable; la transparencia cumple con ello una función estructural del sistema político-económico en el que vivimos.

Uno de los mejores conocedores de la Edad Moderna y de las profundas transformaciones que conocieron por entonces las sociedades europeas, Carlo Ginzburg, ha puesto de manifiesto el impacto que supuso la aparición de la imprenta y sus efectos demoledores de la consideración clásica del conocimiento como bien

⁵⁵ Hacen hincapié en la conexión entre los principios de transparencia y previsibilidad FORSSBAECK y OXELHEIM y SWEENEY (2014; 3 y ss., y 33 y ss.).

reservado al acceso de unos pocos. Como ha narrado este historiador italiano, en los siglos XVI y XVII comienza a conmoverse un edificio cuya arquitectura se asentaba sobre la triple prohibición de conocer las «cosas altas»: estaba prohibido escrutar los cielos y, en general, los secretos de la naturaleza (*arcana naturae*), los secretos de Dios (*arcana Dei*) y los secretos del poder (*arcana imperii*). La conmoción comenzaría por el conocimiento de los *arcana naturae*, pues «era posible predecir el comportamiento de la naturaleza, porque las leyes naturales eran pocas, sencillas e inviolables. En cambio, predecir el comportamiento de reyes y príncipes era mera temeridad, como lo hubiera sido también la de predecir la inescrutable voluntad de Dios. [...] tenemos, por un lado, el reino de la ciencia, que en principio se halla abierto a todos, incluso a los artesanos y campesinos [...] en tanto que, por otro lado, tenemos el reino de la política, un reino vedado a los ‘particulares’ que intentan penetrar los secretos del poder.»⁵⁶

El constitucionalismo liberal y democrático continúa y profundiza la senda abierta por quienes se arriesgaron a saber. Y lo hace afirmando la existencia de un nuevo contenido del clásico derecho de información, el derecho a ser informado, que incorpora un contenido prestacional a uno de los más antiguos y venerables derechos de libertad.⁵⁷ Coherentemente con esa apuesta y desde los postulados liberales y democráticos que la inspiran, nuestra Constitución acierta a construir un estatuto jurídico del derecho a saber —que conecta los derechos a recibir información del art. 20.1 d) y a la participación política del art. 23, con el derecho de acceso a la documentación administrativa, art. 105 b)— que trasciende la «publicidad activa» a la que se refiere la Ley de transparencia de 2013 y apunta más bien a la noción de «gobierno abierto» como esfera pública de diálogo entre ciudadanos libres, iguales e ilustrados.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, José (1977). *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.
- CARBÓ, Rosa (s.f.). «Precedentes: las movilizaciones durante la transición política» (Disponible en http://www.ub.edu/tsociologica/pdf/Work%20in%20progress/7CARBO_Episodis.pdf).
- CROSS, Harold L. (1953). *The People's Right to Know: Legal Access to Public Records and Proceedings*, New York, Columbia University.

⁵⁶ GINZBURG (1994, 103).

⁵⁷ En relación con este derecho resulta obligada la cita VILLAVARDE MENÉNDEZ (1994).

- DÍEZ-PICAZO, Luis María (1998). «Publicidad y secreto en la Constitución», en su monografía *Sobre secretos oficiales*, Madrid, editorial Civitas.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2001), en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coordinador). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (1997). *El derecho de acceso a la documentación administrativa*, Madrid, Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen (1987). *La verificación de poderes (1810-1936)*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- FOERSTEL, Herbert N. (1999). *Freedom of Information and the Right to Know. The Origins and Applications of the Freedom of Information Act*, Westport, Greenwood Press, en especial, pp. 33 y ss.
- FORSSBAECK, Jens y OXELHEIM, Lars (2014). «The multifaceted concept of transparency», en *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*, Oxford University Press.
- GOLDSTEIN, Brett y DYSON, Lauren (2013). *Beyond Transparency. Open Data and the Future of Civic Innovation*, San Francisco, Code for America Press.
- GINZBURG, Carlo (1994). *Mitos, Emblemas e Indicios: Morfología e historia*, Barcelona, Gedisa.
- GUICHOT, Emilio et al. (2014). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos.
- LEMOV Michael R. (2011), *People's Warrior: John Moss and the Fight for Freedom of Information and Consumer Rights*, Madison, New Jersey, Fairleigh Dickinson University Press.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos.
- MANNINEN, Juha (2006), «Anders Chydenius and the Origins of World's First Freedom of Information Act», en *The World's First Freedom of Information Act*, Anders Chydenius Foundation Publications 2, pp. 18 y ss. (Disponible en http://www.chydenius.net/pdf/worlds_first_foia.pdf).
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (1998). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Madrid, Civitas.
- MIERES MIERES, Luis Javier (2014). *El derecho al olvido digital*, Documento de trabajo 186/2014 de la Fundación Alternativas. (Disponible en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/eod97e-985163d78a27d6d7c23366767a.pdf).

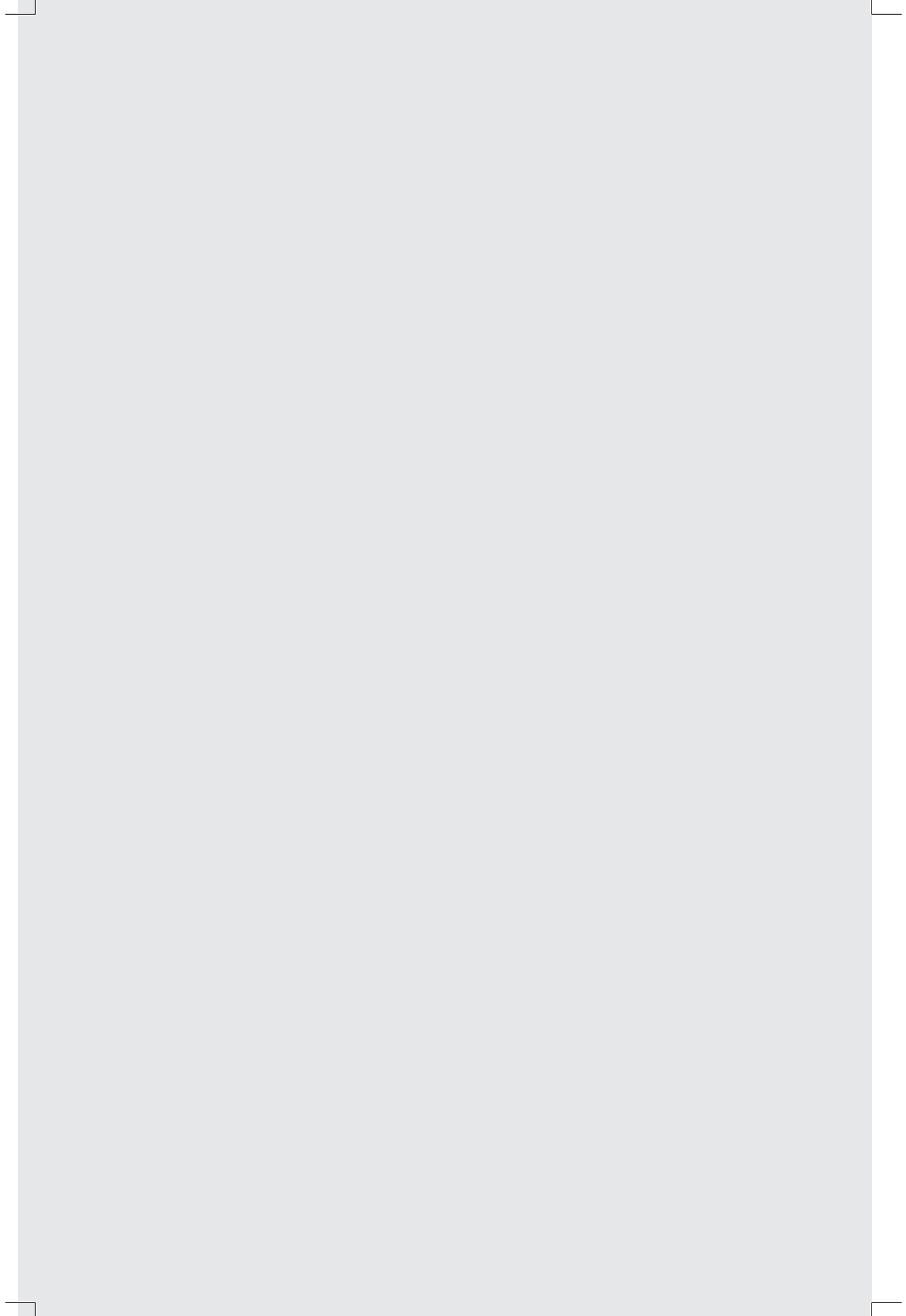
- PARDO FALCÓN, Javier (1998), «Algunas consideraciones sobre el control de las actas electorales en el Derecho comparado y en la historia constitucional española», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99.
- PÉREZ ROYO, Javier (2015). *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Los libros de la catarata.
- PIGRAU SOLÉ, Antonio et al. (2008, 193 y s.). *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Barcelona, Atelier.
- POMED SÁNCHEZ, Luis, «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 142.
- RAMS RAMOS, Leonor (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, editorial Reus.
- ROSANVALLON, Pierre (2015). *El buen gobierno*. Buenos Aires, Manantial.
- SANCHEZ BLANCO, Ángel (2009), «Archivos estatales y archivos autonómicos», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 48.
- SCHAUER, Frederick (2011). «Transparency in three dimensions», *University of Illinois Law Review*.
- SIMÓN CASTELLANO, Pere (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Barcelona, Bosch.
- STIGLITZ, Joseph E. (1999). *On Liberty, the Right to Know and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, Oxford, Oxford Amnesty Lecture (Disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.594.93&rep=rep1&type=pdf>).
- SWEENEY, Richard J. (2014). «Constitutional Transparency», en FORSSBAECK, Jens y OXELHEIM, Lars, *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*, Oxford University Press.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (1994). *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias.

Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital

Germán M. Teruel Lozano

SUMARIO

1. La revolución tecnológica y el Derecho.
2. Gobernanza de la Red, Derecho digital y algunas dificultades en la regulación de Internet.
3. Los derechos fundamentales como principios ordenadores de la arquitectura de la sociedad digital y su defensa ante poderes privados.
4. La re-definición de los derechos fundamentales a la luz del nuevo entorno tecnológico.
 - 4.1. La libertad de expresión y otras libertades públicas en el ágora global.
 - 4.2. La protección de la privacidad y de los derechos de la personalidad ante el «Imperio de la vigilancia».
 - 4.3. Los derechos de participación política: ¿hacia una «ciber-democracia»?
5. Reflexión final: ¿es necesaria una Carta de derechos fundamentales en Internet? ¿O una Constitución para el ciberespacio?
6. Bibliografía.



1. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y EL DERECHO

«We are all neighbours now. There are more phones than there are human beings and close to half of humankind has access to the internet. In our cities, we rub shoulders with strangers from every country, culture and faith. The world is not a global village but a global city, a virtual cosmopolis», son las palabras con las que abre un reciente libro el profesor Timothy Garton Ash.¹ Me atrevería a apostar que nuestras sociedades se enfrentan a un cambio de era; se abre «[l]a Era de la Información»² o, más aún, la Era digital. La revolución tecnológica vivida en el siglo XX, en particular con el desarrollo de Internet y del resto de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, ha alterado las estructuras económicas, sociales, culturales y políticas. Muy especialmente la aparición de Internet no es sólo que haya cambiado nuestro modo de vida, sino que ha ido más allá dando lugar a la constitución de un nuevo espacio. Internet³ es así un sistema de comunicación que crea un sistema global y descentralizado que permite la interconexión de los ordenadores del mundo para intercambiar informaciones de manera instantánea; es también una red física para la tecnología; pero es mucho más al haber construido un nuevo «hábitat cívico» para el ciudadano del siglo XXI. Una auténtica *urbs* virtual en la que desarrollarse. Un mundo regido por la ubicuidad y la instantaneidad, que supera las clásicas categorías físicas de tiempo y espacio, y en el que la comunicación va a ser la clave.⁴ La vida que se desarrolla en este hábitat es real, aunque no sea

¹ GARTON ASH (2016): 1.

² CASTELLS (1997).

³ Sobre los fundamentos tecnológicos de Internet, cfr. BIA y LÓPEZ-TARRUELLA (2016) y DE ANDRÉS BLASCO (2005).

⁴ En términos similares me he pronunciado previamente en TERUEL LOZANO (2013): 39.

física sino virtual; en él hay personas que interactúan.⁵ El ciberespacio es así algo más que Internet.⁶

Como ha explicado J. Echevarría, se ha creado un espacio que engloba todo el planeta y que plantea la idea de la Telépolis.⁷ «Un nuevo espacio social, el tercer entorno (E₃), que difiere profundamente de los entornos naturales (E₁) y urbanos (E₂) en los que tradicionalmente han vivido y actuado los seres humanos [...]. Un nuevo espacio para la interrelación y la interacción entre los seres humanos, en el que puede desarrollarse parte de la actividad productiva y en el que, como no podía ser menos, también se suscita el problema del poder».⁸

Precisamente un problema, el del poder en el ciberespacio, que en sus orígenes ingenuamente se quiso negar. Internet, el ciberespacio iba a ser la panacea de la sociedad anárquica:

Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. (...) No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla. Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente (...). No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente. (...) Los gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los que son gobernados (...). El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. (...) Es un acto natural que crece de nuestras acciones colectivas. (...) Crearemos una civilización de la Mente en el Ciberespacio. Que sea más humana y hermosa que el mundo que vuestros gobiernos han creado antes.⁹

El ciberespacio, se pensaba, iba a quedar fuera de cualquier necesidad de regulación y de cualquier forma de gobernanza. Como se acaba de ver, se postulaba la ciberanarquía y la construcción del ciberespacio se concebía como «un acto natural», en realidad, se confiaba a la espontaneidad del desarrollo tecnológico, y se tomaban como «acciones colectivas» entre cibernautas las decisiones en relación

⁵ LESSIG (2009): 43-47.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ECHEVARRÍA EZPONDA (1994).

⁸ ECHEVARRÍA EZPONDA (2000): 39; y, en sentido similar, ID (1999).

⁹ «Declaración de independencia del ciberespacio», redactada por Perry Balow en 1996. Texto accesible en: http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif_barlow.html

con su construcción. Y es cierto que originariamente el diseño de Internet, y por ende su gobernanza, fue una cuestión de naturaleza principalmente técnica que fue llevada a cabo por los propios técnicos y por proveedores y usuarios de Internet.¹⁰

Sin embargo, conforme se ha ido desarrollando el ciberespacio, el resultado ha sido prácticamente el contrario. Hoy día no creo que pueda concluirse que son los cibernautas quienes construyen el espacio virtual. Éste, como se verá, está principalmente en manos de un conjunto de organizaciones internacionales sin legitimación democrática y, sobre todo, de ciertas compañías multinacionales.¹¹ Se ha producido un fenómeno de centralización de Internet en torno a las colosales empresas tecnológicas (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft).¹² Como tampoco puede concluirse que la ausencia de gobierno haya llevado a un espacio limpio en el que los cibernautas puedan desarrollarse en libertad y sin amenazas. Muy al contrario, resulta preocupante el incremento de actividades ilícitas o nocivas que se desarrollan a través de Internet y la impunidad con la que se encuentran en ocasiones. Porque es cierto que, tal y como preveían los ciberlibertarios, la actual arquitectura de Internet presenta notables dificultades para el establecimiento de una regulación pública, como se tendrá la ocasión de estudiar. Ahora bien, el error de esta visión ha estado, a mi juicio, en la creencia de que la libertad provendría de la ausencia del Estado, sin que ello suponga una confianza ciega en este último.¹³ Y es que, como ha señalado uno de los autores más reputados en este ámbito, el profesor Lessig: «La libertad en el ciberespacio no emanará de la ausencia de Estado, sino que provendrá, como en cualquier otro sitio, de la existencia de un cierto tipo de Estado [...]; construimos la libertad como lo hicieron nuestros fundadores, asentando la sociedad sobre una determinada constitución».¹⁴ En definitiva, «*ubi societas, ibi ius*».¹⁵ Pero no debemos conformarnos con cualquier «*ius*»; ni con cualquier «constitución». Los logros

¹⁰ OLMOS (2016): 344.

¹¹ Como explica OLMOS (2016): 345: «Una vez que Internet alcanza grandes dimensiones, los procesos de estandarización exigen una mayor coordinación. Sin embargo, a diferencia de lo que había ocurrido en otras innovaciones tecnológicas anteriores, la responsabilidad sobre los recursos críticos de Internet la fueron asumiendo un conjunto de organizaciones internacionales. Se empieza a configurar un nuevo modelo en el que el sector privado adquiere un papel clave, como principal impulsor de innovación y como agente creador de valor en la red».

¹² RAMONET (2016): 21.

¹³ Cfr. la contraposición entre las visiones ciberanarquistas y las «no excepcionalistas» del Derecho de la Red en GARCÍA MEXÍA (2016): 20 y ss.

¹⁴ LESSIG (2009): 35.

¹⁵ Cfr. TERUEL LOZANO (2010): 340.

del constitucionalismo moderno, el cual ha sido capaz de construir un modelo de convivencia social sobre la base de la triada del Estado social y democrático de Derecho, deben proyectarse sobre esta nueva sociedad.

Pues bien, es precisamente sobre esta idea a partir de la que pivota el presente estudio en relación con las perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital. Y dos son las cuestiones que considero relevante destacar: por un lado, como acaba de introducirse, cabe preguntarse cuál es la función que deben asumir los derechos fundamentales en el diseño de la arquitectura del ciberespacio y su eficacia en las actividades humanas que en el mismo se desarrollan. Pero, más allá de la ordenación del ciberespacio, si actualmente calificamos nuestra sociedad como la «sociedad de la información» o, incluso, como la «sociedad en red»,¹⁶ qué duda cabe que los nuevos paradigmas sociales, políticos y tecnológicos abren también nuevas perspectivas para el desarrollo del Derecho y para la reconsideración de los derechos fundamentales. Si la sociedad evoluciona, el Derecho debe hacerlo con ella. Así, la segunda cuestión avanzará en la necesidad de afrontar una labor de traducción y de re-definición de los derechos fundamentales ante los nuevos paradigmas de la sociedad digital del siglo XXI, entendiendo por tal no sólo aquella que abarca las actividades virtuales sino todas nuestras relaciones humanas. Antes de todo lo cual se comenzará señalando algunas peculiaridades del Derecho digital y de las dificultades que, como se ha advertido, presenta la regulación de Internet. En sede de conclusiones se abordará en qué medida es predicable la conveniencia de afirmar una Constitución o una Carta de derechos fundamentales para/de Internet.

2. GOBERNANZA DE LA RED, DERECHO DIGITAL Y ALGUNAS DIFICULTADES EN LA REGULACIÓN DE INTERNET

El ciberespacio ha sido definido como un «microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada».¹⁷ Y son precisamente estas características estructurales de la Red de redes, a las que añadir su condición como medio de comunicación polifacético,¹⁸ las que dificultan su regulación. Aunque

¹⁶ Destacando el valor de la comunicación, se ha definido la «sociedad en red» como aquella «sociedad en la que sus integrantes están/pueden estar permanentemente conversando/comunicando sobre cualquier tema con otros mediante los recursos y facilidades que les proporcionan los/las sistemas/redes de comunicación e información» (GALINDO (2013): 9). Cfr. VAN DICK (2012).

¹⁷ PÉREZ LUÑO (2005): 15.

¹⁸ Debe de tenerse en cuenta que, como sistema de comunicación, Internet tiene un carácter polifacético en la medida que permite formas de comunicación interpersonal y de masas muy va-

no son las únicas. Lessig menciona, relacionadas con las anteriores, tres «imperfecciones» que dificultan la regulación de la Red: no hay modo de saber *quién* es la persona, de *dónde* procede y *qué* está haciendo cuando actúa en Internet.¹⁹

Ahora bien, la arquitectura de Internet es ésta porque se ha querido que así sea. Por ejemplo, la característica básica de Internet era desde su origen crear una estructura descentralizada que permitiera el intercambio de información sin que existiera un centro de control único y, por ende, vulnerable a ataques. La cual, además, debía poner en relación terminales que se encontraban a distancia. Algo que ha terminado dando lugar al nacimiento de una Red de redes mundial. Pero todo ello fueron respuestas técnicas a unos concretos propósitos, las cuales han ido definiendo la arquitectura de Internet que hoy día conocemos pero que no condicionan de forma necesaria la misma. Podría haberse diseñado y construido con otros objetivos y de otra forma, y todavía hoy es posible rediseñar la misma sobre la base de otros principios y objetivos. Como sugiere Lessig, no debemos dejarnos llevar por visiones «esencialistas» de aquello que es Internet: «ciertamente el ciberespacio *es* de una determinada forma, pero no ha de ser necesariamente así. No existe una única forma o una única arquitectura que definan la naturaleza de la Red».²⁰ Al final «la tecnología es moldeable».²¹

Reconociendo esta premisa, hay también que advertir, siguiendo a este mismo autor, que en la regulación del ciberespacio convergen distintas fuentes: ley, arquitectura, normas sociales y mercado. Y, entre éstas, destaca la importancia que tiene la arquitectura (o el código) para determinar el propio espacio y las posibles actividades a desarrollar en el mismo. «El código lleva inscritos ciertos valores y hace imposibles otros y, en este sentido, constituye también un elemento de regulación, del mismo modo que la arquitectura en el espacio real».²² De ahí la importancia de que el Derecho incida no sólo sobre las conductas y actividades que se desarrollan a través de Internet, sino que pueda actuar indirectamente pre-disponiendo la arquitectura o el código de la propia Red. «La ley también puede modificar la regulación arquitectónica» y de esta forma conseguir entonces dar lugar a conductas diferentes.²³

riadas, ya que a través del mismo puede transmitirse cualquier elemento que pueda ser digitalizado (datos, voz, vídeo, imagen...). Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN (1998): 26 y ss.

¹⁹ LESSIG (2009): 80.

²⁰ LESSIG (2009): 74.

²¹ *Ibidem*.

²² LESSIG (2009): 209.

²³ LESSIG (2009): 215.

Así las cosas, el Derecho digital²⁴ debe ocuparse esencialmente de tres aspectos (aunque aquí nos interesarán el primero y el último): por un lado, la regulación del código o de la arquitectura de Internet, entendida como los estándares y protocolos que configuran la misma; por otro, la regulación de la red física; y, por último, la regulación de los contenidos y de las actividades que se desarrollan a través del mismo.²⁵

En este contexto, el segundo de los contenidos es objeto de estudio preferentemente en el conocido como Derecho de las telecomunicaciones, una rama muy especializada en la que los derechos fundamentales tienen una proyección muy limitada. No ocurre lo mismo con los otros dos ámbitos: con el diseño de la arquitectura de la Red, habida cuenta de cómo ésta puede incidir en las posibilidades que ofrece a los ciudadanos que interactúan a través de la misma; y con la regulación de los contenidos y actividades que pueden realizarse. En ambos campos es ausplicable que los derechos fundamentales desplieguen su eficacia, según se tendrá la ocasión de ver. Pero antes puede ser pertinente tratar de dar respuesta a dos preguntas: ¿cómo y quién está asumiendo la regulación del ciberespacio? Y, más en concreto, ¿quién está diseñando la arquitectura del espacio digital global?

En relación con los contenidos y actividades que se desarrollan en Internet parece que el problema no es precisamente la ausencia de regulación, sino su hipertrofia por solapamiento. Los distintos Estados tratan de imponer su soberanía cuando surgen conflictos o se encuentran con actividades ilícitas que quieren combatir, pero se enfrentan a las dificultades derivadas del carácter descentralizado y global de Internet y a la condición dispersa, espontánea y sustancialmente anónima de las actividades que se desarrollan a través del mismo. Ello genera conflictos inter-jurisdiccionales y da lugar a una madeja de normativas que se solapan entre sí,²⁶ lo que termina determinando la «insuficiencia de las legislaciones estatales»²⁷ para afrontar por sí mismas este objetivo. Unas carencias que han tratado de suplirse de forma muy sectorial a través de la cooperación internacional. Ocurre, sin embargo, que las legislaciones que sería necesario armonizar son muy distintas y resulta muy complicado alcanzar criterios sustantivos comunes a nivel internacio-

²⁴ Sobre la denominación, características y evolución del Derecho digital o Derecho de la Red, cfr. GARCÍA MEXÍA (...): 20 y ss.

²⁵ Cfr. GARCÍA MEXÍA (...): 30 y ss.

²⁶ Supuestos como los del caso Yahoo dan prueba de cómo algunos Estados han intenido erigirse en jueces universales en la persecución de conductas realizadas a través de Internet. Sobre el caso en concreto, vid. Cotino Hueso y De la Torre Forcadell (2002): 897-917. En general sobre la competencia entre Estados soberanos, vid. LESSIG (2009): 463 y ss.

²⁷ MUÑOZ MACHADO (2000): 42.

nal.²⁸ También puede ayudar la fijación de unas normas comunes de competencia judicial, y la adopción de acuerdos de cooperación policial y judicial, en particular de ejecución extraterritorial de sentencias, aunque ello no evitaría que se dé una suerte de *forum shopping* por parte de los cibernautas buscando publicar sus contenidos y desarrollar sus actividades fraudulentas allí donde la legislación resulte más laxa. No obstante, por muy globalizado que se encuentre Internet, al menos dentro del respectivo territorio, los Estados disponen de herramientas para hacer valer su ley y existen medios tecnológicos (y se puede avanzar aún más en ellos) para que puedan ordenar a los proveedores y servidores que bloqueen determinados contenidos y actividades.²⁹ Por tanto, una vez que la ausencia de ley no es una respuesta viable, pero que difícilmente se puede llegar a un escenario en el que se logre aplicar una única ley en el ciberespacio (no hay ningún Estado ni organización con capacidad para imponer tal soberanía), se puede compartir con Lessig que el escenario futuro más verosímil es precisamente el de lograr la regulación de los contenidos y actividades en Internet a través de la concurrencia de múltiples leyes con el apoyo tecnológico suficiente para permitir zonificar el ciberespacio.³⁰

Asimismo, también se van desarrollando sistemas de autorregulación y autocontrol por parte de los operadores de Internet y de los propios usuarios. Por ejemplo, las redes sociales más conocidas como Facebook o Twitter cuentan con sus propios códigos de conducta y con sistemas para denunciar contenidos que los infrinjan. Una solución que también suscita cautelas, ya que deja en manos de poderes privados la respuesta a conflictos entre particulares en ámbitos que pueden ser esenciales y que, como veremos, pueden llegar a afectar al efectivo disfrute de derechos fundamentales. Al final las compañías privadas se mueven por intereses egoístas y las respuestas que den a los conflictos no tienen que responder a los criterios de imparcialidad e interés público que sin embargo sí que deben regir la actuación del Estado. Pero, y no es menos importante, estos códigos deontológicos no son una fuente democrática, sino que se parecen más bien a una «carta otorgada» por los Señores de Internet, que nos sitúa a los cibernautas en una posición de «telesúbditos».³¹ Son ellos los que deciden, por sí y ante sí, lo

²⁸ Un ejemplo a este respecto sería el Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001. Este Convenio logra fijar un denominador común en relación con los delitos de piratería y fraudes informáticos pero sólo logra armonizar contenidos ilícitos vinculados a un estándar mínimo sobre la pornografía infantil.

²⁹ LESSIG (2009): 480 y ss.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ ECHEVARRÍA EZPONDA (2000): 47.

permitido y lo prohibido, el espacio de libertad del que disponemos como cibernautas singulares en cada uno de los espacios que dominan de forma en buena medida monopolística y autocrática.

Una propuesta intermedia puede ser la realizada por la profesora De Minico de combinar autorregulación y ley, actuando ésta tanto para definir *ex ante* unas normas generales como *ex post* para evitar desviaciones de la autorregulación: «[the State] should not be called to act as a regulator in detail of individual behaviour, but rather as an overall system architect, intervening before and after self-regulation. Ex ante, the State will define the general rules, the goals to be pursued, the values to be fulfilled. Ex post, it will be in the State's responsibility to correct any deviation of private regulations from the rules it has preliminary set».³²

Esta combinación entre regulación pública y autorregulación es la que se ha visto, por ejemplo, con el derecho al olvido después del caso Google.³³ Y es que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Google tuvo que implementar un mecanismo de salvaguarda del derecho al olvido de los ciudadanos sobre las orientaciones que sentó el propio Tribunal, y puede entenderse que sus resoluciones podrán ser controladas en última instancia por los tribunales o, incluso, por las autoridades de protección de datos.

Ahora bien, este matrimonio entre Estado (legislación) y poderes privados no es siempre tan halagüeño. Algo que es especialmente preocupante si lo que analizamos es precisamente la segunda de las preguntas formuladas —¿quién está diseñando la arquitectura del espacio digital global?—. A este respecto cabe diferenciar dos niveles dentro de la construcción de la Red de redes, sin ánimo de entrar ahora en precisiones técnicas: de una parte, la arquitectura profunda de Internet; y, de otra, la arquitectura de cada una de las comunidades que conviven en la misma. Por mantener la metáfora inicial, si el ciberespacio es una urbe, dentro de la misma existen distintos barrios en los que además se desarrollan diferentes actividades. Uno de ellos puede ser la *www*; otro pueden ser las distintas redes sociales; buscadores de Internet, etc.

Pues bien, respecto del diseño de la arquitectura profunda de la Red de redes, algún avance positivo se vislumbra. Como se ha dicho, originariamente el diseño de Internet fue una cuestión eminentemente técnica que se encargó a organismos autónomos como el Internet Architectural Board (IAB), el Internet Engineering Task Force (IETF), el World Wide Web Consortium (W3C) y la Internet Society

³² DE MINICO (2015): 7.

³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia). Sentencia de 13 de mayo de 2014, Agencia de Protección de Datos c. Google, C-131/12.

(ISOC). Y la gestión de algunos de sus recursos críticos fue asumida por organismos como la Internet Assigned Number Authority (IANA) o, posteriormente, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Sin embargo, el debate sobre la gobernanza de Internet avanza hacia el reconocimiento de la necesidad de que se institucionalicen foros, o incluso de que se constituyan organismos, en los que gobiernos, sector privado y sociedad civil puedan participar en la adopción de decisiones sobre los principios y reglas que han de determinar la evolución y utilización de Internet.³⁴ A este respecto puede tomarse como referencia el «Roadmap for the future evolution of the Internet Governance» recogido en el NETmundial Multistakeholder Statement de 24 de abril de 2014; o los trabajos desarrollados por el Internet Governance Forum (IGF). La Unión Europea también ha demostrado su interés en participar de la definición profunda de la Red de redes con iniciativas como la Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: un ciberespacio abierto, protegido y seguro; o a nivel del Consejo de Europa se ha aprobado una Estrategia para la Gobernanza de Internet (2016-2019) sobre la democracia, los derechos humanos y el Estado del Derecho en Internet.

Por el contrario, no ocurre lo mismo con la definición de la arquitectura de cada una de esas comunidades o barrios de Internet, en las que se pone de manifiesto el señorío más pleno de los gigantes de Internet. Con algún límite —como son las normas sobre protección de datos impuestas por la Unión Europea y tuteladas por el Tribunal de Justicia—,³⁵ los Señores de Internet son quienes están construyendo a su interés los barrios en los que luego los ciudadanos nos movemos. Son los que están decidiendo las características técnicas del correo electrónico o de las redes sociales, cómo se manejan nuestros datos personales, hasta qué punto disfrutamos de una auténtica privacidad. ¿Cabe alguna duda de que actualmente Google es la compañía más influyente del mundo y la que más está determinando los cambios que estamos viviendo?³⁶

Ocurre, como expresa Garton Ash, que la lucha por el poder es todavía más complicada online. «A plethora of international organisations, national governments, parliaments, companies, engineers, media outlets, celebrity tweeters and

³⁴ Cfr. OLMOS (2016): 344 y ss.

³⁵ Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia). Sentencia de 6 de octubre de 2014, Schrems v. Data Protection Commissioner, C-362/14, por la que el Tribunal de Justicia declaró inválida la Decisión 2000/520, y consideró que a la luz de diversos preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea las autoridades nacionales pueden controlar si un tercer Estado garantiza un nivel adecuado de protección de los derechos de los ciudadanos en el tratamiento de sus datos personales.

³⁶ Así, RAMONET (2016): 114, citando a Julian Assange.

physical and virtual mass campaigns thorough social networks all now compete in a multilevel, multidimensional game. The outcome often hinges on intricate intersections between business, politics, law, regulation and rapidly developing technologies of communication». ³⁷ Una situación compleja para cuya explicación se vale de la analogía de los perros, gatos y ratones. «Governments are the dogs, companies are the cats and we are the mice. The biggest cats are more powerful than all but the very biggest dogs». ³⁸

Y en esta lucha por el poder lo que parece estar claro, o por lo menos yo así lo comparto, es que las decisiones en relación con la regulación de las actividades y contenidos en el ciberespacio, pero también las referidas a su arquitectura y código, no pueden quedar al albur de una pretendida mano invisible, sino que las mismas han de ser orientadas hacia el bien común³⁹ y ello sólo puede lograrse, al menos desde la perspectiva de la legitimidad, a través de organismos e instituciones con procesos democráticos que garanticen la voz y la participación de los ciudadanos (o, al menos, de los ciber-ciudadanos —si es que cabe distinción—). Algo que hoy día, sin embargo, no se observa. Muy al contrario, lo cierto es que actualmente hay una «mano invisible» que está construyendo la arquitectura del ciberespacio, «espoлеada por el Estado y por el comercio»; una nueva arquitectura que «perfecciona el control y permitirá una regulación altamente eficaz», pero que no sabemos hasta qué punto salvaguardará las libertades de las personas.⁴⁰ De ahí el interés por estudiar ahora la función de los derechos fundamentales en primer lugar en relación con la arquitectura del ciberespacio, y luego en relación con su redefinición en la sociedad digital.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA ARQUITECTURA DE LA SOCIEDAD DIGITAL Y SU DEFENSA ANTE PODERES PRIVADOS

Cualquier sistema de protección de los derechos fundamentales moderno se fundamenta en la plena realización de los ideales de libertad e igualdad en relación con la dignidad de la persona. Y precisamente esa orientación hacía «el respeto y la promoción de la persona humana» ha llevado a reconocer una doble dimen-

³⁷ GARTON ASH (2016): 26.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ En este sentido, DE MINICO (2015): 3: «all technical issues concerning the Internet cannot be left to the invisible hand of a market-oriented technological development, rather, it should be goal-oriented towards achieving a common good».

⁴⁰ LESSIG (2009): 36.

sión a los derechos fundamentales como valores objetivos básicos y como marco subjetivo de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.⁴¹ En palabras del Tribunal Constitucional:

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).⁴²

Los derechos fundamentales tienen así, por un lado, una dimensión subjetiva como derechos de defensa oponibles en principio frente al Estado en una dialéctica autoridad-libertad. Si bien, en la medida que se asume que «[l]os poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público»,⁴³ se predica entonces que los mismos tienen también incidencia en las relaciones entre particulares. Lo cual, como bien indica el profesor Pérez Luño, «hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», así como a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», a tenor de cuanto expresamente postula el artículo 9.2 de nuestra Constitución».⁴⁴ Y, de otro lado, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales «constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista».⁴⁵

⁴¹ PÉREZ LUÑO (2011): 16.

⁴² España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 25/1981, de 14 de julio, FJ. 5.º

⁴³ BILBAO UBILLOS (1997): 243.

⁴⁴ PÉREZ LUÑO (2011): 19.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO (2011): 17.

Ambas dimensiones de los derechos fundamentales me parecen especialmente relevantes en su proyección sobre el diseño de la arquitectura del ciberespacio. Si asumimos, como aquí se ha compartido siguiendo la tesis del profesor Lessig, que uno de los principales condicionantes de la regulación de este nuevo espacio social es precisamente su arquitectura (o su código), la cual va a ser clave para determinar aquello que es posible o no desarrollar a través del mismo; y si se considera, como también se ha adelantado, que es necesario democratizar el entorno del ciberespacio que constituye un auténtico «hábitat cívico», una nueva ciudad en la que las personas interactúan; entonces, los presupuestos sobre los que se debe construir la misma deben erigirse a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales han de orientar los principios que vertebran la arquitectura del ciberespacio. Porque, como se ha señalado, la arquitectura del ciberespacio y su código no son elementos pre-definidos por ninguna suerte de ley natural o tecnológica, sino que han sido determinados para satisfacer determinadas demandas primero militares y luego comerciales. Pues bien, es ahora el momento de reconocer que esta arquitectura debe sostenerse sobre la base de los valores objetivos que emanan del reconocimiento de los derechos fundamentales. Ello exige adoptar decisiones políticas antes que técnicas; renunciar a la creencia de que el ciberespacio es una construcción técnica espontánea. Diría más: considero que igual que con la bioética y el bioderecho se ha asumido la necesidad de que la ética y el Derecho orienten y regulen ciertas actividades científicas, poniendo límites morales y jurídicos a lo que técnicamente es posible; también en el ámbito de las tecnologías de la información y de la comunicación sería necesario afrontar este debate jurídico y filosófico. La construcción del ciberespacio reclama que estas disciplinas, Derecho y Filosofía, desplieguen su función normativa y orientadora sobre los avances tecnológicos. Y en ello los derechos fundamentales reconocidos como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad» tienen una indudable virtualidad. Porque precisamente lo que se ha creado con el ciberespacio es una nueva comunidad política; una nueva ciudad.

Aún más, en su dimensión como derechos de defensa, los derechos fundamentales deben seguir desplegando su eficacia frente al Estado que ha demostrado su potencial lesivo y su capacidad para desatarse ante los cantos de las sirenas en el ámbito de Internet. Revelaciones de las vigilancias clandestinas masivas como las filtradas por Edward Snowden o Wikileaks dan buena prueba de ello. Pero no es sólo el Estado quien puede amenazar la libertad y los derechos de las personas en el ciberespacio. Precisamente en este ámbito es donde se evidencia con mayor nitidez el poder de ciertas entidades privadas, aquellas a las que he denominado anterior-

mente los Señores de Internet. En el ciberespacio son estos Señores de Internet quienes constituyen el auténtico Leviatán.⁴⁶ Como explica S. Rodotà: «Google, ad esempio, non è soltanto una delle strapotenti società multinazionali. È un potere a sé, superiore a quello di un'infinità di Stati nazionali, con i quali negozia appunto da potenza a potenza. È interlocutore quotidiano di centinaia di milioni di persone alle quali offre la possibilità di entrare e muoversi nell'universo digitale».⁴⁷

¿Pueden quedar sin control estos poderes? Por supuesto que no. Ese matrimonio Estado y Señores de Internet, que campa a sus anchas en el ciberespacio y construye el mismo según sus intereses, debe quedar sujeto por las ligaduras que suponen los derechos fundamentales en garantía de la libertad, la igualdad, la autonomía y la seguridad de las personas. Y para ello, frente a esa visión de un Estado amenazante de las libertades de los ciudadanos en Internet, se debe partir de los postulados de un constitucionalismo social y democrático para afirmar el rol que tienen los Estados democráticos como garantes y promotores de los derechos fundamentales en el ciberespacio, aunque a tales efectos deban recurrir a la colaboración internacional o supranacional,⁴⁸ o, incluso, aunque tengan que proyectarse nuevos entes políticos con legitimidad democrática global para el gobierno del ciberespacio. Por el momento, como ha recomendado el Consejo de Europa, debemos confiar en que sean los propios Estados los que hagan valer su obligación de garantizar los derechos humanos a todas las personas de su jurisdicción, «aplicable en el contexto del uso de Internet» y que ha de incluir «la supervisión de las empresas privadas». Porque «los derechos humanos, que son universales e indivisibles, así como las normas relacionadas, prevalecen sobre las condiciones generales impuestas a los usuarios de Internet por cualquier actor del sector privado».⁴⁹

4. LA RE-DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DEL NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO

La revolución tecnológica no sólo ha generado la necesidad de disciplinar el nuevo espacio creado, el ciberespacio, sino que, según lo visto, ha introducido

⁴⁶ GARTON ASH (2016): 1.

⁴⁷ RODOTÀ (2012): 416.

⁴⁸ Cfr. Consejo de Europa. Gobernanza de Internet. Estrategia 2016-2019. Democracia, derechos humanos y Estado de derecho en la sociedad digital. Adoptada el 30 de marzo de 2016.

⁴⁹ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

nuevos paradigmas en las relaciones humanas tanto en las actividades virtuales como en las físicas. Quienes conocimos la vida antes de la expansión de Internet sabemos que hoy día nuestra forma de vida no es la misma. De tal manera que, como se dijo en la introducción, si la sociedad evoluciona el Derecho también deberá hacerlo, y en concreto los derechos fundamentales deberán adaptarse a las nuevas realidades y tendencias para salvaguardar la libertad y la autonomía de las personas. En este sentido, el nuevo entorno tecnológico comporta a mi juicio la exigencia de re-definir el contenido y las garantías de los derechos fundamentales para adecuarlos a la nueva realidad dentro y fuera de Internet. Se trata de una labor de traducción en la que hay que reinterpretar los principios que fundamentan la protección constitucional para garantizar su vigencia en esta nueva Era y en la que hay que adecuar las garantías de los derechos a las nuevas amenazas que han surgido. En ocasiones la labor será menos innovadora y podrá bastar con mínimas mutaciones de las categorías ya existentes; en otras —las menos, a mi juicio—, habrá que enfrentarse a situaciones novedosas que reclamen una intervención creativa en relación con el contenido y con las garantías de los derechos.⁵⁰

Esta tarea de traducción se afronta en ocasiones exclusivamente desde la perspectiva de Internet. Así, por ejemplo, nos encontramos con interesantes trabajos como el Anexo a la Recomendación del Consejo de Europa que incluye una guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet de 2014⁵¹ o con la *Dichiarazione dei diritti in Internet*,⁵² que afrontan el reconocimiento de nuevos derechos relacionados con Internet (como el derecho al olvido) y buscan dar respuesta a aquellos aspectos más novedosos que se suscitan en el ciberespacio y que no encuentran debida solución en las cartas de derechos clásicas. Pero también debe considerarse que la redefinición de los derechos fundamentales en la sociedad digital va a desbordar el ámbito del ciberespacio para afectar a su genérico reconocimiento. En este sentido, probablemente la libertad de expresión o la intimidad no vuelvan a ser iguales en su contenido y en el fundamento de su reconocimiento a como eran afirmadas antes de la revolución tecnológica.

⁵⁰ LESSIG (2009): 255 y ss., se ha referido a las «ambigüedades latentes» que han surgido en el ámbito de los derechos fundamentales y que reclaman dar nuevas respuestas.

⁵¹ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec (2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

⁵² Elaborada por una comisión constituida a instancias del Presidente de la Camera dei Deputati italiana y cuya versión definitiva fue publicada el 28 de julio de 2015. El texto se encuentra accesible en: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

En este sentido, y sin pretender afrontar aquí un estudio exhaustivo de cada uno de los derechos y libertades fundamentales, sí que entiendo que puede resultar interesante apuntar alguno de los principales desafíos que se presentan en relación con el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales en la sociedad digital, especialmente en el ámbito del ciberespacio.⁵³

4.1. *La libertad de expresión y otras libertades públicas en el ágora global*

Una vez que hemos reconocido que la comunicación es la clave en la «sociedad en red», entonces, entre los derechos y las libertades fundamentales, la libertad de expresión (en sentido amplio) es sin duda la reina, tanto dentro como fuera del ciberespacio. Internet y las nuevas tecnologías nos han permitido ver nuevas dimensiones de esta libertad, dando luz a características que, aunque se encontraran previamente ya en su fundamento, ahora emergen con mayor intensidad.⁵⁴ De esta manera se puede reconocer la libertad de expresión como un auténtico «*ius communicationis*»⁵⁵ en virtud del cual se tutele todo el proceso comunicativo, tanto la dimensión activa como la pasiva, cuyo contenido abarque la difusión y recepción por cualquier medio de comunicación de cualquier opinión, valoración, información y la transmisión de todo tipo de datos (fotos, vídeos, música...). En la sociedad de la comunicación podemos entender que precisamente es el mero hecho de la comunicación el que justifica la especial protección constitucional que incorpora esta libertad fundamental. Sin desconocer el valor democrático de esta libertad, se pone el énfasis en el derecho de toda persona a comunicarse para desarrollarse como tal en la sociedad del siglo XXI. Una comunicación que no es sólo política y que afecta a cualquier ámbito de las relaciones inter-personales. Desde la posibilidad de compartir con otros música o fotos a difundir ideas políticas, pasando por cualquier otro relato que quiera dar a conocer a otras personas, sean destinatarios concretos o un público indeterminado. Todo ello es comunicar y es

⁵³ A esta cuestión ya dediqué un trabajo previo del que recupero ahora con algunas innovaciones algunas de las ideas allí expuestas. Cfr. TERUEL LOZANO (2013). En doctrina puede verse también el trabajo de MOLINA GARCÍA (2015) con referencias generales sobre el ejercicio de los derechos humanos en Internet.

⁵⁴ Ha sido BALKIN (2004): 2, quien ha sostenido que: «the Internet and digital technologies help us look at freedom of speech from a different perspective. That is not because digital technologies fundamentally change what freedom of speech is. Rather, it is because digital technologies change the social conditions in which people speak, and by changing the social conditions of speech, they bring to light features of freedom of speech that have always existed in the background but now become foregrounded.».

⁵⁵ Cfr. CORREDOIRA Y ALFONSO (2007): 58-73.

relacionarse en el siglo XXI; y todo ello, *prima facie*, creo que ha de entrar en ese amplio ámbito de delimitación de la libertad, sin perjuicio de los lógicos límites que luego puedan establecerse. Unos límites que, sin embargo, a mi entender no deben variar «en lo sustancial»⁵⁶ a los que se imponen con carácter general ni a los que existían antes del desarrollo de estas tecnologías. El discurso del odio o la difamación pueden encontrar en Internet un extraordinario medio de difusión, pero su consideración última como límites a la libertad no cambia por el medio. En otras ocasiones sí que habrá que replantear la relación entre ciertos derechos en colisión. Por ejemplo, la libertad de expresión se define hoy día como «freedom is bricolage»,⁵⁷ como libertad de participar en un sistema continuo de creación e intercambio cultural, lo cual ha hecho que se tengan que redefinir las relaciones con los derechos de propiedad intelectual. El *copyright* no ha muerto, pero han aparecido exponentes de cultura libre como las licencias como *creative commons* que abren nuevas posibilidades.⁵⁸

En cuanto a las garantías clásicas de la libertad de expresión sí que puede ser necesario afrontar una labor más profunda de traducción ante las nuevas posibilidades y amenazas tecnológicas.⁵⁹ Así, la censura en Internet difícilmente se puede aplicar a quienes quieren publicar, es decir, a la dimensión activa de la libertad de expresión, pero cada vez son más importantes los sistemas de filtrado y bloqueo del acceso a contenidos en Internet, los cuales restringen los «derechos del público»⁶⁰ en la dimensión pasiva de la libertad. Y no se puede desconocer el impacto que puede tener sobre la libertad cuando estos mecanismos de bloqueo o filtrado, en definitiva de censura, son aplicados por poderes privados. Como se ha visto, en el ciberespacio los Señores de Internet pueden tener un poder mucho más potente que los propios Estados para comprometer el pluralismo en la Red.⁶¹ Puede imaginarse el impacto que tendría sobre el pluralismo si Google

⁵⁶ Así, BOIX PALOP (2016): 61 y ss., quien asume como punto de partida en su estudio sobre la construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales que éstos «no han de ser diferentes, en lo sustancial, a los límites generales a la expresión admitidos constitucionalmente para otros canales».

⁵⁷ BALKIN (2004): 43.

⁵⁸ Sobre la redefinición de la propiedad intelectual, cfr. LESSIG (2009): 275 y ss.

⁵⁹ A las nuevas formas de censura en Internet, he dedicado de forma más extensa dos trabajos a los cuales me remito: TERUEL LOZANO (2014 a) y (2014 b).

⁶⁰ VILLAVARDE MENÉNDEZ (1995).

⁶¹ Muy contundente resulta a este respecto la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet suscrita por el Relator Especial de la ONU para la libertad de opinión y de expresión, la Representante para la libertad de los medios de comunicación de la OSCE, la relatora especial de la OEA para la libertad de expresión y la relatora especial de la CADHP sobre libertad de

decidiera filtrar determinados tipos de contenidos lícitos. Por otro lado, práctica que mantiene en China de la mano del gobierno de este país, por ejemplo.⁶² De igual forma, también parece necesario redefinir la garantía de la prohibición del secuestro administrativo de comunicaciones a la vista de los organismos administrativos y de las autoridades independientes que cada vez tienen más competencias, incluso sancionadoras, que afectan a la libertad de expresión en el ciberespacio y en el espacio físico.⁶³

Asimismo, la neutralidad en la Red se ha convertido en un principio esencial para garantizar el pluralismo en el ciberespacio,⁶⁴ a través de la consideración de Internet como un servicio público.⁶⁵ Y precisamente este valor de Internet como

expresión y acceso a la información, que en su apartado 3.º dispone: «*a. El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual. / b. Los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión. c. Se debe exigir que los productos destinados a facilitar el filtrado por los usuarios finales estén acompañados por información clara dirigida a dichos usuarios acerca del modo en que funcionan y las posibles desventajas si el filtrado resulta excesivo.*».

⁶² La cuestión de la privatización de la censura online es analizada meticulosamente en GARTON ASH (2016): 360 y ss.

⁶³ En el ámbito de Internet surgió gran polémica en torno a la conocida como Ley Sinde (cfr. TERUEL LOZANO (2011) y (2010)); pero más allá de este ámbito uno de los ejemplos más notables está en los regímenes administrativo sancionadores y autoridades anti-discriminación específicas que velan frente a discursos del odio. Recientemente se publicaba la noticia de la primera sanción por insultos homófobos impuesta por la Generalidad de Cataluña al amparo de la Ley anti-homofobia catalana. Puede verse la noticia en el siguiente enlace: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/09/29/catalunya/1475162455_776332.html

⁶⁴ En este sentido, ha señalado RODOTÀ (2012): 387 que: «il principio di neutralità della rete e la considerazione della conoscenza in rete come bene comune, al quale deve essere sempre possibile l'accesso. Per questo è necessario affermare una responsabilità pubblica nel garantire quella che deve ormai essere considerata una componente della cittadinanza, dunque una precondizione della stessa democrazia, E, in questo modo, si fa emergere anche l'inammissibilità di iniziative censorie».

⁶⁵ El reconocimiento de la neutralidad en la Red y la declaración como servicio universal de los servicios de comunicaciones electrónicas es la línea que ha mantenido la Unión Europea, consolidada en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento y del Consejo de 25 de noviembre de 2015. También ha sido la política mantenida por la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos al considerar Internet como servicio público para garantizar la neutralidad en el mismo. Como ejemplo, la Declaración de Derechos en Internet aprobada por la Comisión parlamentaria italiana el 28 de julio de 2015 afirma el principio de la neutralidad en la Red en su artículo 4.º con el siguiente tenor: «*1. Every person has the right that the data he/she transmits and receives over the*

servicio público es el que ha llevado a que se empiece a reconocer como derecho el acceso a Internet;⁶⁶ derecho íntimamente ligado a la libertad de expresión, ya que es un *prius* para el ejercicio de la misma a través de este medio de comunicación. En este sentido, la Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet del Consejo de Europa, entre otras, ha reconocido que «*el acceso a Internet es un medio importante para que usted ejerza sus derechos y libertades y participe en la democracia*»; debiendo resultar «*asequible y no discriminatorio*».⁶⁷ Se trata, en definitiva, de un derecho fundamental que trasciende su dimensión como un derecho de acceso a la tecnología en sí misma. En palabras de S. Rodotà: «il diritto di accesso a Internet, tuttavia inteso non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d'essere della persona del mondo, dunque come effetto di una nuova distribuzione del potere sociale [...]. Il diritto di accesso, infatti, si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete».⁶⁸

Por su parte, otras libertades públicas, como la libertad religiosa o la libertad de manifestación y reunión, también pueden verse afectadas por la nueva realidad tecnológica, no tanto en su contenido, cuando en las modalidades de ejercicio. Son conocidas, por ejemplo, las dificultades que han presentado las convocatorias «espontáneas» de manifestaciones a través de redes sociales. De hecho, la mencionada Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet reconoce que las personas han de tener «*la libertad de elegir cualquier sitio web, aplicación u otro servicio para formar o movilizar grupos sociales o asociaciones*».⁶⁹

Internet be not subject to discrimination, restrictions or interference based upon the sender, recipient, type or content of the data, the device used, applications or, in general, the legitimate choices of individuals. / 2. The right to neutral access to the Internet in its entirety is a necessary condition for the effectiveness of the fundamental rights of the person. ».

⁶⁶ Con abundante información al respecto, cfr. TORRES DÍAZ (2013), que analiza el derecho de acceso a Internet como derecho fundamental.

⁶⁷ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

⁶⁸ RODOTÀ (2012): 384.

⁶⁹ Consejo de Europa. Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet. Adoptada el 16 de abril de 2014.

4.2. *La protección de la privacidad y de los derechos de la personalidad ante el «Imperio de la vigilancia»*⁷⁰

Si la libertad de expresión es la reina en la Era digital, la privacidad se ha convertido en aquella princesa amenazada en un mundo orwelliano de la vigilancia masiva de los ciudadanos y de tráfico continuo de datos personales. Porque la entrada en Internet no puede suponer la pérdida de nuestros derechos como «víctimas conscientes».⁷¹ Pero no son sólo las amenazas que se ciñen sobre los derechos de la personalidad, sino también los cambios en los usos sociales los que nos obligan a replantear el reconocimiento de estos derechos.

Ocurre que «la rivoluzione elettronica ha trasformato la nozione stessa di sfera privata, divenuta sempre più intensamente luogo di scambi, di condivisione di dati personali, di informazioni».⁷² Hablamos de amistades identificándolas con puros contactos en redes sociales.⁷³ Una redefinición de «lo público» y «lo privado» que ha llevado a la articulación de un espacio intermedio, la «extimidad», que «parte de la base de que el auge de la interconexión mediada supone la perversión de la substancialidad propia de la esfera privada por parte de los individuos, quienes, en este contexto, tienden a valorar su publicidad por encima de su salvaguarda».⁷⁴ Lo cual reclama una readaptación del propio concepto clásico de intimidad entendido como la facultad de impedir del conocimiento ajeno un espacio privado, tradicionalmente vinculado a la vida personal y familiar.⁷⁵ En palabras del Tribunal Constitucional, «la intimidad personal constitucionalmente garantizada [entraña] la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad de vida humana».⁷⁶ Una concepción que, sin embargo, debe enriquecerse ahora enfatizando la capacidad de autodeterminación de cada persona sobre la información que le afecta, lo que lo vincula con el derecho a la protección de datos y a la idea del *habeas data*.⁷⁷ Los

⁷⁰ RAMONET (2016).

⁷¹ RODOTÀ (2012): 394.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ NOAIM Sánchez (2016): 250.

⁷⁴ NOAIM Sánchez (2016): 193-195.

⁷⁵ Véase sobre esta cuestión la obra *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2016).

⁷⁶ España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 57/1994, de 28 de febrero, FJ. 5.º

⁷⁷ En este sentido explica RODOTÀ (2012): 396 «le due dinamiche che hanno mutato il senso sociale della privacy, non pipu ancorata soltanto al criterio dell'escusione dell'altro, ma trasfor-

ciudadanos sobre todo en el espacio virtual deben poder controlar hasta dónde y en qué medida publican determinados aspectos de su esfera privada. De ahí la importancia de exigir transparencia sobre el uso que hacen de nuestros datos personales las corporaciones en Internet, y en particular las redes sociales. Algo que justifica, como veíamos, una intervención pública para regular las políticas de privacidad de las empresas que operan en estos ámbitos y para incidir directamente en la arquitectura de las redes sociales y de otros ámbitos del ciberespacio para salvaguardar la privacidad de las personas.

Asimismo, los mecanismos de vigilancia clandestina masiva desarrollados en una alianza entre Estado, aparato militar de seguridad y la industria de gigantes de la web han instaurado un auténtico «Imperio de la vigilancia»⁷⁸ al que hay que enfrentarse. No caben excusas del tipo de que al final el manejo de datos que hacen estas grandes compañías nos termina beneficiando (por ejemplo, porque nos ofrecen publicidad personalizada); o que no somos tan interesantes o tan ricos para que nadie se moleste en reconstruir nuestras vidas; o que no hemos hecho nada malo para que nos vigilen.⁷⁹ Tenemos que tomar precauciones porque lo cierto es que la capacidad tecnológica de espiar y manejar datos se está volviendo cada vez más sofisticada, barata y accesible.⁸⁰ Y es necesario que afirmemos las garantías constitucionales de nuestra privacidad, tanto frente a los Estados como frente a los Señores de Internet. Hay que abrir una reflexión sobre el sentido del secreto de las comunicaciones en Internet (¿o acaso admitimos que Gmail pueda analizar nuestros emails aunque sea con fines comerciales?); debemos reconocer la inviolabilidad de nuestros aparatos tecnológicos como lo hacemos como con nuestro propio domicilio; o, por poner un último ejemplo, debemos oponernos a que los Estados o las grandes compañías puedan estar continuamente cruzando datos sobre nosotros como si fuéramos potenciales terroristas o meros consumidores potenciales. Comparto con el profesor Pérez Luño que «[la] Red no puede degenerar en una vigilancia incontrolada de millones de ciudadanos [...] Urge reivindicar el status de una ciudadanía universal frente al riesgo de que las potencias hegemónicas degraden a millones de ciudadanos del planeta a la mera condición de súbditos»; porque «[l]a seguridad nunca debe conseguirse

mata e rafforzata dal diritto di seguire le proprie informazioni ovunque esse si trovino; opporsi alle interferenze».

⁷⁸ RAMONET (2016): 15.

⁷⁹ KEENAN (2015): 243 y ss.

⁸⁰ KEENAN (2015):252.

a costa de la libertad de los ciudadanos, pues sin libertad nunca podremos estar seguros».⁸¹

Del mismo modo, es necesario afrontar también nuevos problemas como el anonimato en la Red, el cual de una parte puede facilitar la impunidad de hechos ilícitos a través de la Red pero por otro es garantía para los propios ciudadanos;⁸² el derecho al olvido que ha nacido como un hijo de la protección de datos y nieto de la privacidad ante la «obligación de recuerdo» que imponen los buscadores en Internet, como antes fuera en sentido contrario la *damnatio memoriae*;⁸³ o la protección de la propia imagen, en un mundo en el que de forma continua compartimos fotografías y subimos a la web imágenes de terceros normalmente sin un consentimiento expreso. Asuntos que reclaman una profunda reflexión social y respuestas jurídicas.

4.3. *Los derechos de participación política: ¿hacia una ciber-democracia?*

Las tecnologías de la información y la comunicación pueden tener un importante impacto sobre las formas de comunicación y participación política y, por ende, sobre los derechos de participación política. Incluso, para algunos se abriría la oportunidad de mutar nuestras democracias representativas en sistemas asamblearios en los que los ciudadanos nos encontraríamos en una consulta continua. «[U]na democrazia nella quale l'abitazione di ciascuno sarebbe stata trasformata in cabina elettorale».⁸⁴ Pues bien, convendría realizar un juicio crítico de estas posibilidades para lo cual propongo asumir como eje de estudio las tres promesas sobre las que se asientan nuestras democracias y cuya realización debemos pretender según N. Bobbio: «participación (o bien concurso colectivo, y generalizado, aunque indirecto, en la toma de decisiones válidas para toda la comunidad), control desde abajo (a base del principio de que todo poder no controlado tiende al abuso) y libertad de disenso».⁸⁵

⁸¹ PÉREZ LUÑO (2005): 20 y 22.

⁸² Advierte RODOTÀ (2012): 392 y ss., que las políticas que pretenden implantar el «real name» pueden facilitar que las empresas vinculen datos, dejando a los ciudadanos cibernéticos en una situación aún más desamparada ante la vigilancia en Internet. Así la Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet reconoce que los ciudadanos pueden «optar por no revelar su identidad en línea, por ejemplo mediante el uso de seudónimo. Sin embargo, debe tener en cuenta que las autoridades nacionales pueden tomar medidas que conduzcan a revelar su identidad».

⁸³ RODOTÀ (2012): 404.

⁸⁴ RODOTÀ (2012): 380.

⁸⁵ BOBBIO (1986): 45.

Qué duda cabe, como ya se ha visto, que las TICs y en particular Internet ofrecen un foro excepcional para el desarrollo de la libertad de expresión. El ciberespacio se ha convertido en «la plaza pública —el ágora— de la comunidad global»,⁸⁶ en la que además por su carácter espontáneo y abierto todos podemos participar. Un ejemplo de esta influencia lo hemos encontrado en la importancia que adquirieron las redes sociales para la difusión de las consignas democráticas en las revoluciones de la primavera árabe. Y en nuestro día a día comprobamos cómo foros, redes sociales o webs de diversa índole se convierten en referentes para la formación de la opinión pública, superando incluso la influencia de medios de comunicación tradicionales. En este punto, por tanto, parece indiscutible el valor de Internet y de las TICs para la plena realización de un espacio de opinión pública libre y plural, que debe salvaguardarse frente a cualquier forma de censura.

De igual forma, las TICs también pueden ayudar al control desde abajo del poder. En este sentido cabe destacar las posibilidades que se abren en torno a la transparencia como un mecanismo para el control difuso del poder. Pero también se pueden diseñar instrumentos para que los representantes políticos den cuenta más inmediata a los ciudadanos de sus actuaciones.

Y, por supuesto, las TICs permiten facilitar la participación política de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas. Por ejemplo, la iniciativa legislativa popular se podría facilitar mediante la recogida de firmas digitales, o se podría avanzar en medios de voto telemático para agilizar consultas directas a los ciudadanos. Sin embargo, ¿creemos que es de verdad posible o deseable ir en la dirección de una «tele-democracia» o de una «ciber-democracia»? Pues bien, considerando que los medios tecnológicos pueden desarrollarse, un primer escollo ante esta posibilidad es la alfabetización digital. En nuestros países todavía son numerosas las capas de ciudadanos que no tienen formación digital suficiente como para asumir una forma democrática del género. Pero, aún más, ¿de verdad se piensa que una ciber-democracia sería una democracia de más calidad? Yo no lo creo. Básicamente porque un sistema asambleario obliga a reducir la complejidad de las decisiones a un sí o un no, a blanco o negro, limitando las posibilidades intermedias de decisión y polarizando el debate en los extremos. Como advirtiera el propio Bobbio: «no se ve cómo puedan someterse a referéndum todas las cuestiones que en una sociedad cada vez más compleja deben resolverse con deliberaciones colectivas».⁸⁷ Personalmente apuesto por una democracia más

⁸⁶ Informe final de la Comisión especial sobre Redes Informáticas del Senado, aprobado en la sesión de la Comisión del 9 de diciembre de 1999.

⁸⁷ BOBBIO (1986): 89.

deliberativa y, en ese mismo sentido, más participativa dentro de un modelo representativo enriquecido. Se puede avanzar, a través de las tecnologías y sin ellas, en nuevas formas de participación que doten de un mayor contenido al mandato representativo que conceden los ciudadanos y que permitan una mayor participación de éstos en el proceso de toma de decisiones públicas sin que ello mute el sistema democrático hacia un asamblearismo extremo (por ejemplo, a través de un proceso legislativo más abierto e incluso con posibilidades de intervenciones y enmienda de ciudadanos y grupos sociales). Como ya tuve la ocasión de sostener en otra sede, «Internet y las nuevas tecnologías han de ser así un instrumento para abrir y acercar la política, pero no para sustituir a nuestros representantes políticos por una ciber-asamblea».⁸⁸

5. REFLEXIÓN FINAL: ¿ES NECESARIA UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN INTERNET? ¿O UNA CONSTITUCIÓN PARA EL CIBERESPACIO?

Como conclusión del presente trabajo puede destacarse la idea de que los avances tecnológicos y los nuevos paradigmas sociales, económicos, culturales y políticos que caracterizan a la actual sociedad en red exigen una reafirmación de los derechos fundamentales en un doble sentido: por un lado, cabe reivindicar la eficacia de los derechos fundamentales como valores objetivos en el diseño de la arquitectura de Internet, debiendo erigirse como la guía que orienta la construcción del ciberespacio para hacer de éste un espacio en el que la libertad, la igualdad y la autonomía de los ciudadanos quede plenamente realizada. Por otro lado, se asume la necesidad de traducir el contenido y las garantías de los derechos fundamentales ante las nuevas pautas de relación humanas y ante las amenazas que han surgido como consecuencia del nuevo entorno tecnológico.

De ambas consideraciones se deduce entonces de forma casi inmediata la necesidad de constitucionalizar el ciberespacio. La construcción del ciberespacio y las nuevas perspectivas en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales reclaman una adaptación de la concepción que de estos teníamos hasta el momento. Algo para lo que no parece suficiente con introducir reformas en las constituciones nacionales que mencionen la nueva realidad tecnológica como tampoco sería adecuado asumir esta tarea desde la interpretación amplia de los textos constitucionales.⁸⁹ Parece imprescindible afrontar la proclamación de una Carta de

⁸⁸ TERUEL LOZANO (2013): 48.

⁸⁹ Así, DE MINICO (2015): 12 y ss.

derechos para Internet en el ámbito supranacional o, aún más, de asumir un auténtico proceso constituyente en el mismo que culminara con un texto constitucional. Si el ciberespacio forma una comunidad política global en la que ciudadanos de todo el orbe terrestre interaccionan, se comunican y desarrollan actividades ordinarias, la ordenación básica de la misma le corresponde a una constitución que fije sus principios rectores para garantizar la plena realización de los ciudadanos en el nuevo entorno sobre los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Ello presenta problemas clásicos y suscita dudas evidentes: ¿quién asumiría ese poder constituyente y promulgaría la constitución? ¿con qué legitimidad? ¿Cuál sería la eficacia de esa Constitución y a quien iría dirigida? ¿Qué contenidos debería incorporar? A este respecto, empezando por las últimas preguntas, algunas de las cuales ya han sido parcialmente respondidas en el presente estudio, entiendo que esa Constitución de Internet tendría que incorporar una carta de derechos adaptada a la nueva realidad virtual, al modo de la *Dichiarazione dei diritti*, pero también habría que concretar un modelo institucional, una forma de gobernanza para el ciberespacio que respondiera a las exigencias propias del principio democrático.⁹⁰ Como expresa la Declaración de NETmundial Multistakeholder adoptada en Brasil el 24 de abril de 2014: «Internet governance should be built on democratic, multistakeholder processes, ensuring the meaningful and accountable participation of all stakeholders, including government, the private sector, civil society, the technical community, the academic community and users». Se trataría de una constitución que desplegaría su eficacia frente a los poderes que actúan en Internet, públicos o privados, y que comprometería a todos los usuarios de la Red. Porque si hay algo que se ha demostrado evidente es que «hay que replantear la declaración de derechos humanos, que no en vano fue firmada por Estados, no por los señores del aire. Exigir a las empresas transnacionales de teleservicios que respeten los derechos básicos de los ciudadanos de E3 [entorno digital], empezando por el derecho al fuero íntimo y al acceso universal, es una de las primeras tareas a acometer para civilizar y democratizar E3».⁹¹

Por último, más difícil resulta definir cuál puede ser ese poder constituyente que legitime este proceso de constitucionalización del ciberespacio. Cabe plantearse si el mismo podría liderarse en el seno de la propia ONU; quizá como un

⁹⁰ En este sentido ha señalado RODOTÀ (2012): 415, cómo «non si può accettare una privatizzazione del governo di Internet, ed è indispensabile far sì che una pluralità di attori, ai livelli più diversi, possa dialogare e mettere a punto regole comuni. Il tema della democrazia promossa da Internet esige che si affronti anche la questione della democrazia di Internet».

⁹¹ ECHEVARRÍA EZPONDA (2000): 56.

primer paso hacia la construcción de un «Estado de la Red».⁹² Una reflexión que, por más que hoy pueda parecer ciencia-ficción, puede tener un valor prospectivo. Al final, «[c]imentarsi con il problema della «costituzione di Internet», del modo complessivo in cui la tecnologia incontra il tema della libertà e istituisce lo spazio politico, significa proprio fare i conti con processi reali. Le trasformazioni determinate dalla tecnologia possono essere comprese, e governate, solo se si è capaci di mettere a punto strumenti «prospettici», e se questo avviene ridefinendo i principi fondativi delle libertà individuali e collettive».⁹³

6. BIBLIOGRAFÍA

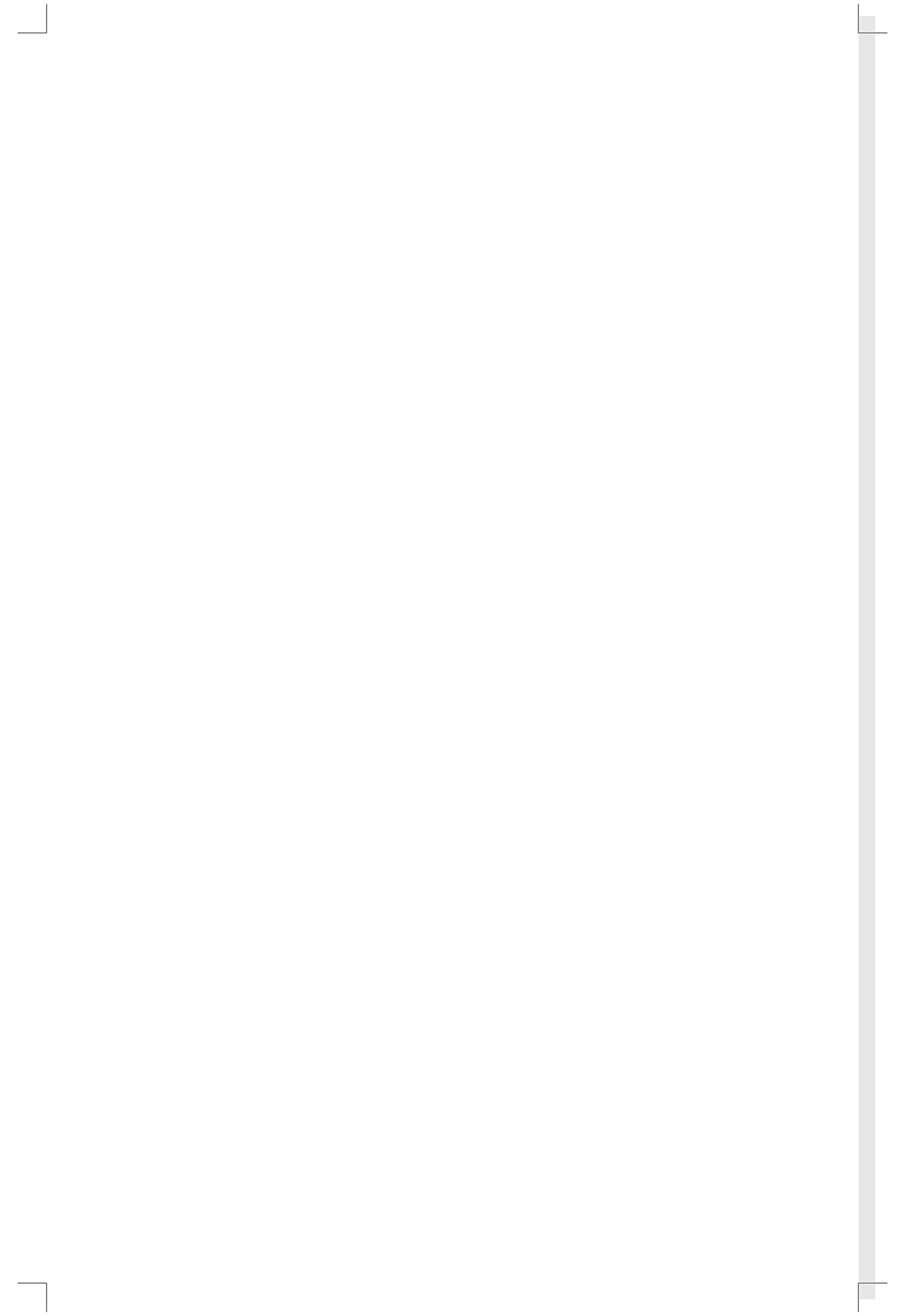
- ASOCIACIÓN de Letrados del Tribunal Constitucional (2016). *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BALKIN, J. M. (2004). Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*. N. 71-1.
- BIA, Alejandro y López-Tarruella, Aurelio (2016). Fundamentos técnicos y organizativos de Internet. En López-Tarruella, Aurelio (dir.). *Derecho TIC*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BILBAO Ubillos, Juan María (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEPIC.
- BOBBIO, Norberto (1986). *¿Qué es socialismo?*. Trad. de Juan Moreno. Barcelona: Plaza & Janés.
- BOIX Palop, Andrés (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos* (pp. 55-112). N. 173.
- CASTELLS, Manuel (1997). *La Era de la Información*. Madrid: Alianza.
- CORREDOIRA y Alfonso, L. (2007). Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva «Sociedad de la información». Estudio específico del artículo 19. En Cotino Hueso, Lorenzo (coord.). *Libertad en Internet. la red y las libertades de expresión e información* (pp. 58-73). Valencia: Tirant lo Blanch.
- COTINO Hueso, Lorenzo y Torre Forcadell, Sonia (2002). El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet. En *Actas del XV Seminario de Derecho e informática* (pp. 897-917). Madrid: Aranzadi.

⁹² Cfr. RODOTÀ (2012): 421, siguiendo en este punto a M. Castells.

⁹³ RODOTÀ (2012): 423.

- DE ANDRÉS Blasco, J. (2005). ¿Qué es Internet?. En García Mexía (dir.). *Principios de Derecho de Internet* (pp. 29-97). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE MINICO, Giovanna (2015). Towards an Internet Bill of Rights. *Loy. L. A. Int' & Comp. L. Rev.*, 37, 1.
- ECHEVARRÍA Esponza, Javier (1994). *Telópolis*. Barcelona: Destino.
- ECHEVARRÍA Esponza, Javier (1999). *Los Señores del Aire: Telópolis y el Tercer Entorno*. Barcelona: Destino.
- ECHEVARRÍA Esponza, Javier (2000). Democracia y sociedad de la información. *Isegoría*, 22, pp. 37-57.
- FERNÁNDEZ Esteban, María Luisa (1998). *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*. Madrid: Mc GrawHill.
- GALINDO Ayuda, Fernando (2013). El Derecho de la sociedad en red: una introducción. En ID. (coord.). *El Derecho de la sociedad en red* (pp. 11-20). Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- GARCÍA Mexía, Pablo (2016). El Derecho de Internet. En Pérez Bes, Francisco. *El Derecho de Internet* (pp. 17-39). Barcelona: Atelier
- GARTON Ash, Timothy (2016). *Free speech. Ten principles for a connected world*. Londres: Yale University Press.
- KEENAN, Thomas P. (2015). *Tecnosiniestro*. Madrid: Melusina.
- LESSIG, Lawrence (2009). *El código 2.0*. Madrid: Traficantes de sueños.
- MOLINA García, María José (2016). Comprensión jurídica del ejercicio de los derechos humanos en Internet: afectación a la libertad, privacidad y seguridad de las personas. *Actualidad civil. La Ley*. N. 15.
- MUÑOZ Machado, Santiago (2000). *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Madrid: Taurus.
- NOAIM Sánchez, Amaya (2016). *La protección de la intimidad y vida privada en Internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos.
- OLMOS, Ana (2016). La gobernanza de Internet. En Pérez Bes, Francisco (coord.). *El Derecho de Internet* (pp.343-358). Barcelona: Atelier.
- PÉREZ Luño, Antonio (2005). Internet y la garantía de los derechos fundamentales. En Murillo Villar y Bello Paredes (coords.). *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías. Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Brugos*. Burgos: Universidad de Burgos.
- PÉREZ Luño, Antonio (2011). *Los derechos fundamentales*. 10.ª Ed. Madrid: Tecnos.
- RAMONET, Ignacio (2016). El imperio de la vigilancia. Madrid: Clave intelectual.
- RODOTÀ, Stefano (2012). *Il diritto di avere diritti*. Bari: Editori Laterza.

- TERUEL Lozano, Germán M. (2010). Internet, derechos fundamentales y economía sostenible. En Alonso Sánchez, R. (coord.). *Economía social y economía sostenible* (pp. 333-398). Navarra: Aranzadi.
- TERUEL Lozano, Germán M. (2011): El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. En Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (Pp. 52-87). Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia. ISBN: 978-84-694-0081-4. Texto accesible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>
- TERUEL Lozano, Germán M. (2013). Libertades y derechos de la persona en Internet: retos en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ante el paradigma tecnológico de la sociedad del siglo XXI. En Id. y otros (dir.). *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y Nuevas Tecnologías* (pp. 39-58). Navarra: Aranzadi.
- TERUEL Lozano, Germán M. (2014a). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto* (Pp. 41-72). Vol. 62/2.
- TERUEL Lozano, Germán M. (2014b): Freedom of speech and new means of censorship in the digital era. *Percorsi Costituzionali* (Pp. 560-579). N. 2/2014.
- TORRES Díaz, María Concepción (2013). El derecho de acceso a internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica. En Loreto Corredoira y Alfonso, Loreto y Cotino Hueso, Lorenzo (dir.). *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VAN DICK, Jan (2012). *The Network Society*. Londres: SAGE.
- VILLAVERDE Menéndez, Ignacio (1995). Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978. Madrid: Tecnos.

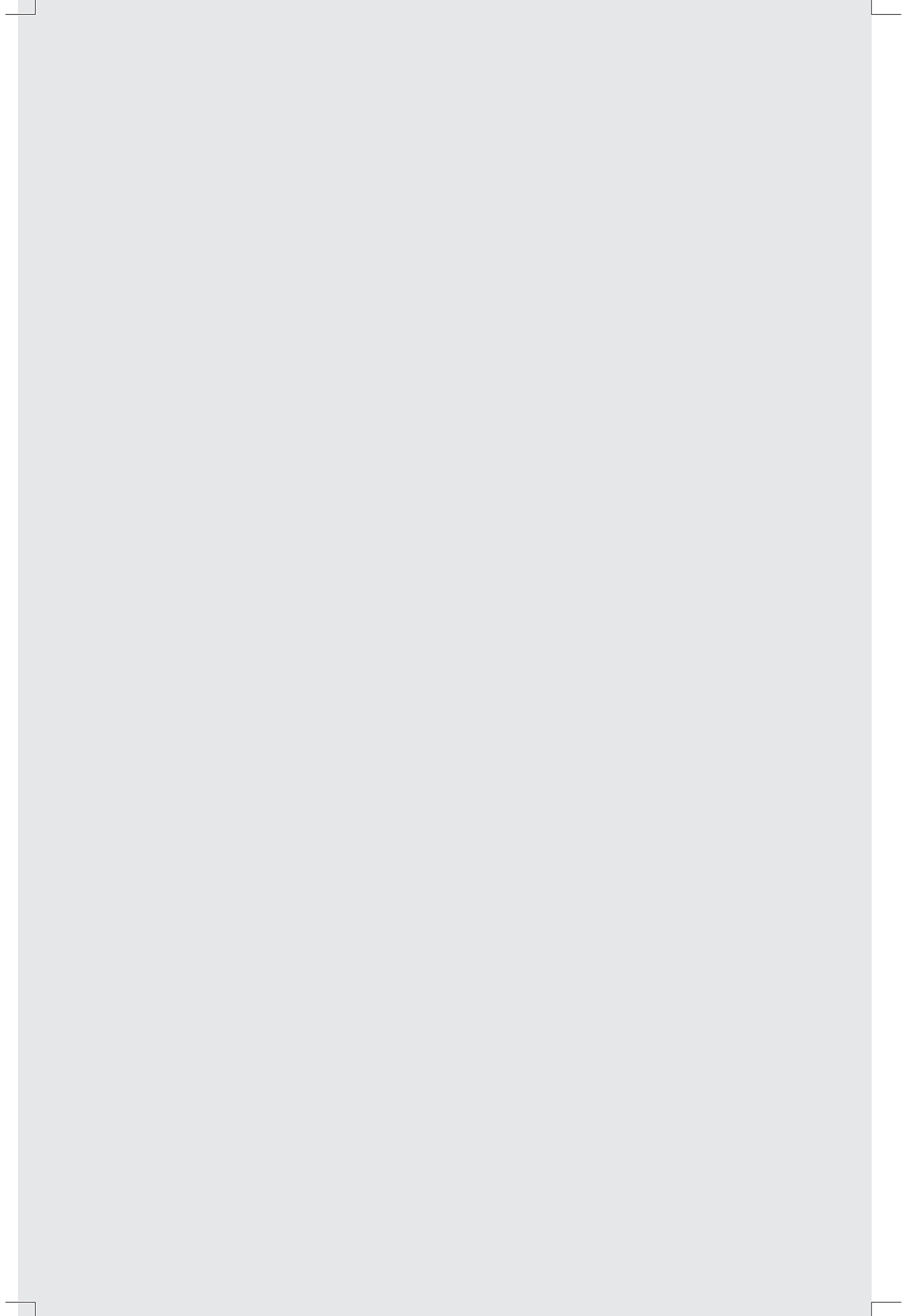


Sociedade da informação e direitos sociais
(breves reflexões, algumas inquietudes)

Carlos Alberto Molinaro /
Ingo Wolfgang Sarlet

SUMARIO

1. Notas preliminares.
2. Sociedade da informação e o problema da simetria na alocação dos direitos sociais.
3. O problema da competência e das habilidades para o acesso à informação.
4. Tecnologias da informação e comunicação e direitos sociais –Estado, economia e direito rumo à inovação.



I. NOTAS PRELIMINARES

Todos os seres humanos, seja onde quer que se situem, encontram-se de algum modo situados no contexto de uma sociedade multifacetada e mesmo profundamente desigual. Em um extremo encontramos àqueles que nada alcançaram e apenas tentam sobreviver; em outro, o mais distante, topamos com os que dispõem de tudo que a ciência, a tecnologia e os recursos econômico-financeiros podem fornecer, ademais de disporem da competência (ou habilidades) para utilizar esses recursos. Esses últimos são os que convivem de modo ativo e usufruem dos benefícios (sem descurar aqui dos riscos e perplexidades) de uma Sociedade da Informação ou do Conhecimento, enfim, daquilo que também tem sido designado de uma Sociedade em Rede (Castells) refletindo o papel central da ciência e das aplicações tecnológicas na vida social.

A necessidade de se aprofundar os estudos sobre a atuação da burocracia e do conhecimento especializado na democracia impõe algumas reflexões sobre a relação entre ciência e política, democracia e expertise numa sociedade que se autodenomina do conhecimento. Em especial isso se revela como inadiável quando se percebe que uma das principais características dessa sociedade são as profundas assimetrias informacionais entre os diversos grupos e classes que a compõem, dado o acelerado desenvolvimento do conhecimento e da tecnologia e as formas desiguais de acessá-los e deles se apropriarem como capital cultural. A aquisição de expertise é, contudo, mais do que a atribuição dada por um grupo social, embora essa aquisição seja um processo social, pois a socialização leva tempo e demanda esforço daquele tido por expert.

O fato que não se pode obnubilar é que, a despeito de um acesso cada vez maior a determinadas facilidades tecnológicas, em especial na seara da comunicação (acesso a internet, redes sociais, etc.), essa sociedade é notadamente excludente!

Exclui todos aqueles que não dispõem de um determinado tipo de expertise, portanto, de conhecimento, e, por via de consequência, estão alijados de importantes espaços de poder social, econômico e político.

Tal característica desse modelo de sociedade reclama toda nossa atenção, especialmente quanto aos direitos e garantias fundamentais reconhecidos na seara constitucional e na esfera do direito internacional. É precisamente aqui que se evidencia a importância de bem localizarmos e compreendermos os Direitos Sociais.

Sem prejuízo de um conceito convencional e mesmo correto de direitos sociais na condição de direitos de justiça social, que buscam assegurar níveis mínimos de liberdade e igualdade real, em outro sentido todos os direitos são sociais. A sociabilidade é a marca indelével do Direito. Para que falaríamos de um direito despregado das relações sociais, que adapta e corrige eventuais defeitos de adaptação, seja qual for o plano em que essas relações se dão? Assim, se todos os direitos são (nesse sentido) sociais, isto é, se os direitos, em uma tensão dialética, são dedicados a reger o concerto das relações sociais, seja na dimensão objetiva, ou na subjetiva, quando falamos em direitos humanos (na ordem internacional) ou em direitos fundamentais (nas ordens constitucionais) certamente estamos falando de especiais posições e disposições jurídicas, subjetivas e objetivas, relativas a um conjunto de relações inter-humanas havidas em um tempo e espaço social dado.

Além disso, por outra ótica, todos os direitos fundamentais e, portanto, todos os direitos sociais (sejam sociais em sentido amplo, seja em sentido estrito e convencional) são também sempre direitos negativos e positivos, direitos a abstenção (não-intervenção) por parte de seu destinatário e/ou direitos a prestações fáticas e/ou normativas, de tal sorte que, consoante já amplamente sabido, todos os direitos têm um custo direitos de matriz liberal (individual), são o resultado de um circuito de reação cultural que impele o ser humano na busca dos bens necessários para a satisfação de suas necessidades. Isso não mudou nem no tempo e nem no espaço. Este percurso não foi e não é trilhado sem lutas, designadamente lutas sociais, que se caracterizam como processos emancipatórios para a conquista da dignidade, secundadas pelo Direito, que cristaliza e garante as conquistas havidas por esses processos.¹

Nesse contexto, é a dignidade – atribuída ao humano – o resultado de um ato de valoração imprescindível para efetivar a simetria daqueles que trilham o caminho em busca dos bens indispensáveis à satisfação das necessidades. Se não

¹ Nesse sentido, consulte-se Herrera Flores, Joaquín. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2007; também, Wolkmer, Antonio Carlos. *Sobre a Teoria das Necessidades: a condição dos 'novos' direitos*. In: *Alter Ágora*. Revista do Curso de Direito da UFSC. Florianópolis, no 01, p. 42-47. Maio/94.

reconhecermos a dignidade do outro acabamos por excluí-lo da jornada, negando, ao mesmo tempo a sua liberdade e igualdade. Todavia, um problema se põe: nem todos têm a mesma habilidade para tão complexa marcha. Com efeito, alguns são mais fortes e impávidos, outros mais habilidosos, outros mais frágeis. Dai se coloca o questionamento de como alcançar a necessária dose de simetria. Dito de outro modo, como se pavimenta o longo caminho que vai das necessidades aos bens para preenchê-las? O discurso é um só: os assim denominados direitos sociais (em sentido amplo), mais precisamente, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, portanto, as diversas espécies de direitos sociais assim designados pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos e no plano das constituições, quando ali consagrados.

Tais direitos nascem em razão da diversidade dos agentes em responder ao circuito de reação cultural pela satisfação das necessidades. Nesse sentido, também os direitos sociais são resultado de reivindicações emanadas do corpo social e de um processo dinâmico e evolutivo (progressivo) de reconhecimento, cuidando-se, a exemplo da conhecida acepção de Norberto Bobbio, de direitos sempre históricos e relativos, o que, de resto, se aplica a todos os direitos fundamentais. Observe-se que a expressão direitos sociais aparece durante a Revolução Francesa, por inspiração Roussoniana, tendo tais direitos (ainda que de modo tímido e distinto do que se verifica atualmente), sido albergados na Constituição de 1793 (no Brasil os mesmos direitos foram reconhecidos na Constituição Imperial de 1824), para depois seguirem o seu curso de reconhecimento.

De lá para cá, mas particularmente a partir da segunda metade do século XX - a despeito da previsão em algumas constitucionais anteriores, como a do México, de 1917, de Weimar (1919), da União Soviética (1923) e do Brasil (1934) - os direitos sociais, que passaram a integrar catálogos de direitos das constituições em muitos Estados e foram incorporados ao direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, acabaram por assumir a condição de direitos fundamentais em pé de igualdade com os direitos civis e políticos, pautados por uma relação de complementariedade, de interdependência recíproca e de universalidade. Que tal evolução, quantitativa e qualitativa, em matéria de direitos sociais, ocorreu de modo distinto de lugar para lugar, inclusive quanto ao modo de seu reconhecimento pelo direito positivo, não ofusca a circunstância de que se cuida de direitos indispensáveis à proteção e promoção da dignidade humana e cujo papel reclama particular inserção no contexto cada vez mais complexo da sociedade de informação. É precisamente o que veremos daqui para frente, ainda que de modo esquemático e focado em alguns exemplos.

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O PROBLEMA DA SIMETRIA NA ALOCAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Compreendendo a Sociedade da Informação – como um modelo que (a despeito de também e por um lado ampliar de modo cada vez maior as possibilidades de comunicação e interação) exclui pela expertise de seus atores, gerando uma particular forma de discriminação, – e, tendo em conta que o modelo social atual se inclui em uma economia capitalista de acumulação gerado por mercados bem identificados, necessária a formatação de mecanismos de inclusão (ainda que parcial) dos diversos estratos sociais que não possuem competência e todas as habilidades necessárias para o trânsito pleno nesse modelo.

Esse modelo social utiliza em larga escala a informação. A quantidade e diversidade de conhecimentos, textos e produtos que movimentam uma grande quantidade de informações. A aquisição, processamento e transmissão de informações mediante meios rápidos e ágeis. A pluralidade do conhecimento, em que não se incluem apenas as línguas clássicas, mas também as línguas não-visuais.

Tudo isso exige a presença de algumas condições, algumas das quais já estão postas, o que aqui será ilustrado mediante recurso ao caso do Brasil, que, de outra parte, é representativo de uma sociedade marcada por extremos, com uma significativa posição na economia global, mas com uma distribuição desigual da riqueza e do conhecimento, onde o percentual de pessoas que dispõe de acesso à internet é elevado, mas onde também as capacidades e habilidades em termos de conhecimento são novamente muito mal distribuídas:

Segundo o Ibope Media (um dos principais Institutos de Pesquisa e Estatística do Brasil), o Brasil tinha, em (10/2013), 105 milhões de internautas, sendo o Brasil o 5º país mais conectado. O percentual de brasileiros conectados à internet aumentou de 27% para 48%, entre 2007 e 2011. O principal local de acesso se faz via Lan House (31%), seguido da própria casa (27%) e da casa de parente de amigos, com 25%. Ainda, o número de linhas celulares ativos no Brasil chegou a 247,2 milhões segundo dados de fevereiro da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações). A internet móvel no mesmo período cresceu quase 5%: já são 47 milhões de celulares e modems com acesso à rede 3G.

Ao todo, 26 unidades federativas possuem índice superior a uma linha celular por habitante; a exceção é o Estado do Maranhão, que ainda possui 83 acessos móveis a cada 100 habitantes. O total de linhas pré-pagas ativa ainda é quase 5 vezes maior que a de pós-pagas. São 202,7 milhões de acessos via pré-pagos ante a 44,8 milhões pós-pagos. A região Norte é a que tem o maior percentual de linhas pré-pagas (90,74), seguida da Nordeste (89,98), Centro-Oeste (84,23), Sul (77,3) e Sudeste (77,08).

No Brasil, cerca de 38,9 milhões dos acessos móveis foram feitos em fevereiro via celular, enquanto 8,2 milhões são provenientes de modems 3G. Em relação ao mês de janeiro, houve crescimento de 4,62% (eram 45,1 milhões em janeiro de 2012). Todavia, a despeito dessa infraestrutura a exclusão social na Sociedade da Informação persiste.²

Vale lembrar:

A exclusão digital não versa mais somente sobre ter acesso físico a um computador e à Internet em casa e na escola. [...] Uma segunda exclusão digital está emergindo entre aqueles que possuem as habilidades para se beneficiar do uso das TICs e aqueles que não as possuem” (OCDE).³

A pergunta que se coloca com cada vez maior atualidade e relevância é de como alocar, nesse espaço qualificado e de modo simétrico, os direitos sociais?

Direitos sociais em sentido estrito são direitos atribuídos, na expressão de Pontes de Miranda a sujeitos totais,⁴ cujo atribuído será determinado ou determinável no momento da incidência de suas normas. Preferimos denominar esses sujeitos de “sujeito plural”. Quando falamos de direitos individuais, ou de direitos sociais, falamos da especial condição do sujeito de direito: singular ou plural, e, por óbvio, quando falamos de sujeito singular estamos nos referindo a um determinado indivíduo, sujeito de direitos. Daí que todos os denominados direitos sociais, seja na comunidade internacional, ou no interior das ordens nacionais, são direitos individuais sempre que singularizados o sujeito plural (total) de direito. Aliás, é apenas na dupla condição de direitos de titularidade individual e coletiva que os direitos sociais, mormente quando se trata de direitos fundamentais, assumem a função de direitos subjetivos,⁵ ainda que o modo de manifestação e os problemas

² Cf., IBOPE MÉDIA: http://www.appbrasil.org.br/ibope/free/internet_brasil_chega_105_milhoes.pdf (acesso em 3.1.2014); também, Brasil. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. Pesquisa brasileira de mídia 2014: hábitos de consumo. Versão eletrônica disponível no sítio: <http://www.secom.gov.br> (acesso em 5.4.2014).

³ Cf., Understanding The Digital Divide, em, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/1888451.pdf>, também, consulte-se Bridging The “Digital Divide”: Issues And Policies In Oecd Countries em, <http://www.oecd.org/internet/broadband/27128723.pdf>, acessos em 22.3.2011.

⁴ Cf., Pontes de Miranda em várias passagens de sua obra, e.g., Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, vários anos, Tomo 3, § 166, 2, § 183, 5; Tomo 6, § 509, 2; 537; 567, 3; Tomo 8, § 727, 2; tomo XII, § 1.159, 3.

⁵ Cf. Sarlet, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 213 e ss.

em termos de efetivação (especialmente na perspectiva organizatória e procedimental) não sejam exatamente idênticos em cada caso, o que também se verifica quando em causa os direitos fundamentais civis e políticos.

Quanto ao seu objeto, os direitos sociais (o que igualmente se verifica quanto aos demais direitos fundamentais) são tanto direitos a prestações positivas, quando exigências de abstenção (não-intervenção), ou seja, direitos negativos, seja por parte do Estado (destinatário por excelência dos direitos fundamentais), mas também da Sociedade, tudo articulado com os deveres fundamentais constitucionais.

Entre esses deveres, talvez o mais importante deles, diz com políticas públicas eficientes para o acesso às tecnologias da informação e comunicação (TIC), mas não só o acesso em si, mas também e cada vez mais o acesso com qualidade e a garantia das possibilidades reais (ou seja, das habilidades) para o acesso.

O acesso às novas tecnologias de informação e comunicação (TIC), em particular o acesso à Internet e aos dispositivos móveis, é condição necessária para que governo, organizações e cidadãos operem sob o paradigma da sociedade da informação e do conhecimento. As disparidades regionais e socioeconômicas em relação ao acesso às TIC que ainda enfrentamos em nosso país requerem do governo políticas públicas efetivas que sejam construídas a partir de evidências e dados estatísticos sobre a infraestrutura tecnológica disponível nos domicílios e empresas, além do panorama das atividades realizadas, das habilidades e das competências no uso dessas novas tecnologias.⁶

É por tais razões que no próximo segmento trataremos precisamente de tais questões, com destaque para as competências e habilidades em matéria de acesso à informação.

3. O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA E DAS HABILIDADES PARA O ACESSO À INFORMAÇÃO

O pleno desenvolvimento de competências e habilidades no manejo das TIC exige alta densidade de concretização dos direitos sociais. Isso se verifica já no

⁶ Cf., Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil [livro eletrônico]: TIC Domicílios e Empresas 2012 = Survey on the use of information and communication technologies in Brazil: ICT Households and Enterprises 2012 / [coordenação executiva e editorial / executive and editorial coordination, Alexandre F. Barbosa ; tradução /translation DB Comunicação (org.)]. -- São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2013. PDF. Disponível em: [m www.cetic.br](http://www.cetic.br).

plano dos assim chamados direitos derivados a prestações, na esfera dos quais está em causa o igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições, bens e serviços criadas pelos poderes públicos, assim como a garantia da igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade. No campo dos assim designados direitos originários a prestações, cuida-se de assegurar (na condição de direito subjetivo) o fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado, de tal sorte que se trata de direitos deduzíveis diretamente das normas constitucionais.⁷

Alta densidade de concretização dos direitos sociais para a simetria dos diversos estratos sociais – com o objetivo de integrar a Sociedade da Informação – implica em alocação de elevados recursos econômico-financeiros na saúde e educação, bem como na efetivação dos valores sociais do trabalho. Somente será possível o desenvolvimento de competência e habilidades especiais suficientes para o convívio em uma Sociedade da Informação (do Conhecimento) se o binômio saúde/educação estiver sustentado por sólidos e inarredáveis valores sociais do trabalho, esses últimos simétricos com os valores da livre iniciativa (simetria capital/trabalho).

Por tudo isso, indispensável em uma Sociedade da Informação a maior amplitude possível de concretização dos direitos econômicos sociais e culturais, atribuídos a um sujeito de direito plural, que, quando se singulariza, revela e reveste a forma de direitos subjetivos públicos (ou não, a depender do caso) atribuídos também e em primeira linha a cada indivíduo-pessoa. Nesse contexto, devemos lembrar que os desenvolvimentos nas áreas de tecnologia da informação, biotecnologia, biogenética e robótica estão ajudando as grandes mudanças que ocorrem na economia, política e na cultura e que tal perspectiva não mais pode ser dissociada da compreensão do conteúdo e alcance de todos os direitos fundamentais, com destaque aqui para os direitos sociais.

Uma série de questões, tais como a natureza contemporânea da globalização com uma forte interdependência e interação entre as nações, comunidades e indivíduos, desafiando a soberania do Estado-nação, a mudança na experiência social do espaço-tempo em tempo instantâneo unificado o espaço e a natureza mutante do trabalho moderno e na economia, o surgimento da Internet como um novo espaço social e político para a ação, as questões éticas e os riscos decorrentes da

⁷ Sobre a distinção entre direitos derivados e originários a prestações, v. a paradigmática formulação de Martens, Wolfgang, “Grundrechte im Leistungsstaat”, in: VVDStRL 30, 1972, p. 21 e ss.

intervenção na natureza, direta ou indiretamente com o desenvolvimento tecnológico e científico; além disso, a ampliação dos meios de produção e consumo confronta-nos com a ameaça ecológica, a incerteza e um sentimento de perigo. Tudo isso, consoante já adiantado, reclama e exige alta densidade de direitos e garantias constitucionais, o que só pode ser alcançado mediante um bem elaborado conjunto de políticas públicas inclusivas e sustentáveis no âmbito fiscal e econômico.

4. TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS – ESTADO, ECONOMIA E DIREITO RUMO À INOVAÇÃO

Antes de avançarmos, importa ter presente que os direitos sociais estão imediatamente conectados com os direitos de liberdade e de igualdade, pois aludem a possibilidade de gozo dos direitos denominados de individuais (convém recordar que os direitos sociais, quando singularizados são também individuais), já que são eles que estabelecem as possibilidades materiais da igualdade substantiva, o que, como afirma José Afonso da Silva,⁸ proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade, para além de corresponder às exigências da própria dignidade humana. Além disso, calha também lembrar que os direitos sociais incorporam cinco grandes propostas estabilizadoras das relações inter-humanas e que são àquelas relativas ao trabalho, à seguridade (incluídos os direitos fundamentais à saúde, previdência e assistência social), à educação e cultura, bem como os atribuídos à família (incluídos os das crianças e adolescentes e dos idosos), e, finalmente, os direitos e deveres relativos ao meio ambiente. Esses direitos sociais (no contexto constitucional) são – na ordem internacional – direitos humanos consagrados de há muito nos mais diversos estatutos, formando, no seu conjunto, o marco jurídico-normativo no qual se inserem também os desafios resultantes da exclusão na sociedade da informação.

Como as TIC estão impactando todas as esferas da vida em todo o mundo, não é diferente o seu efeito sobre o conjunto dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Sua evolução tem possibilitado uma transformação no armazenamento de informações, seu processamento, comunicação e publicação, do papel para o virtual e dos átomos para bits, que presentemente estão definindo novos modelos de celeridade, eficiência e concisão das atividades de múltiplos sujeitos ou atores sociais, o que por certo impacta na construção e concretização das políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos, individuais ou sociais (o clássico binário).

⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289/290.

Contudo, devemos lembrar que, de regra, o direito (enquanto processo de adaptação) é um instrumento simbólico, regulador e, por vezes, apositivo com traços emancipatórios. O Poder, o Estado e a Justiça são outros instrumentos que equipam simbolicamente o estamento⁹ social (mais o dominante) procurando garantir as mínimas condições de coexistência pacífica entre os diversos círculos sociais envolvidos na mesma relação espaço-temporal.

A ideia corrente é a de que Estado está vinculado a uma ordem de possibilidades, e de coexistência da vida social e sua integridade por meio do estabelecimento e manutenção da justiça e do direito, implicantes das condições culturais dos povos, em espaços e tempos diversos no curso da história. A força, o reconhecimento, e a necessidade de defesa urdem a tessitura do Estado. No entanto, mecanismos de dominação e submissão engendram outra conformação. São criados, então, complexos sistemas de reações, com prêmios e punições, de tal sorte que todo o sistema jurídico estatal está aí contido.

Desde a perspectiva de uma ordem interna, o Estado pode ser definido como um ente ou organização institucional de poder (político-jurídico) exercido sobre espaços definidos e, sobre uma população, de alguma forma sociocultural, agregada por interesses comuns, ou por comuns opressões. O mecanismo integrador está numa ordem jurídico-coercitiva e se estabiliza por mecanismos administrativos próprios (violência legal) para fazer efetiva a coerção. Não é certamente deste direito (pelo menos não como regra e em caráter prioritário) que depende uma resposta integrativa das tecnologias da informação e da comunicação para a concretização de direitos sociais.

Na atualidade, o rápido desenvolvimento de novas tecnologias e a sua integração na administração pública e privada, na produção de bens e serviços criou condições sem precedentes para os operadores da política econômica e para os juristas de plantão (!). A difusão de tecnologias da informação e comunicação (TIC), a globalização e a intensificação da concorrência, bem como a reestruturação do quadro regulamentar criaram condições que muitos descreveram como a “nova economia”,¹⁰ um novo modelo que pode ser um aliado importantíssimo na formulação de políticas públicas e na concretização de “autênticos” direitos sociais.

⁹ Utilizamos o termo, além do sentido sociológico, isto é, um grupo de indivíduos com análoga função social ou com influência em determinado campo de atividade; mas, também, como o poder estruturado de uma sociedade, isto é, os grupos dominantes de uma sociedade, ou a autoridade institucional, no sentido mesmo do inglês: *the establishment*.

¹⁰ Por todos confira-se, Richard Heeks, *i-development not e-development: special issue on ICTs and development*, in: : Special Issue on ICTs and Development, Journal of International

Essa “nova economia” é caracterizada por condições macroeconômicas marcadamente melhoradas. Esta melhoria aparece principalmente em quatro áreas: a) gestão da administração pública, notadamente a fiscal; b) crescimento da produtividade; c) os investimentos em novos equipamentos e software; e) a reflexão sobre a relação do desemprego-inflação (curva de Phillips).¹¹ Isso tudo faz surgir semelhanças que recomendam que economias modernas são transformadas rapidamente em direção de um modelo de desenvolvimento com menos pressão inflacionária, baseadas na difusão generalizada das novas tecnologias.

Em conjunto com esses fenômenos macroeconômicos, há vários outros que estão a decorrer a nível micro. Um deles (seja na esfera pública ou na privada) é a mudança na composição da força de trabalho para ocupações com ensino superior e as habilidades em geral. Isto parece acontecer na administração, na produção dos bens e em serviços. Alguns estudos recentes também mostraram que a introdução da TIC acompanhada por mudanças drásticas nas estruturas de gestão e produção (públicas e privadas), tais como a descentralização de decisões importantes para o conforto social alteram o sistema de gestão, bem como a redução dos níveis de hierarquia administrativa. Tais mudanças tendem a aumentar a taxa de altas habilidades na força de trabalho.¹²

Nas economias desenvolvidas é relativamente aceito que o investimento nas TIC é uma parte cada vez mais importante da atividade econômica. Os desafios para a política econômica são: 1) ser capaz de ver o que está acontecendo através da coleta e construção de dados estatísticos relevantes, 2) do alcance de conclu-

Development, 14 (1): 1–11, acessível online: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/>, acesso em 22.07.2012.

¹¹ Uma suposta relação inversa entre o nível de desemprego e a taxa de inflação. Contudo, grande parte dos economistas advertem que a relação linear entre desemprego e inflação postulada pela curva de Phillips não se sustenta (cf. Coibion, Olivier, Yuriy Gorodnichenko, and Johannes Wieland (2012), “The Optimal Inflation Rate in New Keynesian Models: Should Central Banks Raise Their Inflation Targets in Light of the ZLB?” *Review of Economic Studies*, 79, 1371–1406).

¹² Cf., Arvanitis, Spyros; Loukis, Euripidis N.; Diamantopoulou, Vasiliki (2013): “Are ICT, workplace organization and human capital relevant for innovation? A comparative study based on Swiss and Greek micro data, KOF Working Papers, KOF Swiss Economic Institute, ETH Zurich, No. 333, <http://dx.doi.org/10.3929/ethz-a-007632303>. Disponível ainda: <http://hdl.handle.net/10419/80827> (acesso 21.4.2014); também, Badescu, M., & Garcés-Ayerbe, C. (2009): “The impact of information technologies on firm productivity: Empirical evidence from Spain”, *Technovation*, vol. 22, n° 2, pp. 122–129, disponível em <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166497208000862> (acesso em 21.4.2013); ainda, Bresnahan, T.F., Brynjolfsson, E., & Hitt, L.M. (2002): “Information technology, workplace organization and the demand for skilled labor: A firm-level evidence”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, n° 1, pp. 339–376, disponível em: <http://qje.oxfordjournals.org/content/117/1/339.full.pdf+html> (acesso em 21.4.2014).

sões causais através da análise econômica e 3) da proposição e implementação de políticas adequadas que resultarão no máximo crescimento e prosperidade. Para a realização bem sucedida desses três objetivos existem certos requisitos estatísticos, assim como algumas ferramentas metodológicas. É preciso reconhecer e considerar que novas condições econômicas criaram sérios desafios para os operadores da política econômica e do direito. Disso decorrem algumas perguntas:

(a) Política monetária: Nós vivemos em uma nova era de crescimento de alta e baixa inflação? A clássica curva Phillips tem relevância?

(b) Política fiscal: Como a inflação exagerada devido a essa mudança de qualidade em equipamentos de TIC não é totalmente refletida nos índices de preços, bem como por causa do viés de substituição no índice de preços de bens de consumo? Quanto são os gastos públicos sobrecarregados por tais erros de medição através dos benefícios sociais?

(c) Política de desenvolvimento: Qual é o papel do quadro regulamentar para a difusão das TIC? Como tornar o Estado mais eficiente? Como pode melhorar a competitividade das empresas? Quais deverão ser os incentivos para as empresas e as famílias para redes de acesso (a fim de explorar redes de economias externas)? Como deve ser promovido o investimento no conhecimento e na inovação? Quais as falhas de mercado que precisam ser abordadas?

(d) Política educacional: Como enfrentar a luta contra o analfabetismo digital, mediante de cursos de aprendizagem circular ao longo da vida, ou maior foco em currículos inovadores? Que habilidades e profissões são complementares às novas tecnologias e, se não houver demanda em excesso, como deve ser promovido o treinamento da força de trabalho?

O desafio para os operadores da política econômica e do direito é encontrar as respostas corretas para tais perguntas e muitas outras. A análise não deve ser limitada apenas ao monitoramento das tendências em TIC, mas, pelo contrário, deve ser ampla, de modo a incluir outros fatores importantes atuando simultaneamente: aumento da globalização e das poderosas forças da concorrência no mercado de bens e serviços, da situação econômica global favorável ou desfavorável, e eficaz política econômica apoiada por eficientes instrumentos normativos do Direito e bem ajustada Jurisdição (nacional e internacional).

Muitas pesquisas e estudos analíticos têm demonstrado que o investimento acelerado em TIC é o responsável pelo fenomenal aumento da taxa de crescimento e produtividade, todavia, não se deve supor que esse fenômeno é devido a um aumento exógeno na inovação e das oportunidades produtivas da indústria da TIC.

Uma grande parte desta inovação se dá porque conta com elevados investimentos financeiros, outra, por forte concorrência sob menos regulados e mais abertos mercados internacionais, o que permite o ingresso de empreendedores com ideias inovadoras e premia os governos e as empresas mais eficazes.¹³

Nesse contexto é que se estabelece a demanda por inovações de TIC, ao mesmo tempo levando a inovações na utilização destas novas tecnologias. Sendo assim, a razão política e o instrumental jurídico-normativo não devem limitar-se por condições adequadas de gestação no sector das TIC, mas de toda a economia no contexto da concorrência e correção de quaisquer falhas de mercado, e aí sim pode e deve intervir lembrando que a intervenção também resulta – quando positiva – no financiamento da pesquisa através compartilhamento econômico (*venture-capital*), o leva a mais inovações.

Embora tenha havido vários estudos que oferecem várias respostas, talvez o mais realista, nada obstante já transcorrida mais de uma década, é o estudo da OCDE, que resultou em várias propostas (OECD 2001).¹⁴ A menção abaixo bem identifica essa afirmação, embora devamos salientar que se há de levar em conta que ainda se verifica um grande grau de incerteza em nossa compreensão dos fenômenos relacionados:

Para facilitar a difusão das TIC, aumentando a competição em telecomunicações e tecnologias de informação é necessário facilitar a aquisição de competências adequadas e o desenvolvimento da interação com o público e cidadão.

Devem ser alocados incentivos para a criação de empresas, públicas e privadas, com a alocação de recursos para financiamento de risco (*venture-capital*) e a redução dos entraves burocráticos para abrir e gerir um negócio.

Indispensável a promoção da inovação com fundos públicos mais (e mais eficientemente utilizados) direcionado para pesquisadores (R&D) e em particular para a pesquisa básica, bem como para facilitar o fluxo do conhecimento da pesquisa para a área de negócio.

Acelerar o investimento em capital humano e o potencial de fortalecimento da educação (dentro e fora da escola), a modernização do setor educacional, o

¹³ No propósito, confira-se o bem lançado, The Global Information Technology Report 2013 - Growth and Jobs in a Hyperconnected World, Beñat Bilbao-Osorio, Soumitra Dutta, and Bruno Lanvin, Editors, publicação do World Economic Forum's Global Competitiveness and Benchmarking Network and the Industry Partnership Programme for Information and Communication Technologies, disponível em, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GITR_Report_2013.pdf (acesso 21.4.2014).

¹⁴ Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/growth/2380634.pdf> (acesso 22.12.2011).

desenvolvimento de relações mais estreitas entre a escola e o mercado de trabalho e ajuste do mercado de trabalho para mudanças rápidas da forma e natureza do trabalho.

O reforço do quadro socioeconômico e ambiental geral com a criação de estabilidade macroeconômica, a abertura do comércio internacional às instituições e mercados e em permanente resposta às mudanças na distribuição de renda.¹⁵

A difusão das TIC na economia, no âmbito governamental e na iniciativa privada, acompanha a tendência de crescimento do emprego nas indústrias de alta tecnologia-intensiva em comparação com os setores mais tradicionais, fato que é de capital importância para a elaboração dos instrumentos políticos e jurídicos indispensáveis na concretização de direitos sociais, especialmente na área do direito do trabalho, da saúde e da educação.

Economias modernas, transformadoras e dinamicamente estruturadas em novas tecnologias, têm maior oportunidade de produzir recursos humanos (qualificados) e financeiros (adequados) habilitadores de políticas públicas de natureza social mais eficientes. Outro fenômeno muito importante é que o investimento em TIC, leva a uma alta demanda de trabalhadores treinados com habilidades especiais na produção de conhecimento e assimilação, o que representa uma importante direção para os investimentos públicos em educação, saúde, trabalho e outros temas de conforto social. Os empregos perdidos em setores da economia (como a agricultura) são substituídos por outros de maior amplitude e habilidades. Note-se que o aumento líquido de emprego é maior em países que investiram na disseminação das TIC e desenvolvimento do capital humano. Um efeito colateral é que os salários relativos dos trabalhadores altamente qualificados têm crescido.¹⁶

Existem desafios para entender como a introdução de novas tecnologias influencia as políticas públicas de natureza social e o modo de fazer negócios, e como eles mudam a demanda relativa de trabalhadores com qualificações elevadas. As questões que nos interessam são: (a) como se alterou a estrutura de competências em nível de recursos humanos; (b) como a distribuição destas competên-

¹⁵ Idem, *ibidem* (nota 16).

¹⁶ Cf., Anna Sabadash. ICT Employment Statistics in Europe: Measurement Methodology. European Commission. Joint Research Centre. Institute for Prospective Technological Studies (2013), disponível online em: <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC84122.pdf> (acesso em 21.3.2014). Também, CrowdEmploy Crowdsourcing Case Studies: An Empirical Investigation into the Impact of Crowdsourcing on Employability. European Commission. Joint Research Centre. Institute for Prospective Technological Studies (2013), disponível em: <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC85751.pdf> (acesso em 21.3.2014).

cias foi percebida pelos governos e pela iniciativa privada; (c) qual o resultado do aumento, em médias, das habilidades da força de trabalho e, (d) porque as novas tecnologias “requerem” trabalhadores com expertise, bem como, quais recursos de TIC são responsáveis por essas alterações da demanda em capital humano.

Para encontrar respostas para essas e outras interrogações são necessários dados detalhados, coletados, organizados e disseminados pelo Estado e pela iniciativa privada, relativamente a análise do emprego por habilidade e educação, juntamente com os dados sobre a produção, existência de capital fixo, consumo de materiais intermediários, TIC e outros. Ainda mais importante é a existência de dados de todas as transações públicas e privadas para estudar esses fenômenos ao nível microeconômico.

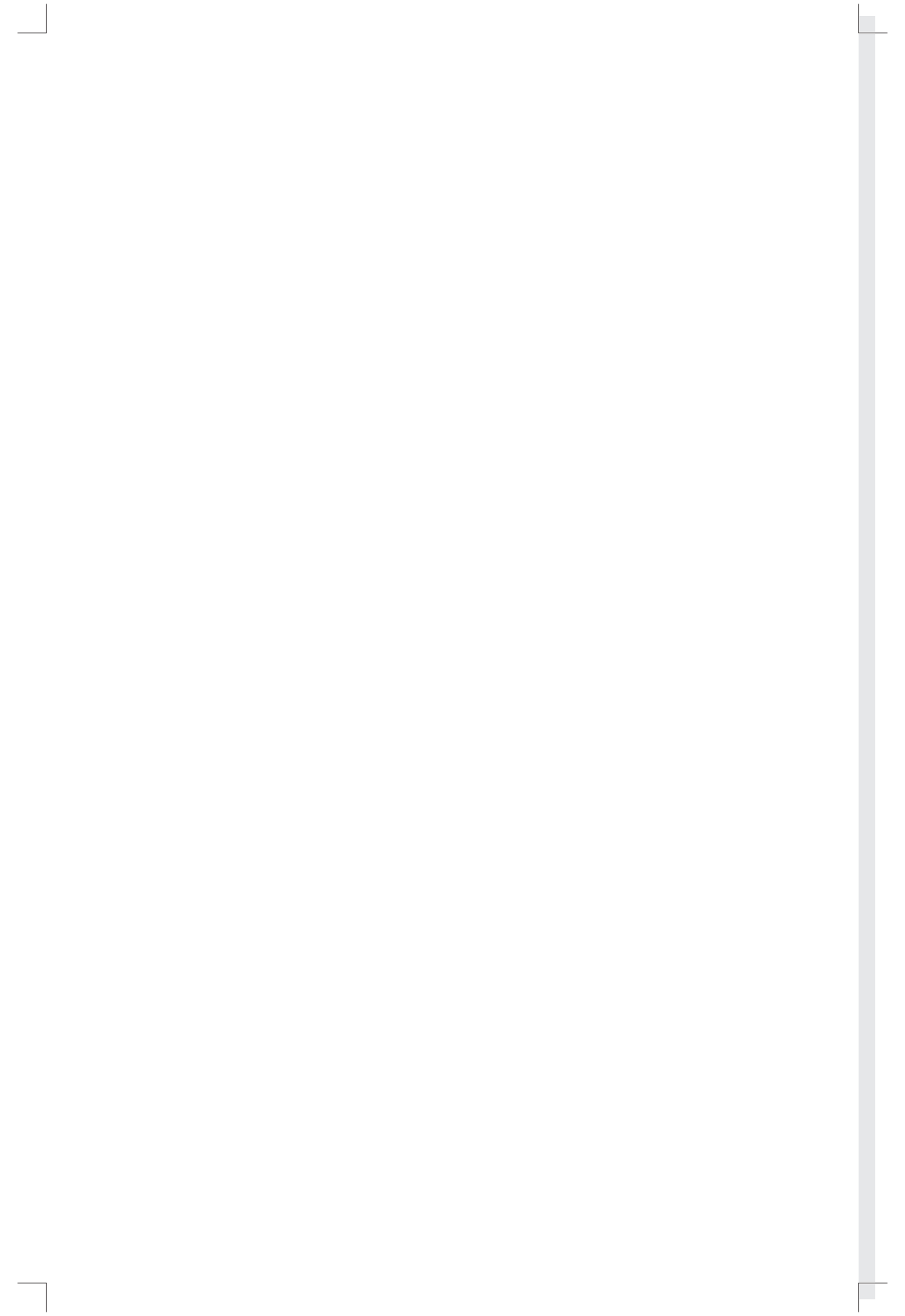
Uma grande parte dos estudos sobre estas questões mostrou que o emprego de trabalhadores com qualificações elevadas não é suficiente para mais eficiente e produtivo uso da TIC, também é necessária a reorganização das diferentes modalidades de trabalho. Estes estudos têm demonstrado que investir em TIC aumenta produtividade, na administração pública e na privada que introduzem diferentes formas de fortalecimento do papel do trabalhador no processo produtivo, tais como através da maior participação nas decisões, menores níveis de hierarquia administrativa, bem como a ênfase no trabalho em grupo, em vez da nota de individualidade.¹⁷

Governos e empresas que investem em TIC efetivamente introduzem inovações no processo de produção de bens e serviços. Ademais, são estimuladas outras inovações, que incluem novos procedimentos para a formatação e gestão de contratos públicos e privados em rede, fiscalidade online, e-governo, e-social, transações eletrônicas de *business-to-business*, e assim por diante.

Que o Direito e a dogmática dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, muito terão a fazer nesse domínio, resulta evidente. Que para dar conta de modo razoavelmente satisfatório dos desafios postos o próprio Direito e a dogmática dos Direitos Fundamentais (aqui com destaque para os direitos sociais), assim como as estratégias para sua efetivação, terão de passar por um processo de reinvenção e inovação constante igualmente nos parece um dado que

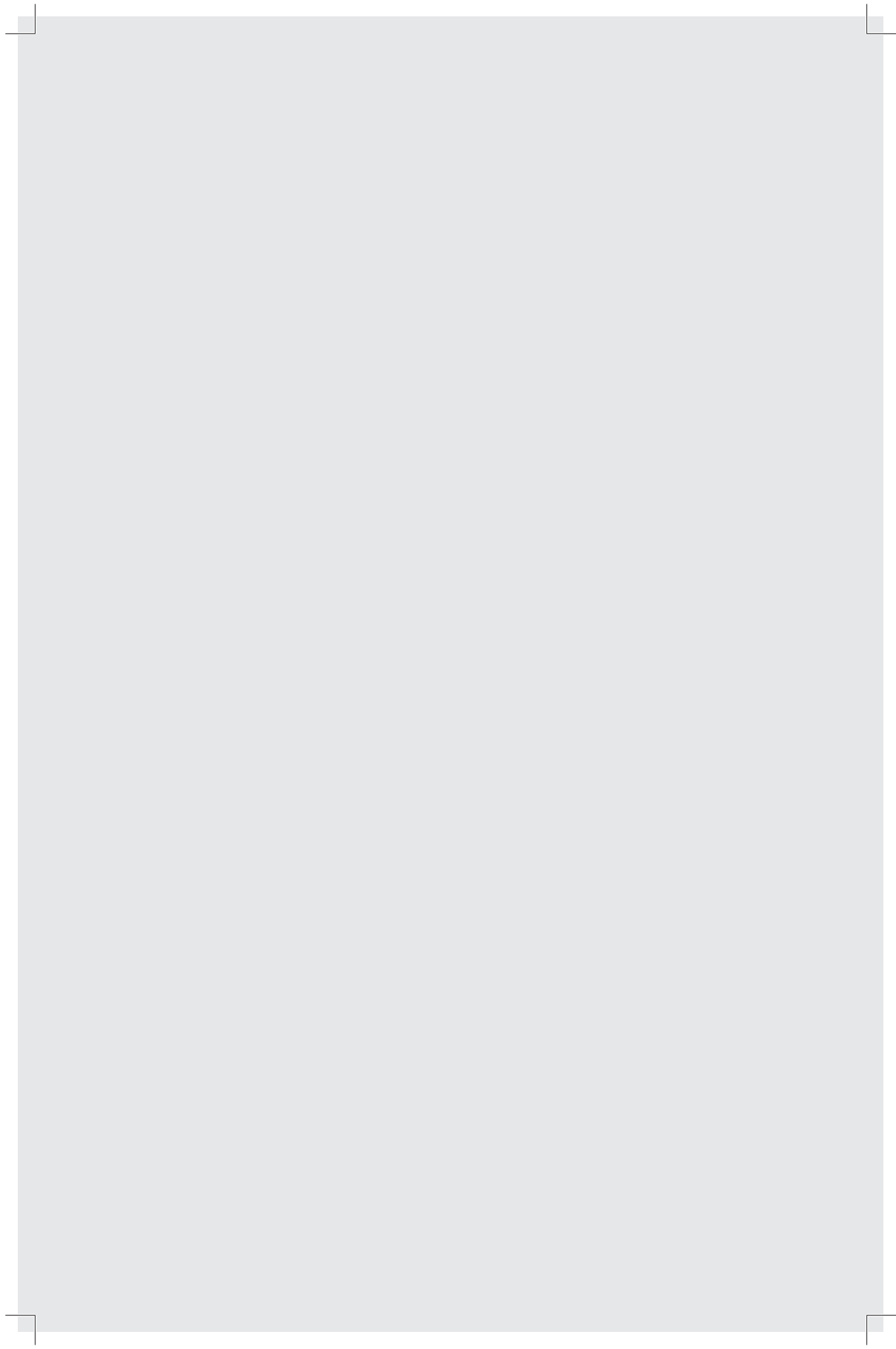
¹⁷ Cf., Nagy K. Hanna. Why National Strategies are needed for ICT-enabled Development. Disponível em http://wsispapers.choike.org/national_strategies.pdf (acesso 24.2.2011). Também, H. S. Hassan, E. Shehab, and J. Peppard, “Recent advances in e-service in the public sector: State-of-the-art and future trends,” *Business Process Management Journal*, vol. 17, no. 3, pp. 526-545, 2011, disponível em: <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1931092> (acesso em 3.3.2012).

não mais pode ser escamoteado e que reclama imediato e intenso investimento, inclusive abarcando políticas de ações afirmativas no que diz com o acesso às novas tecnologias e a capacitação para o seu manejo, pena de aprofundar-se a desigualdade e restar minada cada vez mais a própria cidadania e democracia. . Se com as considerações precedentes logramos apontar alguns dos aspectos relevantes do problema e indicar alguns desafios o presente texto já terá valido a pena.



TERCERA PARTE

Los derechos del Estado Social en serio

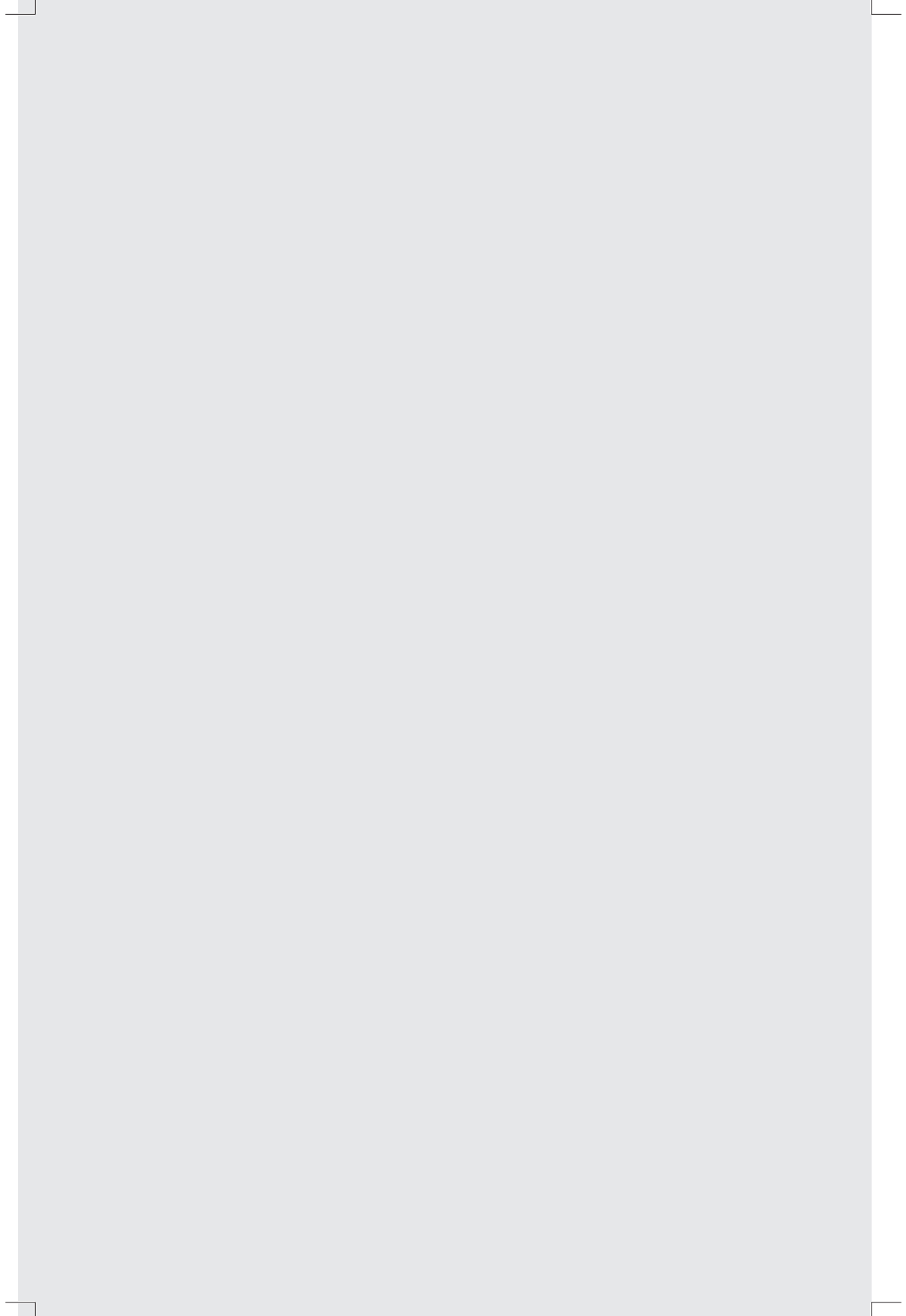


Justicia distributiva y Estado social.
¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?

Juan Antonio García Amado

SUMARIO

1. Presupuestos y exigencias del Estado social.
2. El Estado social no exige la igualdad económica y la igualdad económica no implica el carácter social del Estado.
3. Justicia distributiva e igualdad.
4. Sobre el significado de los derechos sociales y el Estado social.
5. Qué teoría de la justicia distributiva presupone el Estado social o con cuáles es compatible.
 - 5.1. Teorías libertaristas y Estado social.
 - 5.2. Justicia social pautada y Estado social.
 - 5.3. Igualitarismo y Estado social.
 - 5.3.1. Igualitarismo radical y Estado social.
 - 5.3.2. Igualitarismo condicionado y Estado social.
 - 5.3.3. Igualitarismo de la suerte y Estado social.
 - 5.3.4. Justicia como igualdad de oportunidades y Estado social.
 - 5.4. Teorías del bienestar mínimo y Estado social.
 - 5.5. Sobre exigibilidad y garantía de los derechos sociales.



I. PRESUPUESTOS Y EXIGENCIAS DEL ESTADO SOCIAL

Las nociones de Estado social y de derechos sociales tienen bastante que ver con la cuestión filosófico-política de la igualdad entre los ciudadanos. En su primera configuración histórica, como Estado absoluto, el Estado moderno se legitima por su capacidad para imponer la paz entre sus súbditos. Ulteriormente, el Estado liberal de Derechos tiene una fuente de legitimación adicional, consistente en el mantenimiento de la libertad personal, política y económica de los ciudadanos, libertad que se ve como íntimamente unida a la propiedad. El Estado social de Derecho, presuponiendo esas bases anteriores de legitimación del poder estatal, asume un compromiso más, que lo legitima también, el compromiso de que todos los ciudadanos tengan acceso a determinados bienes que dan satisfacción a necesidades cruciales de los individuos, bienes como sanidad, vivienda y educación, entre otros.¹ Este compromiso inmanente al Estado social tiene unas cuantas implicaciones muy relevantes:

— El Estado asume algún tipo de responsabilidad sobre la prestación de determinados servicios públicos, aquellos necesarios para que los derechos sociales sean satisfechos,² al menos en el grado que se estime como mínimamente exigido por esa cláusula de «social» que al Estado califica.

¹ Podemos asumir las palabras de Carlos Santiago Nino: «las necesidades cuyo reconocimiento es relevante analizar son las categóricas o absolutas, o sea, aquellas que están supeditadas a fines que no dependen de los deseos o preferencias de los agentes. Dado que el valor básico de una concepción liberal de la sociedad es la autonomía personal, esas necesidades deberían identificarse como estados de cosas que son prerequisites de esa autonomía» (Carlos Santiago Nino, «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa*, 7, 1990, p. 22).

² Sobre la relación entre Estado social, derechos sociales y servicios públicos, véase, por ejemplo, Santiago Muñoz Machado, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998, en particular pp. 107ss.

— El Estado carga con unos costes económicos derivados de la prestación de tales servicios, en particular de la prestación de los mismos a aquellos ciudadanos que no tengan medios económicos propios con los que pagarlos. No va en el concepto de Estado social ni en el de derechos sociales que servicios públicos como los de sanidad o educación deban ser gratuitos para todos los ciudadanos, pero sí el que todos los ciudadanos han de poder acceder a las correspondientes prestaciones, para que no se vean frustrados sus correspondientes derechos.

— Tales costes fuerzan al Estado a incrementar su actividad recaudadora, fundamentalmente por vía de impuestos, mediante la pertinente política fiscal. Ya no se trata meramente de que deba el Estado nutrirse de dineros con los que pagar la seguridad pública y los costes de un sistema jurídico-burocrático, político y de administración de Justicia. Ahora también se necesitarán recursos para, por ejemplo, construir escuelas y hospitales y abonar el salario de profesores de la enseñanza pública y médicos de la sanidad pública.

— Por pura «lógica» operativa, el Estado social está comprometido, por tanto, con una cierta política redistributiva de la riqueza entre sus ciudadanos, ya que no tendría sentido ni viabilidad que tratara de extraer aquellos recursos económicos necesarios para prestar los esos servicios de los mismos ciudadanos a los que, sin coste o con costes bajos, se deben prestar dichos servicios y no tienen capacidad para pagarlos.

En consecuencia, la relación entre Estado social y derechos sociales, por un lado, e igualdad y desigualdad económica, por otro, se hace patente. Por definición, un Estado social no es realmente tal o como tal fracasa cuando la gran riqueza de algunos se da al mismo tiempo que una falta de satisfacción mínima razonable de los derechos sociales más básicos de otros ciudadanos.

Veamos lo anterior con un ejemplo. Imaginemos un Estado que constitucionalmente se defina y deba funcionar como Estado social y en el que los derechos sociales más básicos estén formalmente garantizados en la Constitución; entre ellos, el derecho a la sanidad y el derecho a la educación. Imaginemos que son diez millones los habitantes de ese Estado y que, de esos, un quinientos mil viven en la absoluta pobreza y sin acceso ni a un sistema sanitario mínimamente aceptable ni a la enseñanza para niños y adolescentes. Sin embargo, cien mil personas de ese Estado tienen una grandísima fortuna. Los que quedan, nueve millones cuatrocientos mil, están un poco por encima del nivel de pobreza y pueden pagarse a duras penas una mínima sanidad y una básica educación. E imaginemos también que con el treinta por ciento de esas grandes fortunas alcanzara para garantizar un cierto nivel digno de educación y sanidad para todos. Si tal Estado no presta

esos servicios, teniendo la posibilidad de hacerlo mediante de una política fiscal que detraiga ese treinta por ciento de riqueza de los más pudientes y de unas políticas públicas de eficaz gestión de los servicios, ese Estado no podrá calificarse de Estado social en modo alguno.

2. EL ESTADO SOCIAL NO EXIGE LA IGUALDAD ECONÓMICA Y LA IGUALDAD ECONÓMICA NO IMPLICA EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO

Lo que acabo de decir no supone de ninguna manera que el Estado social requiera políticas de igualación económica como objetivo en sí o porque la igualdad económica sea en sí misma un valor o un bien que tenga que alcanzarse en tal Estado. Un Estado no es más Estado social si la desigualdad económica entre sus ciudadanos es menor, y el ideal del Estado social no se consumiría, sin más, allí donde la igualdad económica fuera plena. Veámoslo con unos ejemplos y diferentes escenarios.

Supóngase que el nivel de riqueza de cada ciudadano se representa en una escala de 0 a 10, y aceptemos también aquí que el grado de satisfacción de los derechos sociales está en perfecta correspondencia con las cifras de esa misma escala para cada ciudadano. Es decir, asumamos que un ciudadano con un nivel de riqueza de 2 tiene un grado 2 de satisfacción de sus derechos sociales, y que uno con riqueza 7 tiene sus derechos sociales satisfechos en grado 7. Acéptese también que el umbral de pobreza está por debajo de 2. Con un nivel de 5 se vive con holgura y pudiendo cada uno satisfacer por sí mismo y con calidad sus necesidades básicas. Un nivel de 10 equivale a altísima riqueza, algo así como lo que en la España de ahora mismo sería tener un patrimonio de unos mil millones de euros y unas rentas anuales por encima de los cinco millones de euros

Ahora comparemos dos estados, E^1 y E^2 , cuyas magnitudes aquí son las siguientes:

- E^1 : El 10% de la población está en 2 y el 25% está en 3 y el 65%, en 4.
- E^2 : El 10% de la población está en 5, el 65% en 6 y el 35%, entre 8 y 10.

En E^2 hay una mayor desigualdad, pues, en esa escala de diez, la diferencia entre los que tienen menos y los que tienen más es de entre 3 y 5 puntos, mientras que en E^1 esa diferencia es de 2 puntos. Pero si entendemos que un Estado cumple tanto más con su condición de Estado social cuanto más alto es en él el grado de satisfacción de los derechos sociales de sus ciudadanos, E^2 es un mayor o mejor Estado social que E^1 . Para no verlo así no tendríamos que hacer depender el grado en

que un Estado es social del nivel absoluto de satisfacción de los derechos sociales, diciendo que hay más Estado social cuanto mejor realizados están esos derechos en la población, sino de un nivel comparativo. En este caso, estimaríamos que hay más Estado social donde hay mayor igualdad económica aunque sea a costa de una menor satisfacción de los derechos sociales.

3. JUSTICIA DISTRIBUTIVA E IGUALDAD

Podríamos, sin embargo, preguntarnos si es más justo E^1 o E^2 . En la filosofía política contemporánea las teorías de la justicia social o justicia en la distribución que compiten son básicamente de tres tipos:

(i) *Teorías libertaristas*. Así se conocen habitualmente, aunque tal vez sería más preciso denominarlas *teorías de la justa adquisición o de titularidad*. Un ejemplo bien claro lo ofrece la doctrina de Robert Nozick.³ Lo justo es que cada cual tenga en plenitud lo que adquirió legítimamente, bien sea porque lo tomó cuando no era de nadie, bien sea porque le fue libremente transferido por quien era su titular. Contrario a la justicia social, para una teoría así, es la exacción coactiva de los bienes a quien es su titular legítimo y sea cual sea la razón con que esa exacción quiera justificarse. Bajo tal punto de vista, no es admisible ninguna política fiscal del Estado con propósitos redistributivos de la riqueza o de financiación de servicios sociales brindados por los poderes públicos a los que no puedan pagárselos.

(ii) *Teorías de justicia pautada*. Según este tipo de doctrinas, la justicia social imperará cuando en los repartos se respete cierta pauta. La estructura es del tipo «a cada cual según su x », pudiendo x ser cosas tales como el trabajo, el rendimiento o el mérito, entre otras. La pauta más común es la del mérito, de modo que esas teorías meritocráticas de la justicia se estructuran según el patrón de a cada cual según su mérito. Eso que a cada uno se ha de dar según su x (mérito, trabajo, rendimiento..., según los casos) son aquellos bienes cuya distribución social importe, a efectos, precisamente, de justicia social.

(iii) *Teorías igualitaristas*. Para el igualitarismo la norma básica de justicia social establece que nadie está legitimado para tener más que nadie de los bienes cuya distribución social importe a efectos de justicia social.

³ Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

Hablaremos en lo que sigue de «bienes que importen» para referirnos a aquello que, según la doctrina o autor de que se trate, constituya el objeto cuya posesión o disfrute debe igualarse en alguna medida. Unos autores hablan más concretamente de riqueza o de recursos, mientras que otros hacen referencia a aquello que se logra con la posesión de ese objeto primero del reparto, como bienestar o felicidad, por ejemplo. Para simplificar, repito que aquí usaré la expresión «bienes que importen» y que presupondré que, sean los que sean, tienen en última instancia un valor económico o son traducibles a valor dinerario.⁴

Dentro de esas corrientes que genéricamente se denominan igualitaristas, las divergencias y las discusiones son grandes. Podemos aquí, sucintamente y para lo que nos interesa en este trabajo, diferenciar las siguientes variantes del igualitarismo.

a) *Igualitarismo radical*. Sociedad justa es aquella en la que todos sus miembros tienen la misma cantidad de bienes que importen. Por tanto, habrá injusticia social cuando unos tengan más y otros tengan menos.

Una de las más serias objeciones al igualitarismo radical (y a algunas teorías igualitaristas no radicales) es la llamada objeción de la igualdad por abajo o *levelling down*.⁵ No puedo entrar en detalle en la exposición de ese debate,⁶ pero la idea es la siguiente: el igualitarista puro preferirá una sociedad más igual en la que todos tengan menos que una sociedad menos igualitaria en la que tengan más incluso los menos afortunados. Si en la sociedad A la distribución es entre 10 y 1000 y en la sociedad B, igualitaria, la distribución es para todos de 5, será preferible la B porque la igualdad en ella es plena. Como bien explica O. Page Depolo, siguiendo los pasos de Derek Parfit, que fue el forjador principal de esta objeción, «adherir al principio de igualdad estricta implica considerar como

⁴ Nada tiene de ver este igualitarismo al que aludo con ideas como las de que todos los humanos poseemos idéntica dignidad, igual valor moral, igual merecimiento de respeto, etc.

⁵ «The Levelling Down Objection is, perhaps, the most prevalent and powerfull anti-egalitarian argument, and it underlies the thinking of most non-egalitarian as well as many who think of themselves as egalitarians» (Larry Temkin, «Equality, Priority, and the Levelling Down Objection», en: Matthew Clayton, Andrew Villiams (eds.), *The Ideal of Equality*, London, New York, Macmillan, 2000, p. 126.

⁶ Una buena exposición del debate puede verse en Oscar Horta, «Igualitarismo, igualdad a la baja, antropocentrismo y valor de la vida», *Revista de Filosofía*, 35, 2010, pp. 133ss. Entre las muchas tentativas para superar la objeción del *levelling dawn* posiblemente merece especial consideración, por su pormenor y sutileza, la de Thomas Christiano y Will Braynen, «Inequality, Injustice and Levelling Dawn», *Ratio*, 21, 2008, pp. 392ss.

moralmente bueno quitarle recursos a alguien única y exclusivamente con el fin de igualarlo al resto, incluso en aquellos casos en los que tal operación no haga que nadie esté mejor»⁷

b) *Igualitarismo condicionado*. El representante bien conocido de la postura que así denomino es John Rawls.⁸ Sabido es que, además del principio de libertad, que establece que todos han de tener el grado mayor de libertades que sea posible en compatibilidad con el disfrute igual de esas libertades por todos, Rawls consagra el principio de igualdad. A tenor del principio rawlsiano de igualdad, las desigualdades en el reparto de los bienes que importen solamente serían admisibles si se dan dos condiciones: que las desiguales posiciones sean accesibles a todos bajo un régimen estricto de igualdad de oportunidades y que el que esté peor en la sociedad desigual de que se trate esté, pese a todo, mejor de lo que estaría en una sociedad perfectamente igualitaria. Ese es el conocidísimo y muy debatido principio de diferencia del que habla Rawls.

Vemos, pues, que, en Rawls, lo que podríamos llamar la sociedad justa por defecto es la sociedad igualitaria, ya que los repartos desiguales deben legitimarse acreditando que benefician más que la igualdad a los menos favorecidos. En una sociedad igualitaria, obviamente, nadie tendría menos que otro, mientras que en una sociedad desigual siempre habrá quien tenga más y quien tenga menos. Pues bien, para que la sociedad desigual sea aceptable habrá que hacer ver que el que en ella menos tenga tiene, sin embargo, en ella más de lo que tendría si fuera igualitaria esa sociedad.

Lo anterior fuerza a que, con los esquemas de Rawls, una sociedad desigual nada más que puede legitimarse como justa con una política fuertemente redistributiva, no solo para que las oportunidades sean las mismas para todos y cada uno de los ciudadanos, sino también para que la posición de ningún ciudadano caiga por debajo de cierto nivel de bienes, nivel que viene marcado por lo que ese ciudadano (y todos los demás, naturalmente) disfrutarían en si dicha sociedad fuera igualitaria.

El choque con las teorías de justa adquisición y con las de justicia pautada es inevitable. Para que los que estén peor en la sociedad desigual no queden más abajo de aquel límite deslegitimador del reparto será necesario transferirles bienes de otros, de los que se encuentren por encima (o muy por encima) de tal límite. Y

⁷ Olof Page Depolo, «Igualdad, suerte y responsabilidad», *Estudios Públicos*, 106, 2007, p. 159.

⁸ John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2.^a ed., 1995.

eso tendrá que ser así con total independencia de que esos otros, de los que tales bienes se detraen para su transferencia a los más pobres, los hubieran adquirido y los estuvieran utilizando con total y absoluta legitimidad y sin abuso ni nada que reprocharles. Y al margen también de que eso que tenía cada uno de quienes se ven privados en aras de la redistribución se correspondiera exactamente con alguna pauta de reparto que se considere en principio o adicionalmente apropiada, como su mérito, su rendimiento, su trabajo, etc. Recuérdese que, según Rawls, ninguno de nosotros propiamente merece los atributos con que nace y los talentos suyos que le permiten, por ejemplo, ser muy laborioso y concienzudo, o ser un gran inventor o un gran científico y obtener legítimamente grandes bienes. Puesto que no es mérito de cada uno venir al mundo con ciertos dones, a nadie se hace injusticia al socializar de algún modo los rendimientos que gracias a esos dones obtiene cada uno.

c) *Luck egalitarianism* o *igualitarismo de la suerte*. Hay acuerdo general en que la primera y formulación, todavía algo elemental, de este punto de vista fue obra de Dworkin.⁹ Después ha seguido una ingente bibliografía y un amplio debate.

El núcleo básico y común de esta teoría de la justicia social podría resumirse del siguiente modo. Las posibilidades que cada cual tiene de conseguir más o menos de los bienes que importan están condicionadas por o son dependientes de dos tipos de factores: hechos o circunstancias sobre cuyo acaecimiento y efectos el individuo no posee ningún control y sucesos o eventos dependientes de decisiones individuales, sometidos al dominio del individuo y cuyos riesgos el individuo con su acción asume. Ejemplos de lo primero pueden ser el nacer con una minusvalía física, el venir al mundo en un ambiente social que determine una gran desventaja, el sufrir un accidente sin culpa propia, el padecer los efectos de alguna catástrofe natural, etc. Ejemplo extremo de lo segundo se da cuando el sujeto decide jugarse sus bienes al bingo o la ruleta. Supuesto menos radical de lo mismo lo tenemos cuando alguien en lugar de aplicarse al estudio y a su formación para ejercer una profesión bien remunerada, prefiere abandonarse o darse a la pereza. Pues bien, para el igualitarismo de la suerte «importa cómo ocurren las desigualdades. Dicho brevemente, el igualitarismo de la suerte proclama que la desigualdad es mala o injusta si refleja diferencias derivadas de factores que se hallan fuera del control

⁹ Ronald Dworkin, «What is Equality? Part 1: Equality of Welfare», *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 185-246 y «What is Equality: Part 2: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 283-345. Estos dos trabajos fueron después recogidos en R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

o la elección de los que están peor. También afirma que la desigualdad no es mala o injusta si es el resultado de elecciones calculadas del individuo».¹⁰

Según esta doctrina del *luck egalitarianism*, las desventajas o desigualdades «competitivas», por así decir, que alguien padezca por su pura mala fortuna, por azares totalmente ajenos a su control y su responsabilidad, deben ser compensadas y, por supuesto, esa compensación o igualación será con bienes que se habrán de detraer de otros, independientemente de que estos otros los hubieran logrado legítimamente y los tuvieran con justo título. En cambio, aquellas desigualdades perjudiciales o peores condiciones que alguien tenga como efecto de la mala suerte habida en acciones que dependían de su control y habiendo él asumido los riesgos correspondientes no merecen compensación ninguna.

Parece, pues, que según el igualitarismo de la suerte cada persona ha de ser colocada inicialmente en una posición igual que todas las demás, lo que puede interpretarse como necesidad de igualar las oportunidades de todos.¹¹ Solo que las desigualdades que a partir de esa equiparación inicial se produzcan deberán corregirse si son puro resultado de la mala suerte como azar ajeno al control del sujeto, y no deberán ser corregidas si se deben a la mala suerte derivada de acciones debidas a la responsabilidad del mismo.

d) *Igualitarismo de las oportunidades*. Aquí se trata de que cada persona debe ser inicialmente dotada de los medios para competir con plena igualdad por los puestos sociales desiguales; es decir, por la desigualdad en la tenencia de los bienes que importen. Así, si, por ejemplo, un elemento que condiciona el éxito a la hora del futuro acceso al más alto grado de tenencia de esos bienes es un buen nivel educativo, el acceso a ese buen nivel de educación ha de proporcionarse por el Estado a todos aquellos que por sus propios medios no lo puedan conseguir. Pero, a partir de esa igualación en las posibilidades iniciales o en el punto de arranque, lo que cada cual consiga ya no dará pie a más compensaciones; o sea, ni habrá que compensar al que no sacó mejor partido a sus iguales oportunidades ni, para compensar a ese, se deberá detraer del que sí aprovechó mejor o fue más capaz de exprimir sus oportunidades. En otras palabras y más claramente: si parten todos de 20, que es el mínimo requerido para que cualquiera pueda llegar a 100, y luego unos tienen 99, otros se quedan

¹⁰ Iwao Hirose, *Egalitarianism*, London, New York, Routledge, 2015, p. 41. Similarmente, Kasper Lippert-Rasmussen, *Luck Egalitarianism*, London, etc., Bloomsbury, 2016, p. 4.

¹¹ Véase, entre muchos, Peter Vallentyne, «Brute Luck, Option Luck, and Equality of Initial Opportunities», *Ethics*, 112, 2002, pp. 529ss.

en 20 y otros bajan a 10, nada hay que igualar, salvo en lo referido a restaurar lo igual de las oportunidades para la generación siguiente. Y nada habrá que compensar no sólo si la mala situación de los que quedaron peor obedece a sus propias decisiones y acciones o eventos sometidos a su control, sino tampoco si es por la pura mala fortuna, *brute luck*.

Retornemos ahora a la comparación entre los estados E^1 y E^2 , recordando los datos con los que jugábamos en el ejemplo, que eran estos:

- E^1 : El 10% de la población está en 2 y el 25% está en 3 y el 65%, en 4.
- E^2 : El 10% de la población está en 5, el 65% en 6 y el 35%, entre 8 y 10.

Para el igualitarismo radical o igualitarismo puro, ambas sociedades son injustas, y, dentro de eso, es más injusta la más desigual, E^2 . Para el igualitarismo condicionado, del tipo del que establece el principio de diferencia de Rawls, es claro que es preferible¹² E^2 porque ahí están mejor los que menos tienen, pero de inmediato hay que aclarar que la comparación decisiva no es entre alternativas de sociedades con desigualdad, sino entre la sociedad desigual en la que estén mejor los que menos tengan y la igualdad en esa misma sociedad. Es decir, puesto que en E^2 los que menos tienen están en 5, habría injusticia en E^2 si cupiera una distribución igualitaria en esa sociedad y resultara que cada uno tuviera, con tal organización igualitaria, 6 o más.

Pero véase el siguiente matiz muy importante. Hemos dicho que en E^2 el 10% de los ciudadanos tienen 5 y el 65% tiene 6 y que el 35% tienen entre 8 y 10. Si igualamos a todos en 6, esa sociedad, para Rawls, sería más justa que la de E^2 , pero habría una pérdida neta de bienes que importan o del bienestar que brindan.

Veámoslo con un supuesto más sencillo, que podemos llamar el de $E^{2'}$. En $E^{2'}$ hay un millón de ciudadanos. De ellos, mil tienen 3 y 999.000 tienen 9. Si, en igualdad, resultara que todos y cada uno tuvieran 4, esa sociedad sería preferible, por más justa, para Rawls. Pero habría mil que habrían pasado de 3 a 4 y 999.000 que habrían perdido 5. De donde resulta que:

$1000 \times 1 = 1000$: esa es la ganancia total con la igualdad.

$999.000 \times 5 = 4.995.000$: esa es la pérdida total con la igualdad.

¹² Supuesto también, en el caso de Rawls, que a las posiciones desiguales se pueda acceder bajo condiciones de igualdad de oportunidades.

Si miramos promedios, el promedio de bienes que importan que tiene esa sociedad con la distribución desigual con la que estamos jugando es la siguiente:

$$1.000 \times 3 + 999.000 \times 9 = 8.994.000.$$

$$8.994.000 : 1.000.000 = 8,994$$

En cambio, el promedio con una división igualitaria que diera a todos 4 estaría en 4, evidentemente. La pérdida total en el promedio de bienes sería de 4,994.

(iv) *Teorías del bienestar mínimo o «suficientistas»*

Se alude en este apartado a las teorías de la justicia social que no calificamos como igualitaristas porque no tienen carácter relacional. Quiere con eso decirse que a estas doctrinas no atienden a que haya diferencia mayor o menor entre unos que tienen más y otros que tienen menos de los bienes que importan, sino que solamente se preocupan de que no esté por debajo de un cierto mínimo los que tengan menos de los bienes que importan. Llamemos M a ese mínimo imprescindible de los bienes que importan. Puede incluso suceder, bajo este punto de vista, que una sociedad que fuera plenamente igualitaria y en la que todos tuvieran, por igual, una cantidad de bienes que importan inferior a M, resultara una sociedad radicalmente injusta debido a que el mínimo marcado por M por nadie es alcanzado. Cuantas más personas se encuentren por debajo de ese umbral, más injusta será esa sociedad.

En el debate americano, las teorías que más claramente se agrupan en este apartado son las que reciben el nombre de suficientismo (*sufficientarianism*) o teorías suficientistas. El principio que está en la base de esta teoría y que se puede llamar *principio de suficiencia*, es presentado por uno de sus defensores más destacados, Robert Huseby, en los siguientes términos: «es en sí mismo malo que una persona no tenga un nivel suficiente de bienestar. Es peor cuanto más lejos está una persona de un suficiente nivel de bienestar (y especialmente malo si las necesidades básicas de la persona no están satisfechas), y es peor cuantas más sean las personas que no tienen suficiente nivel de bienestar».¹³

¹³ Peter Huseby, «Sufficiency: Restated and Defended», *The Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, p. 180. Otra definición del «Sufficiency Principle» es la que proporciona Roger Crisp, que junto con Harry Frankfurt es seguramente el más sobresaliente expositor del suficientismo: «compassion for any being B is appropriate up to the point at which B has a level of welfare such that B can live a life which is sufficiently good» (Roger Crisp, «Equality, Priority, and Compassion», *Ethics*, 113, 2003, p. 762).

Naturalmente, la dificultad grande consiste en delimitar ese mínimo o señalar qué tipo de bienes en concreto se deben disfrutar, y en qué grado o medida, para que ese mínimo determinante sea satisfecho. De momento no voy a entrar en esas precisiones o en el análisis de las propuestas que al respecto se han hecho, y nos quedaremos con lo que de intuitivamente hay de comprensible en estos planteamientos. O, dicho de otra forma, si bien no es fácil señalar exactamente qué cantidad de cada bien determinante se ha de poseer por cada cual para sobrepasar el umbral de referencia, sí parece más sencillo ponerse de acuerdo en que la carencia completa o muy fuerte de cosas tales como alimentación, vivienda, educación o sanidad implica un tal grado de privación, que podemos comprender que, en tales casos, ni con mucho se satisface ese umbral mínimo de lo que se puede considerar una vida digna.

No escasean los autores que han explicado lo mismo resaltando que se trata de que cada ciudadano tenga aceptablemente satisfechas sus necesidades básicas, de forma que pueda organizar su existencia y vivir su vida como ser realmente autónomo y dueño en buena parte de sus decisiones y su destino.¹⁴ Como explica George Sher en un libro reciente, se trata de que a cada persona se le dé la posibilidad de vivir efectivamente su propia vida.¹⁵ Eso no se consigue eliminando mediante compensaciones todas las consecuencias negativas resultantes de circunstancias azarosas de las que el sujeto no es responsable (dotación genética, ausencia innata de tal o cual talento, accidentes o catástrofes naturales que afectan al individuo...), sino simplemente brindando a cada uno los medios que le permitan ser dueño de sí mismo y no estar a merced de cosas tales como la falta de alimento, la ausencia de educación o la enfermedad.¹⁶ Como el propio Sher subraya, ese planteamiento es compatible con la existencia de desigualdades sociales. No sólo con las que son efecto de las elecciones responsables de los sujetos, sino también de las que provienen de circunstancias sobre las que el individuo no tiene control y que los *luck egalitarians* dicen que habría que corregir. Como este autor indica, el criterio que debe regir la distribución no es el de la igualdad, sino

¹⁴ Vid., por ejemplo, George Sher, *Equality for Inegalitarians*, Cambridge University Press, 2014, pp. 103-105, 132.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶ «... hay ciertos niveles de riqueza y oportunidad que una persona debe tener a fin de que pueda vivir *algún* tipo de vida efectivamente. Esos niveles están determinados, en parte, por el hecho obvio de que aquellos que son desesperadamente pobres no pueden mirar más allá de sus necesidades inmediatas, no pueden razonablemente hacer y seguir planes a largo plazo y tienen pocas oportunidades para gobernar su propio destino» (*ibid.*, p. 12).

el de la suficiencia. «Tan pronto como cada uno tenga suficiente de cada bien, no necesitaremos reclamar igualdad en la distribución».¹⁷

Uno de los más claros representantes del «suficientismo» es Harry G. Frankfurt. En su reciente librito titulado *On Inequality*¹⁸ resume Frankfurt las ideas que al respecto venía defendiendo desde hace décadas.¹⁹ Lo que Frankfurt destaca es que la igualdad no tiene un valor moral intrínseco, no es, en sí y por sí, un valor con relevancia moral. «La igualdad económica no tiene, como tal, particular importancia moral. Por lo mismo, la desigualdad económica no es en sí misma moralmente objetable. Desde el punto de vista de la moralidad no es importante que cada uno tenga *lo mismo*. Lo que es moralmente importante es que cada uno tenga *suficiente*».²⁰ De ahí que a esta su doctrina, alternativa al igualitarismo, la llama Frankfurt «doctrina de la suficiencia».²¹

En lo que Frankfurt insiste es en que la igualdad, como igualdad económica, no tiene un valor *intrínseco*. Eso no quita para que la igualdad pueda ser un objetivo importante o que haya de perseguirse cuando tiene un valor *instrumental*; es decir, cuando la igualdad económica es un medio necesario, una «condición necesaria», para la realización de fines que sí tienen importancia en sí, valor intrínseco.²²

Me permitiré aquí un ejemplo de mi propia cosecha para ilustrar esta diferencia entre valor intrínseco y valor instrumental de la igualdad. Supongamos que Juan y Pedro tienen el mismo trabajo y han seguido una trayectoria vital similar. Sus recursos económicos también vienen siendo casi idénticos, hasta que un día a Pedro le toca un gran premio de la lotería. Ahora la riqueza de Pedro es cien veces mayor que la de Juan y, consiguientemente, podrá permitirse también un muy superior nivel de bienestar. Si la igualdad económica tiene un valor moral en sí, deberemos conceder que es sumamente inmoral o injusta esa diferencia de riqueza que ahora se ha creado entre los dos. Si hablamos de justicia social y la ligamos con los compromisos que legitiman al Estado, tendremos que decir también que el Estado debería hacer cuanto estuviera en su mano para reducir esa desigualdad y, a ser posible, conseguir que lo que los dos tengan vuelva a ser igual. Más aun, podría

¹⁷ Ibid., p. 13.

¹⁸ Princeton, Princeton University Press, 2015. Hay traducción al castellano: *Sobre la desigualdad*, Barcelona, Paidós, 2016, traducción de Antonio F. Rodríguez Esteban.

¹⁹ Harry G., Frankfurt, «Equality as a Moral Ideal», *Ethics*, 98, 1987, pp. 21-43; «Equality and Respect», *Social Research*, 64, 1997; «The Moral Irrelevance of Equality», *Public Affairs Quarterly*, 14, 2000, pp. 87-103.

²⁰ Harry G. Frankfurt, *On Inequality*, cit., p. 7.

²¹ Ibid., p. 7.

²² Ibid., p. 9, pp. 16-17, 68.

pensarse que el Estado no debería permitir loterías con premios importantes, ya que el efecto inmediato es el de que los más afortunados tengan mucho más que los otros, que la gran mayoría de sus conciudadanos.

Pero podemos también imaginar otros escenarios muy distintos. Pongamos que hay una sociedad en la que las mujeres padecen una muy fuerte discriminación social. Son discriminadas en lo económico, lo profesional, lo familiar, lo artístico, la vida ordinaria de relación, etc. Muy pocas mujeres, ahí, logran vencer tantas trabas y hacerse médicos o juristas o exponer sus obras de arte y publicar sus trabajos literarios o participar en la vida científica del país, etc. Es muy posible que, si se pretende terminar con tales discriminaciones, se concluya que una buena herramienta sería la de equiparar económicamente las mujeres a los hombres, hacer que su situación económica y el dinero del que pueda cada una disponer no esté por debajo del que disfrutaban los varones. Presuponiendo que ese fuera un medio apropiado para ir acabando con las discriminaciones sociales y las consiguientes opresiones a las que las mujeres se ven sometidas, tendríamos ahí que la igualdad económica entre mujeres y hombres tendría un valor instrumental. Allí donde socialmente hubiera entre damas y varones igualdad y ninguno oprimiera o marginara al otro, ninguna razón habría para sostener que deben una mujer cualquiera y un hombre cualquiera tener igualdad económica plena, del mismo modo que no hay razón para exigir igualdad económica plena entre rubios y morenos o entre gentes con los ojos azules o con los ojos marrones. Pero donde la igualdad económica entre unos y otras sea condición necesaria para evitar la opresión, la igualación en lo económico adquiere ese valor instrumental.

Volvamos al hilo de Frankfurt. Según Frankfurt, lo que hace que intuitivamente nos resulte ofensiva la desigualdad no es que unos posean menos dinero que otros, sino el hecho de que los que tienen menos tengan demasiado poco.²³ El problema no está en la diferencia cuantitativa, sino en la deficiencia cualitativa absoluta.²⁴ Cuando los que tienen menos tienen sin duda más que suficiente, no es moralmente rechazable que otros tengan mucho más.²⁵ «Aquellos que están considerablemente peor que otros pueden, sin embargo, estar muy bien».²⁶

Imaginemos nosotros un caso para ilustrar esto que se acaba de explicar. Pongamos que en la España de ahora mismo y con los costes que los bienes y servicios aquí ahora mismo tienen, por un milagro resultara que los más desfavorecidos

²³ Ibid., p. 41.

²⁴ Ibid., pp. 41-42.

²⁵ Ibid., p. 43.

²⁶ Ibid., p. 71.

de los que en este país viven obtuvieran unos ingresos anuales de cien mil euros y que, además, los servicios públicos esenciales, como educación y sanidad, estuvieran muy bien cubiertos por el Estado. Un diez por ciento de los españoles, los más pobres, ingresan esos cien mil euros anuales. El resto de la ciudadanía, de ahí hacia arriba. Hasta llegar al uno por ciento de los más ricos, cuyos ingresos al año superan los mil millones de euros. La desigualdad sería tremenda, pero, según lo que Frankfurt nos ha hecho ver, nada de inmoral hay en la misma, presuponiendo (añado yo) que cada uno, incluidos esos riquísimos, consiga sus ingresos de modo perfectamente legal y legítimo, con pleno respeto a las reglas de juego comunes y no siendo esas reglas objetables por tendenciosas o parciales.

Dice Frankfurt que, en sentido moralmente relevante, una persona no es pobre por tener menos que otra, sino porque no tiene lo suficiente.²⁷ E insiste en que «no hay conexión necesaria entre estar en la parte baja de la sociedad y ser pobre, en el sentido en que la pobreza es una barrera seria y moralmente objetable para tener una buena vida»²⁸

Como ya he indicado, el problema está en definir lo que sea esa suficiencia. Frankfurt considera que una persona tiene suficiente cuando es razonable que esté contento con no tener más de lo que tiene.²⁹ Apenas desarrolla este criterio, pero podemos pensar que la clave está en el elemento objetivo que se introduce al mencionar la «razonabilidad». Yo puedo tener una gran holgura económica y, sin embargo, sentirme desdichado porque mi riqueza es mucho menor que la de Amancio Ortega, Carlos Slim o Bill Gates, pero seguramente se me podría reprochar que no soy razonable y que, si miro lo que yo tengo y qué vida puedo vivir con ello, si dejo de buscar comparaciones con los más afortunados y si dejo de evitar comparaciones con los más desgraciados, captaré enseguida que me sobran motivos para sentirme bien satisfecho, ya que soy libre para manejar mi vida y elegir entre una multitud de opciones vitales importantes.³⁰

²⁷ Ibid., p. 45.

²⁸ Ibid., p. 70.

²⁹ Ibid., p. 48. Similarmente, Huseby propone que el mínimo nivel de bienestar viene dado por aquel con el que una persona está contenta, teniendo en cuenta que contenta no significa ausencia de todo deseo de tener más, sino «satisfacción con la calidad en general de su vida» (Robert Huseby, *Sufficiency: Restated and Defended*, cit., p. 181).

³⁰ En verdad Frankfurt no lo explica así y no aclara mucho su tesis. Dice: «Hay dos tipos de circunstancias en las la cantidad de dinero que una persona tiene es suficiente; es decir, en las que más dinero no le permitiría ser significativamente menos desdichado. Por un lado, puede suceder que una persona no sea en modo alguno desdichada: no padece ningún grado apreciable de angustia o insatisfacción con su vida. Por otro lado, puede suceder que aunque una persona sea

Así concluye Frankfurt: «Si una persona tiene recursos suficientes para proveer a la satisfacción de sus necesidades y sus intereses, sus recursos son completamente adecuados; su adecuación no depende adicionalmente de cuántos sean los recursos poseídos por otras personas».³¹

4. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL ESTADO SOCIAL

Como segunda parte, quisiera brevemente plantear cuál es la relación entre igualdad, por una parte, y Estado social y derechos sociales, por otra. Dicho de otra manera, lo que me pregunto es si el Estado social de Derecho, con el que nuestra Constitución compromete a España desde su artículo 1, y los derechos sociales, también constitucionalmente acogidos, ligan necesariamente a nuestro Estado con alguno de los mencionados modelos de justicia social y, más particularmente, con algún tipo de planteamiento igualitarista.

Los puntos de partida, bien conocidos, pueden ser sucintamente enumerados, por referencia a preceptos de nuestra Constitución.

— El art. 1.1 CE dice que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

— Art. 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

— Art. 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

— Art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

— Art. 27 CE: derecho a la educación.

— Art. 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado

infeliz por cómo su vida transcurre, el tener más dinero no le aliviaría los inconvenientes resultantes de su infelicidad», como pasa, por ejemplo, si alguien está enamorado y no es correspondido (Ibid, p. 50).

³¹ Ibid., p. 74.

en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». Art. 31.2 CE: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

— Art. 33.1 CE: «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia». 33.2: «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». 33.3: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

— Art. 35.1 CE: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

— Art. 37.1: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». 37.2: «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo...».

— Art. 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

— Art. 41 CE: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

— Art. 43.1: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud». Art. 43.2: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios...».

— Art. 47: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

— Art. 49 CE: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

— Art. 50 CE: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

No son todos los preceptos que podrían tener relación con nuestro tema, pero son los más relevantes al respecto.

Recordemos que hace un momento repasamos cuatro concepciones actuales de la justicia social o justicia distributiva, que eran la libertarista, la de justicia pautada, la igualitarista y la suficientista, y que dentro de las doctrinas igualitaristas diferenciamos entre igualitarismo radical, igualitarismo condicionado, igualitarismo de la suerte e igualitarismo de las oportunidades. Pues bien, lo que ahora quiero preguntarme es si el Estado social, tal como prototípicamente aparece pergeñado en la Constitución Española, está conceptual o pragmáticamente comprometido con alguna de esas concepciones de la justicia social o si, al menos, alguna de esas concepciones refleja los requisitos primigenios de un Estado social.

Hay que empezar por unas elementales precisiones. Llamaré aquí Estado social a aquel que por imperativo constitucional está abocado a la protección y realización de los derechos sociales, como derechos fundamentales y al margen del tipo de garantías que para los derechos sociales u otros tipos de derechos fundamentales se dispongan. Y al hablar de derechos sociales estaré aludiendo exclusivamente a aquellos que reúnen las siguientes características: a) sirven a la satisfacción de alguna necesidad individual de las que podemos considerar necesidades básicas; b) al menos en lo que a ciertos ciudadanos se refiere, su satisfacción requiere directamente alguna acción positiva del Estado, no una mera abstención o tolerancia; c) esa acción positiva requerida tiene unos costes económicos que el Estado debe asumir, razón por la que la satisfacción de tales derechos depende, entre otras cosas de la política fiscal y la capacidad recaudatoria del Estado.

No pretendo indicar que solamente tenga sentido denominar derechos sociales a los que encajen en ese cuadro, sino que nada más que puntualizo que aquí me voy a referir tan solo a los que tengan esos caracteres. Fueran quedan otros que la doctrina, con buenas razones, suele incluir entre los derechos sociales, como el derecho a la sindicación, el derecho de libertad sindical o el derecho a la huelga, o como el derecho al medio ambiente, por ejemplo.

5. QUÉ TEORÍA DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA PRESUPONE EL ESTADO SOCIAL O CON CUÁLES ES COMPATIBLE

Hechas esas precisiones conceptuales y tomada la Constitución Española como patrón ejemplificativo del diseño de un Estado social,³² pongamos en relación ese Estado social y las teorías de la justicia distributiva y veamos qué resulta.

5.1. *Teorías libertaristas y Estado social*

Las teorías libertaristas son incompatibles con el Estado social. Esto es bien sabido y no merece la pena extenderse en explicaciones de sobra conocidas. El Estado mínimo o ultramínimo que reclaman y que sería un Estado sin más política fiscal y recaudadora que la imprescindible para mantener, si acaso, un exiguo servicio público de seguridad para la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, es un Estado que por definición carecería de medios para financiar políticas públicas y servicios públicos que dieran satisfacción a derechos como el derecho a la educación, el derecho a la vivienda o el derecho a la sanidad.

5.2. *Justicia pautada y Estado social*

Cualquier teoría de las que he llamado de justicia pautada tiene un carácter en cierto sentido formal y una función que nada más que puede ser complementaria de otros esquemas de distribución de los que impone el Estado social, con sus derechos sociales. Explicaré esto y comenzaré con un ejemplo.

Si hablamos de fútbol y futbolistas y nos preguntamos cuál puede ser el sueldo adecuado para los futbolistas profesionales, podemos muy razonablemente proponer diversas pautas, como que cada uno cobre en proporción a los goles que meta, a los minutos que juegue durante el campeonato de liga, a su antigüedad en el equipo, a su edad, etc. Para fijar los sueldos, pautas así podrían también combinarse. Pero, sea como sea, lo que esos patrones no resuelven son cuestiones como la de cuántas deben ser las vacaciones anuales de los futbolistas, cuáles sus horarios máximos de entrenamiento o qué tipo de seguro de salud hayan de tener.

Muy similarmente, tiene perfecto sentido que opinemos que, en términos generales, el nivel de riqueza o de bienestar de los ciudadanos debería ser proporcional a cosas tales como su trabajo y esfuerzo, su aportación a la riqueza colectiva o su mérito. Pero no parece nada razonable que pensemos que cualquiera de esas pau-

³² Evidentemente, no entro aquí en el debate sobre cuánto se cumpla en la realidad de los hechos, en España, el modelo de Estado social constitucionalmente dibujado.

tas ha de gobernar el derecho a la educación o el derecho a la sanidad, de manera que los tengan satisfechos en mayor medida los que más trabajen o más méritos acumulen.³³ Por ejemplo, que se diga que el derecho de un niño a recibir de la sanidad pública un tratamiento contra la leucemia depende de cuánto de laborioso sea ese niño o de cuánto hayan trabajado sus padres o de cuáles sean los méritos de esos progenitores. O que se opine que la calidad de la educación pública que se proporcione a un niño pobre tiene que depender de cuánto de esmerados o perezosos o de activos o apáticos sean sus familiares.

Así pues, las teorías de la justicia pautada ofrecen útiles criterios de distribución social y a mí, particularmente, me agrada mucho la que usa el mérito como referente primero, pero esas teorías nada resuelven en relación con los derechos sociales. En otras palabras, y con algo más de precisión, las teorías de justicia pautada pueden tener aplicación allí donde los derechos sociales ya están satisfechos al menos en el grado mínimo razonablemente requerido en un Estado democrático real, y se refieren a lo que podríamos denominar el reparto de los excedentes; es decir, a la distribución de la riqueza que resta una vez que se han detraído los medios económicos necesarios para dar satisfacción a los derechos sociales. Pues, como ya se ha dicho, toda pretensión de que una de esas pautas de justa distribución (a cada cual según su trabajo, su mérito, su esfuerzo...) gobierne también el grado de realización de los derechos sociales para cada cual conduce a absurdos y a flagrantes desigualdades de trato que niegan la esencia misma de esos derechos.

5.3. *Igualitarismo y Estado social*

Veamos ahora la relación entre teorías igualitaristas y Estado social.

5.3.1. *Igualitarismo radical y Estado social*

El Estado social y democrático de Derecho, tal como, entre muchas, aparece perfilado en la Constitución Española, no es un Estado que apueste por el igualitarismo radical; bien al contrario. Por mucho que la igualdad se mencione en el art. 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico y que en el art. 9.2 se diga que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la

³³ En ese sentido, y refiriéndose al criterio del mérito como guía de la justicia distributiva, dice Macleod que los defensores de tal criterio pueden presentarlo como único metro de la distribución o como un elemento a tomar en cuenta en la distribución, y tal autor considera rechazable el primero de tales enfoques. Vid. Alistair M. Macleod, «Distributive Justice and Desert», *Journal of Social Philosophy*, 36, 2005, p. 422.

libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», la Constitución está presuponiendo una sociedad en la que hay desigualdades económicas, en la que esas desigualdades no son ilegítimas y en la que, además, cualquier política para suprimirlas radicalmente e imponer la equiparación económica supondría la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos. Ningún ciudadano español tiene reconocido un derecho a que otros conciudadanos no tengan más dinero o más bienes que él, pero sí está constitucionalmente amparado el derecho de cada uno a no ser privado de lo que legítimamente es suyo y por causa solamente de igualación de la riqueza entre todos.

Es claro al respecto y apenas necesita comentario el art. 33 de la Constitución, con su reconocimiento del derecho a la propiedad privada. Se matiza que tiene ese derecho una función social, ciertamente, pero que para que alguien pueda ser privado de lo que es de su propiedad se requiere «causa justificada de utilidad pública o interés social» y, además, deberá ser indemnizado. Por consiguiente, mecanismos como el de la expropiación para nada se justificarían como vías para disminuir la desigualdad económica y, si van acompañados de justiprecio, tampoco sirven a ese objetivo cuando se usan por motivos genuinos de utilidad pública o interés social. Reparemos también en que la Constitución está presuponiendo y tácitamente admitiendo la desigualdad en riqueza cuando dice cosas tales como que el sistema tributario ha de tener carácter progresivo (art. 31.1 CE).

Lo anterior suena obvio, pero quisiera mantener una tesis adicional, que puede parecer más discutible: un Estado no es más social por el mero hecho de que sean menores las diferencias económicas entre sus ciudadanos.

Por supuesto, podemos definir estipulativamente Estado social como aquel Estado en el que no hay diferencias económicas entre los ciudadanos o en el que tales diferencias no sobrepasen un determinado umbral. Pero ni es esa la noción habitual de Estado social ni se sigue que constituciones como la española presupongan una idea de ese estilo cuando califican como social el Estado constitucional que organizan. Más común y razonable parece caracterizar el Estado social como aquel en el que se da satisfacción a los derechos sociales, sean los que aquí estamos considerando y que implican acciones positivas y costes directos para el Estado, sean esos otros como los derechos fundamentales de los trabajadores (sindicación, huelga, negociación colectiva, descanso, etc.).

Bastaría remitirse a ejemplos del estilo de los que hace un rato se mencionaron, pero usemos alguno más. Imaginemos que el grado de satisfacción de los dere-

chos sociales se puede calificar en una escala entre 0 y 1 y que el umbral mínimo razonable (en un Estado E en un tiempo T) se coloca en 0,4. El nivel de riqueza de los ciudadanos se representa en una escala de 0 a 10. Ahora comparemos los estados E^x y E^y .

— En E^x los derechos sociales están satisfechos en 0,4 (nadie ve realizados sus derechos en medida menor) y los márgenes de riqueza se mueven entre 3 y 9.

— En E^y los derechos sociales están satisfechos en 0,3 (nadie ve realizados sus derechos en medida menor) y los márgenes de riqueza se mueven entre 3 y 5.

Creo que se puede acordar que tiene más de Estado social E^x , aunque en él la desigualdad sea mucho mayor.

Con todo, el debate podría ser más interesante con una comparación como esta otra:

En los estados E^w y E^z el grado de satisfacción de los derechos sociales es el mismo, pongamos que 0,4 (o cualquier otra magnitud por encima del mínimo asumible), pero en E^w la riqueza de sus ciudadanos oscila entre 5 de unos y 7 de otros, mientras que en E^z varía entre 5 y 9. ¿Podríamos pensar que es más social el Estado E^w que el Estado E^z porque es menor la desigualdad de riqueza en E^w , siendo idéntica la satisfacción de los derechos sociales en ambos?

Me parece que no hay ninguna razón para afirmar tal cosa. Habría que preguntarse cuáles son las razones para preferir que los que tienen más tengan menos (7 en vez de 9), permaneciendo igual lo que tienen los que tienen menos (tienen 5 en todo caso). Podría aducirse que de nuevo el ejemplo es sesgado y que lo que hay que hacer es sumar a lo que tienen los más pobres lo que se quita a los más ricos. Es decir, la comparación habría de ser entre E^x (3 y 9) y un Estado $E^{w'}$ en el que los 4 de menos que tienen los más ricos se suman a los 3 que tenían los más pobres o, al menos, procurando que se quite a los más ricos en la medida justa para que los otros tengan lo mismo.

Lo anterior tiene un problema «constitucional», por así decir, un problema de derechos: ¿con qué argumento se podría justificar en nuestros estados constitucionales el que se quitara a los más ricos de lo que es suyo en medida mayor de la necesaria para la satisfacción de los derechos sociales de los otros, y puesto que no hemos visto en ese ejemplo que los derechos sociales mejoren, y por el único motivo de reducir la desigualdad económica?

5.3.2. *Igualitarismo condicionado y Estado social*

El igualitarismo condicionado, del que el claro modelo se expone en la *Teoría de la justicia* de John Rawls, tampoco parece que pueda tener fácil encaje en un Estado social como el que se dibuja en la Constitución española y tantas otras de esta época. Sin duda estas constituciones amparan los derechos de libertad y, como luego veremos, dan importancia grande a la igualdad de oportunidades, pero el problema surge respecto del principio de diferencia. Recordemos que con dicho principio de justicia se refiere Rawls a que las desigualdades económicas sólo serán admisibles allí donde, además de darse la igualdad de oportunidades para el acceso a las distintas posiciones, se pueda acreditar que los que menos tienen, en la sociedad desigual de que se trate, tienen ahí más de lo que tendrían si en esa misma sociedad rigiera una distribución plenamente igualitaria.

Qué duda cabe de que en sede teórica las tesis de Rawls plantean un reto interesantísimo, gracias antes que nada a su sofisticada y original fundamentación. De ninguna manera pretendo poner en solfa la enorme importancia de Rawls para la filosofía política contemporánea, pero sí sostengo que su principio de diferencia tiene complicado acomodo en los esquemas constitucionales de hoy, tanto por razones operativas como por razones normativas.

Por razones operativas, porque es quimérico el cálculo de cómo estarían los más pobres o menos aventajados de nuestros estados si estos mismos estados y en este mismo tiempo se organizaran con un reparto totalmente igual de la riqueza, de los beneficios y las cargas. Si acaso, podría pensarse que hay un impulso teórico relevante para activar los mecanismos del Estado social y para hacer efectivos los derechos sociales, pues si se constatará que es muy alta la pobreza y el desvalimiento de alguna parte de la población, sería mucho más sencillo suponer que esos ciudadanos vivirían mejor con un reparto igualitario de la riqueza. Aunque es engañoso jugar nada más que a imaginar distintos tipos de reparto de una cantidad global constante de riqueza, pues siempre restará la molesta duda de si el monto total de riqueza generada puede ser el mismo en una sociedad desigual y fuertemente competitiva bajo esquemas de libertad de mercado y en una sociedad igualitaria en la que la mano bien visible del Estado reemplace a la famosa mano invisible del mercado. Las experiencias habidas hasta hoy no son muy estimulantes ni invitan al optimismo.

Además, las comparaciones siempre pueden hacerse en dos direcciones. Pongamos que el Estado E es no igualitario y tiene un 5% de la población en situación de pobreza extrema, mientras que un 1% de sus pobladores son sumamente ricos.

Igual que puede razonablemente pensarse que ese 5% viviría mejor bajo una pauta de distribución perfectamente igualitaria, también se puede razonar verosímilmente que viviría igual de bien o mejor todavía bajo una diferente pauta de distribución no igualitaria e, incluso, aunque ese 1% de los muy ricos fuera más rico aún.

Debido a razones normativas, el principio de diferencia rawlsiano es de muy complicado encuadre en nuestros esquemas constitucionales, por los mismos motivos que hace un momento expuse al referirme al igualitarismo radical. No perdamos de vista que lo que podríamos llamar la distribución por defecto en Rawls es la distribución igualitaria, por lo que toda alternativa a la igual distribución tiene que justificarse mostrando que tiene superiores rendimientos para los más desfavorecidos en ella. Ese igualitarismo condicionado rawlsiano halla su más fuerte fundamento en la idea de que los dones, capacidades y méritos de cada individuo son resultado del puro azar, de las loterías de la vida, empezando por la lotería natural. Que alguien haga legalmente fortuna aprovechando su gran inteligencia, su laboriosidad y el empuje de su carácter no convierte tal fortuna en merecida, ya que tener esos dones que la han hecho posible no es mérito del sujeto, sino fruto del azar, del azar por el que sujeto nació así y no con menores aptitudes o con serias incapacidades. En consecuencia, al socializar lo que es de los que tienen más, en el fondo nada merecidamente suyo se les quita, ya que el mérito no es atributo individual, sino patrimonio común. Cuando el azar natural repartió las cartas, a unos le tocaron mejores y a otros peores, pero la baraja es de todos y los resultados de la partida entre todos se pueden distribuir a partes iguales, sin que ello suponga merma de los derechos morales de nadie. Ese enfoque no casa con el respeto que la Constitución exige para la propiedad privada (art. 33 CE) y para «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE), entre otras cosas.

5.3.3. *Igualitarismo de la suerte y Estado social*

El *luck egalitarianism* o igualitarismo de la suerte es una doctrina tan apasionante en la teoría como imprecisa o inviable a la hora de regir la práctica. Sabemos que el núcleo del enfoque es que todos debemos estar protegidos frente a los perjuicios o desgracias derivados del azar, de sucesos o eventos que no están bajo nuestro control, pero que cada cual debe cargar con su suerte cuando los males derivan de decisiones responsables suyas. El régimen por defecto me parece que vuelve a ser el de igualdad, al menos como igualdad de oportunidades. Puesto que nadie tiene culpa o es responsable de los resultados de la lotería natural (haber nacido con unos dones o atributos o con otros) y de la lotería social (haber venido

al mundo en una u otra cuna, en tal o cual ambiente favorable o desfavorable, propicio o problemático), procede igualarnos a todos, y eso solo podrá hacerse compensando a los más desfavorecidos por la suerte y a costa de restar de los más afortunados. Detengámonos un instante en este punto.

En una escala de 0 a 10 y como resultado puramente de la *brute luck*, A tiene 1 y B tiene 9. Lo apropiado será compensar a A, igualándolo, puesto que no merece estar por debajo, debido a que su mala suerte no fue merecida, no fue responsabilidad suya. Pero esa compensación que supone transferir a A hasta un máximo de 4, para que queden todos igualados en 5, o, al menos, lo necesario para igualar las oportunidades de todos, se tiene que hacer con cargo a B. Como lo que se reparte no es maná ni se trata de que el Estado haga girar la manivela para fabricare billetes, aquello que se suma a unos se les resta a otros.³⁴ No estoy aquí insinuando, al estilo «libertarista», que eso sea por sí necesariamente ilegítimo, sino que nada más que puede ser así. Y lo que podría retadoramente pensarse es que igual que los A no son culpables de su mala suerte, los B ni son «culpables» de la suya ni, sobre todo, son culpables o responsables de la mala suerte de los A, como para que tengan que pagar por ella.³⁵ De todos modos, no se debe olvidar que el origen de las teorías del *luck egalitarianism* está en una corrección o matización de la teoría de Rawls, con la que comparte lo referido a la lotería natural y la lotería social.

Lo que diferencia ambas doctrinas es lo que se refiere a la *option luck* o suerte debida a factores bajo control del sujeto y de cuyos riesgos puede el sujeto considerarse responsable. Supóngase que A y B han sido igualados en el arranque y que (en una escala de 0 a 10) ambos poseen 5. A es prudente e invierte con tino y cuidado sus bienes en actividades productivas y bastante seguras, y le va bien, de modo que pasa de 5 a 8. B tiene una fuerte propensión al juego, arriesga lo que posee en los juegos de casino y pierde mucho, con lo que se queda en 2. Como esa diferencia ya no se debió a *brute luck* o suerte incontrolable, sino a *option luck*, como es el resultado de decisiones del sujeto que estaban bajo su control, la desigualdad que entre A y B ha surgido ya no tiene por qué ser compensada.

El *luck egalitarianism* es posiblemente la teoría de la justicia social sobre la que más se ha escrito en las últimas dos o tres décadas. Los debates han sido variados

³⁴ Y se produce así una transferencia del impacto de la suerte. Muy aguda y sugerentemente está expuesta esta cuestión en Olof Page Depolo, «Igualdad, suerte y responsabilidad», cit., pp. 168-169.

³⁵ Para el igualitarismo de la suerte «no es injusto que algunos tengan más que otros de resultados de su buena suerte» (Kasper Lippert-Rasmussen, *Luck Egalitarianism*, cit., p. 4).

y las críticas y objeciones, abundantes. No haré aquí ni siquiera un resumen de las críticas al uso, sino que mencionaré nada más que otras tres cuestiones.

En primer lugar, resulta muy difícil marcar la frontera entre resultados puramente azarosos y resultados sobre los que se tiene alguna responsabilidad. En principio, es claro que yo no tengo ningún control sobre los terremotos y que si un terremoto derriba mi casa yo no soy responsable de tal consecuencia, por lo que, según el igualitarismo de la suerte, debería ser compensado. Ahora bien, quizá el terremoto ocurrió en una zona de alta actividad sísmica en la que ha habido antes unos cuantos seísmos fuertemente destructivos, pese a lo cual yo elegí vivir y hacer mi casa allí, pudiendo tranquilamente y sin mayor perjuicio haberme ido a zona mucho más segura y sin antecedentes de movimientos telúricos preocupantes. ¿Se me debe compensar igualmente o hay que descender al detalle y ver cuánta proporción de responsabilidad o control de cada uno existe en cada caso?

Volvamos ahora a A y B, los del ejemplo de hace un par de párrafos. B decidió jugarse su dinero a la ruleta. Podía haber ganado un montón, pero perdió mucho. B decidió quizá invertir en acciones de una empresa tecnológica o de un banco. También él asumió riesgos, pues a veces tales empresas se hunden o el valor de sus acciones cae en picado. Si B hubiera tenido gran suerte en el juego y hubiera ganado hasta 8 y A se hubiera arruinado con su actividad empresarial o inversora y hubiera bajado a 2, ¿debería A ser compensado? Si decimos que no, necesitaríamos elaborar una buena teoría de los tipos de riesgos y de los niveles de riesgo que se vinculan a la *brute luck* (y, por tanto, a la justificación para compensar las pérdidas o perjuicios) y a la *option luck* (no siendo ahí compensables las pérdidas o perjuicios). Si contestamos que sí habría que compensar a A en el supuesto descrito, tendríamos también que trazar el límite entre una inversión razonable y una inversión imprudente, tan imprudente como para que pueda pensarse que meter el dinero en eso es tan incierto como jugárselo a la ruleta. ¿Y si A hubiera echado a suertes en qué empresa de las que cotizan en Bolsa metía su capital? La casuística puede ser infinita y con cada cuestión se delata más y más la imprecisión y la difícil operatividad del *luck egalitarianism*.

No olvidemos un detalle más, este muy destacado en las críticas más habituales a esta doctrina. Al elaborar el ejemplo, he dicho que B tenía una fuerte propensión al juego y arriesgó sus recursos económicos en el casino. Si hay algún tipo de determinación genética, psíquica, ambiental o similar y tal determinación hace que la decisión de B no esté enteramente o preferentemente bajo su control, en verdad B no habría sido víctima de *option luck*, sino de *brute luck*, y en ese caso merecería que el Estado le compensase por sus pérdidas en el juego. Y si, de una manera mucho

más pedestre, proclamamos que hace falta ser muy tonto para jugarse la fortuna de ese modo y que B la arriesga porque es así de tonto, estamos expresando lo mismo, pues nadie elige propiamente ser tonto o torpe ni tiene ninguno la responsabilidad por su propia estulticia o torpeza, sino que con eso se viene «de fábrica», si se me permite la expresión. A lo que se agrega que igual que puede ser ajeno al control subjetivo lo que lleva a uno a hacer malas elecciones, igual de azaroso y de pura suerte puede ser el que otro posea habilidades o talento para hacer elecciones buenas.³⁶

Adicionalmente, hay un problema si incorporamos al razonamiento la situación de las generaciones siguientes. Quedamos en que A ha quedado en 8 por ser un inversor muy ponderado y prudente y que B se ha hundido a 2, por jugarse sus recursos en la ruleta. Aceptemos que, por haber sido B víctima de la *option luck*, responsable de su suerte, no hay por qué indemnizarlo con cargo a A. Ahora añadamos que A y B tienen un hijo cada uno. B muere treinta años antes que A. El hijo de B queda en la pobreza y él ninguna culpa tiene de la mala cabeza con que su padre gestionó la vida. Para el hijo de B tener 2 es *brute luck*. Así que al hijo de B habrá que compensarlo y tendrá que ser con cargo a A, de manera que, idealmente, pasen a 5 tanto el hijo de B como A (y el hijo de A). Esto dará lugar a perplejidades como las que surgen de lo siguiente:

— A los efectos, para A viene a resultar como si tuviera que pagar por la mala suerte electiva u *option luck* de B, sin bien no le paga a B, sino al hijo de B. Con una paradoja más, ya que el que A tenga que compensar al hijo de B por los efectos de la suerte electiva de B dependerá de un elemento de *brute luck*, de puro azar: que B muera.

— El hijo de A ha sido víctima de la mera casualidad, de *brute luck*. Desde luego, él no es responsable ni tenía control alguno sobre los hechos que determinaron que en lugar de heredar de su padre 8 le toque heredar 5: que B fuera un jugador y perdiera y que B se muriera antes que el padre de A. Aunque, ciertamente, si B y A se hubieran muerto a la vez, sería el hijo de A el que tendría que compensar al hijo de B y aunque ninguna culpa tenga el hijo de A de la pobreza del hijo de B.

En realidad, lo que estamos mostrando es que todas las desigualdades que permite el *luck egalitarianism* son desigualdades nada más que provisionales o temporales y están llamadas a la re-igualación, al menos en la generación siguiente. Y que, para la generación siguiente, los eventos de esa re-igualación suponen *brute luck*. De lo que se desprendería, también por este lado, que todo

³⁶ Sobre esto, George Sher, «Talents and Choices», *Noûs*, 46, 2012, pp. 402ss.

el mundo está a merced del azar, que de ese azar determinante forma parte lo que los demás hagan con su vida y sus decisiones y que, a la hora de la verdad, por mucho que yo tome las mejores decisiones, no tendré lo que por mi buena cabeza merezco, ya que se me habrá de quitar no solo lo que sirva para compensar a los que han tenido mala suerte del todo (a la víctima del terremoto, por ejemplo), sino también a los que han tenido la mala suerte de que sus progenitores y demás personas de las que su destino depende no hayan sido tan prudentes como yo o hayan sido unos necios.

Veamos la tercera objeción, más directamente relacionada con nuestro tema del Estado social y los derechos sociales. Ciñámonos nada más que al ejemplo de A y B, otra vez sin hijos. Supongamos que el umbral de pobreza está en 3 y que con menos de 3 no le es posible a un ciudadano pagarse una vivienda digna, una educación apropiada o una atención sanitaria que garantice dignamente el derecho a la salud. Sabemos que, por sus malas decisiones y su vicio, B tiene 2, mientras que, por el mérito de su buen decidir (o por su buena suerte), A tiene 8. Como las pérdidas de B, que ha pasado de 5 a 2, son fruto de *option luck* y no de *brute luck*, no deben ser compensadas, según el *luck egalitarianism*. Entonces, puesto que no hay por qué compensar a B y dado que B no puede por sí financiarse vivienda, educación o sanidad, habremos de decir que a B no hay por qué satisfacerle esos derechos sociales. Pues si se le satisfacen, habrá de ser a cargo de A, en cuyo caso A estaría compensando a B por los resultados de su mala suerte electiva. En otras palabras, si los derechos sociales son derechos universales, derechos de cada ciudadano del Estado y que a todo ciudadano del Estado se le han de hacer efectivos (al menos si no puede por sí pagarse las correspondientes prestaciones), el *luck egalitarianism* o es una doctrina incongruente (si admite que A financie los derechos sociales de B) o es una doctrina incompatible con el Estado social.

5.3.4. *Justicia como igualdad de oportunidades y Estado social*

Se ha dicho, con bastante razón que «probablemente, la concepción de la justicia más ampliamente defendida en las sociedades avanzadas es la de la igualdad de oportunidades».³⁷ En la sociedad donde rigiera una distribución igualitaria de los bienes materiales, estaría por definición excluida la oportunidad de que uno pudiera tener más que otro, sin perjuicio de que pudiera quizá cada cual tener

³⁷ John E. Roemer, «Equality of Opportunity: A Progress Report», *Social Choice and Welfare*, 19, 2002, p. 455.

la oportunidad para ser una cosa u otra (músico, escritor, fontanero, monje de clausura, cultivador de la vida contemplativa...). Cuando en teoría de la justicia se habla de igualdad de oportunidades, se presupone que hay en la sociedad puestos desiguales entre los que se produce un reparto diferente de bienes. Es decir, el nivel de riqueza o ingresos de la población se mueve en una cierta escala y hay quienes tienen más que otros, sea cual sea el criterio de reparto que se emplee (asignaciones por la mano invisible del mercado, un criterio de justicia pautaada —a cada uno según su x —, un sistema de respeto a la legítima adquisición de la propiedad, etc.; o una combinación de varios).

Sentado ese presupuesto de que en la sociedad no rige una distribución igualitaria de bienes, lo que el principio de igualdad de oportunidades demanda es que esos distintos lugares en el reparto sean accesibles a todos los ciudadanos bajo idénticas condiciones competitivas,³⁸ lo que implica que:

— Ha de estar eliminada toda discriminación jurídico-formal. No puede haber normas que excluyan de algunos de los puestos a ciudadanos que posean o no posean ciertas características sobre las que ellos no tengan control. Por ejemplo, se podrá excluir de ser notario a quien no tenga la carrera de Derecho, pero no a quien sea mujer u hombre o blanco o negro, etc.

— Ha de estar excluida toda discriminación material de origen social que fácticamente haga imposible para alguna persona o grupo acceder a cualquiera de los puestos, de modo que la posibilidad formal o jurídica de todos no se combine con la imposibilidad material de algunos debido a causas sociales. Por ejemplo, si formalmente a nadie le está vedado ser notario o presidente del consejo de administración de un banco o presidente de la nación, pero para alcanzar esos puestos se requiere una seria formación universitaria y los x (las mujeres, los hombres, los gitanos, los mormones, los homosexuales, los campesinos, los hijos de obreros...) no tienen posibilidad material de conseguir tal educación, porque no se le pueden pagar y porque el Estado no compensa esa carencia económica impositiva, no existirá igualdad de oportunidades.

³⁸ Así explica Arneson lo que la igualdad de oportunidades supone: «when an age cohort reaches the onset of responsible adulthood, they enjoy equal opportunity for welfare when for each of them, the best sequence of choices that it would be reasonable to expect the person to follow would yield the same expected welfare for all, the second-best sequence of choices would also yield the same expected welfare for all, and so on through the array of lifetime choice sequences each faces» (Richard J. Arneson, «Equality of Opportunity for Welfare Defended and Recanted», *Journal of Political Philosophy*, 7, 1999, p. 488).

En realidad, en lo que a tales condiciones materiales se refiere, las oportunidades no dependen generalmente de factores aislados, sino de conjuntos o ramilletes de factores. Rarísimamente habrá alguien que no tenga posibilidad económica de estudiar, pero que sí cuente con una vivienda digna, una buena atención sanitaria y posibilidad de desempeñar un trabajo dignamente y con remuneración apropiada. Es el conjunto de pobreza, falta de vivienda apropiada, condiciones sanitarias insuficientes, falta de garantías laborales y difícil acceso a una buena educación lo que a algunas personas excluye de la competición igualitaria y con *fair play* por los mejores puestos.

Es fácil captar el sentido de esta noción de igualdad de oportunidades que maneje si usamos la imagen de una carrera olímpica. Se corren los mil metros lisos en las olimpiadas. Cada corredor sale de un punto que está exactamente a mil metros de la meta, la calle de la que cada uno arranca está en las mismas condiciones que las otras y ninguno es obligado a correr con un calzado peor o con las manos atadas, por ejemplo. El que gane se llevará la medalla de oro, el segundo la de plata y el tercero la de bronce. Los premios son desiguales, pero, aceptado eso, el reparto se considera justo porque se ha competido bajo esas condiciones de igualdad. Ganará el que tenga las mejores cualidades atléticas y más haya entrenado, pero eso ya no se considera óbice para la asignación desigual de premios, aun cuando nadie es dueño o responsable de haber nacido con mejores o peores aptitudes para el atletismo o con más voluntad para entrenarse.

No hay igualdad de oportunidades si, al dar el juez de pista la señal de salida, de esos corredores en la competición de mil metros lisos, unos salen a una distancia de mil quinientos metros de la meta y otros parten a cien metros de ella. Para que las oportunidades de ganar se equiparen, en lo que a las condiciones de la competición (y no a las condiciones subjetivas de los competidores, como su tipo de musculación o su capacidad de entrenamiento) se refiere, aquel que está a cien metros de la meta debe ser atrasado hasta el punto debido, y al que se halla a mil quinientos metros hay que avanzar medio kilómetro. Apenas hará falta que expresemos cómo sería en lo que a la competición social por los distintos puestos se refiere.

Los mecanismos para que un Estado vele por la igualdad de oportunidades son dos, como corresponde a esa doble dimensión que se ha indicado. Por una parte, se ha de eliminar toda discriminación jurídica de personas y grupos. Eso es lo que pretenden las cláusulas de igualdad ante la ley (y en la aplicación de la ley) que figuran en preceptos como el art. 14 de la Constitución española. Por otra parte, el Estado tendrá que ofrecer a los que carezcan de medios económicos suficientes

aquellas condiciones cuya ausencia se traduce en exclusión o en seria desigualdad competitiva: alimento, vivienda, salud, educación... Es decir, satisfacción de los derechos sociales.

Fuera de una hipotética sociedad perfectamente igualitaria en el reparto, en la que por definición las oportunidades de tener más no existen, no es pensable la igualdad de oportunidades sin garantía de satisfacción de los derechos sociales. Y donde falte la igualdad de oportunidades se vicia cualquier criterio de justicia en la distribución que no sea, tal vez, el que propugna el libertarismo más extremo. Porque no tiene apenas sentido que, por ejemplo, tratemos de aplicar un reparto en proporción al mérito allí donde no todos cuentan con la misma posibilidad de hacer ciertos méritos o de hacerlos valer; o no cabría una pauta de distribución según el trabajo cuando algunos están en verdad excluidos de los canales normales y oficiales del trabajo. Y así sucesivamente. Tampoco un igualitarismo de la suerte tendría sentido en una sociedad en la que algunos carecen prácticamente de toda posibilidad de influir con sus decisiones libres sobre su propio destino y siendo este destino suyo una especie de condena impuesta desde fuera y sin remisión posible, al modo de incontrolable azar o *brute luck*. Sin igualdad de oportunidades cualquier sociedad se torna estamental o sociedad poco menos que de castas, digan lo que digan el Código Civil o la Constitución sobre el igual derecho de todos a regirse en libertad y a no ser formalmente excluidos de nada.

Es evidente, pues, la estrecha relación entre igualdad de oportunidades y Estado social, pues en el Estado social se excluye la discriminación jurídica y se consagran derechos sociales que, en la práctica de la competición en el seno de una sociedad con repartos no igualitarios, deben servir para que ninguno esté de antemano excluido o en peor condición para llegar a las mejores posiciones. De eso seguramente está hablando el art. 9.2 CE cuando dice que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

5.4. *Teorías del bienestar mínimo y Estado social*

En mi opinión, las doctrinas suficientistas, de la mano de la justicia como igualdad de oportunidades, constituyen la visión más acorde con el modelo de Estado social que aparece en constituciones como la española. El suficientismo indica que no hay Estado justo allí donde, existiendo recursos bastantes, no están atendidas las necesidades básicas de todos los ciudadanos. Y los derechos sociales vienen,

precisamente, a dar a la satisfacción de esas necesidades primarias de cada individuo el estatuto de auténticos derechos individuales y reclamables ante el Estado, que es quien ha de realizar las correspondientes prestaciones. El suficientismo no exige del Estado social que sea un Estado igualitario ni supone que es más social el Estado en el que hay mayor igualdad económica entre sus ciudadanos,³⁹ siempre que lo que cada uno tenga haya sido lícita y legítimamente obtenido.

El suficientismo tiene, como antes se dijo, el problema de que no es fácil fijar cuánto sea ese mínimo que es condición de justicia. La teoría de los derechos sociales se topa con un problema similar, el de saber cuál es el grado de satisfacción de los mismos que ha de garantizarse y resultar exigible en un Estado social que en verdad quiera serlo.

Pues bien, la combinación con la idea de igualdad de oportunidades da alguna pista interesante a ese respecto. Ciertamente, las oportunidades nunca podrán ser exactamente las mismas, idénticas, allí donde los repartos sociales no sean igualitarios. El más rico siempre podrá procurarse algo más que mejore su posición competitiva.⁴⁰ Pero la igualación absoluta de oportunidades forzaría a una igualación económica plena en la que, paradójicamente, son las oportunidades de ascenso social las que por definición se excluyen, seguramente con los perjuicios colectivos, para todos, que acarrea la falta de estímulo económico de los ciudadanos. La igualdad de oportunidades exige, eso sí, que se liquiden las exclusiones tanto formales como materiales, entendiéndose que es víctima de una exclusión material quien, por no tener mínimamente satisfechas sus necesidades básicas carece de toda posibilidad de competir por las posiciones más ventajosas con probabilidades serias de alcanzarlas.

Dado que no está descartado que las oportunidades de los más ricos sean mejores, como consecuencia de que siempre cuentan con recursos adicionales frente

³⁹ Hasta la mejor doctrina suele mantenerse en la indefinición o en un cierto equívoco a este respecto. Así lo apreciamos por ejemplo en el siguiente fragmento de Abramovich y Courtis: «Ciertamente, un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad, —sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares—. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica» (Victor Abramovich, Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 56-57).

⁴⁰ Por ejemplo, si dominar idiomas mejora las expectativas de ascenso social, el rico siempre podrá pagarse más viajes a los países donde se hable y se pueda practicar el idioma que está tratando de aprender.

a los menos ricos, podemos pensar en una especie de principio de compensación en lo que tiene que ver con la satisfacción de las necesidades básicas de los más pobres por la vía de los derechos sociales. Ese principio de compensación podría enunciarse así: los servicios que el Estado brinde para satisfacer derechos sociales deben ser de una calidad no inferior al promedio de calidad de los servicios privados que los más favorecidos económicamente puedan contratar. Por ejemplo, si en una escala de 1 a 10 la calidad media de los colegios privados y de la atención médica privada está en 7, ese es el umbral del que no puede bajar la calidad de los colegios públicos o de la atención médica pública.⁴¹ Sólo de esa manera la desigualdad no se traducirá en una discriminación que haga inviable la mínima igualdad de oportunidades compatible con el no igualitarismo.

Un último matiz merece la pena comentar. Que esos derechos sociales sean universales por imperativo constitucional no quiere decir que el Estado haya de proporcionar gratuitamente los correspondientes servicios a todos los ciudadanos, sino meramente a todos los ciudadanos que no puedan pagarlos.⁴² Un Estado no es social si el precio de la educación universitaria impide estudiar una carrera a algunos jóvenes que no disponen de los recursos necesarios, pero no deja de ser social ese Estado si a los más ricos de sus ciudadanos, a los Botín del lugar, pongamos por caso, les hace abonar el coste íntegro de la carrera en una universidad pública, en caso de que en ella quieran estudiar. Se puede añadir que ese Estado será más congruente y eficazmente social, pues no destinará recursos a financiar servicios de lo que los pueden pagar y podrá concentrar esos recursos para conseguir una mayor calidad de los servicios que se prestan a los menos pudientes. Un Estado en el que los costes de los servicios públicos que satisfacen derechos sociales sean idénticos para los más pobres y los más ricos y en el que, además, la parte más

⁴¹ Con este principio se da satisfacción también al llamado problema de la saciabilidad de los derechos sociales. Se ha dicho a veces que los derechos sociales son «insaciables» porque siempre cabe demandar «más bienes y servicios y mejores resultados», con lo que nunca podrían ser plenamente satisfechos y los recursos a ellos destinados tendrían que ser potencialmente ilimitados (Leticia Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 92). Como dice Leticia Morales, «[p]oner el acento en esta cuestión para distinguir entre naturalezas de derechos es incorrecto porque nada impediría establecer un criterio de satisfacción (o criterio de saciabilidad) de las exigencias positivas que surgen de ciertos derechos sociales. La justificación del límite hasta el cual se deben destinar recursos para satisfacerlas dependerá de los argumentos normativos que sustenten el criterio. Sin embargo, su caracterización como saciables o insaciables no previene a que sea posible concebir conceptualmente que los derechos sociales imponen obligaciones a la satisfacción de cierto nivel de las exigencias sociales que encarnan» (ibid., pp. 92-93).

⁴² Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 4.ª ed., 2004, pp. 46-47.

sustanciosa de la recaudación pública no se haga mediante impuestos directos, sino por vía de impuestos indirectos, es un Estado muy escasamente social.⁴³

5.5. *Sobre exigibilidad y garantía de los derechos sociales*

Es muy vasta la literatura actual sobre la posibilidad, conveniencia o necesidad de tratar los derechos sociales como derechos subjetivos garantizados y exigibles, de modo similar a como lo son los derechos fundamentales de otros tipos. No entraré en el análisis de las doctrinas en pugna ni en el cotejo de las variantes teóricas sobre el asunto, sino que únicamente trataré de explicitar cómo se podría enfocar tal cuestión desde la perspectiva que aquí he defendido, la de que el modelo de Estado social, que tiene en la satisfacción de los derechos sociales su eje, debe entenderse en cuanto exigencia de que todos tengan suficientemente satisfechas determinadas necesidades básicas, como fundamento para que puedan competir en una sociedad no igualitaria bajo condiciones de igualdad de oportunidades.

Es variada la tipología de los derechos fundamentales y, en correspondencia, diferente es también el tipo de comportamiento que, para su efectividad, requieren de los poderes públicos, así como la clase de regulación que el Estado ha de brindar para su garantía. En primer lugar, hay derechos fundamentales que para ser efectivos requieren ante todo abstenciones del Estado, que el Estado no emita regulaciones represivas de ciertas conductas y que el Estado respete el ejercicio de esas conductas por los ciudadanos. Sería el caso de la libertad de expresión o la libertad de información. La libertad de información compromete al Estado a no regular positivamente la censura de las informaciones y a no permitir que cualesquiera grupos o sujetos por su cuenta ejerzan censura o limiten la libertad de informar.

En segundo lugar, hay derechos que demandan regulaciones directamente protectoras como condición de su eficacia. Aquí no es que el Estado deba dejar hacer e impedir que no se deje hacer, sino que en el hacer del Estado está una parte esencial de la posibilidad del derecho mismo. Es decir, debe el Estado producir normas que delimiten lo mejor posible el alcance de esos derechos y que permitan sancionar sus vulneraciones. Tal sucede, por ejemplo, con los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, al honor, etc.

⁴³ Una defensa de la progresividad de los impuestos en el marco de una concepción suficien-
tista de la justicia distributiva puede verse en Gottfried Schweiger, «Taxation and the Duty to
Alleviate Poverty», en Helmut P. Gaisbauer, Gottfried Schweiger, Clemens Sedmak (eds.), *Phi-
losophical Explorations of Justice and Taxation. National and Global Issues*, Cham, etc., Springer,
2015, pp. 41ss.

El contraste entre esas dos primeras clases de derechos parece claro. Así como los del primer tipo, los que exigen abstenciones represivas del Estado se satisfacen a base de que el Estado permita determinadas acciones, como expresarse con libertad o informar libremente, los del tipo segundo se tornan eficaces cuando hay una regulación legal que sanciona negativamente determinadas conductas de los sujetos, como puedan ser la intervención de las comunicaciones, la calumnia o injuria, la entrada no autorizada en domicilio ajeno, etc.

Una tercera clase de derechos fundamentales viene constituida por los que solo pueden ser eficaces si el Estado produce determinadas normas constitutivas de instituciones y de ciertas prácticas. Es el caso del ramillete de derechos procesales que giran en torno al debido proceso judicial. Lo mismo vemos si pensamos en el modo como la efectiva protección de muchos derechos pide que se constituyan y se regulen instituciones como la policía. Por supuesto, el funcionamiento de tales instituciones públicas tiene unos costes económicos que se deben sufragar en todo o en su mayor parte con cargo al erario público.

Los derechos fundamentales de esa tercera variante son puramente instrumentales de los otros, pues sin instituciones como las judiciales y sin una adecuada regulación de los procesos judiciales, sería inviable la protección de derechos sustantivos como los de libertad de expresión o de información o el derecho al honor o al secreto de las comunicaciones. Igualmente, sin la constitución y adecuada regulación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado no cabría la eficaz protección de derechos fundamentalísimos, los que amparan la vida, la propiedad y las libertades básicas.

Por último, ciertos derechos son esencialmente prestacionales y su prestación corre de cuenta del Estado, al menos para quienes no puedan sufragar su coste individual. Tal sucede con los derechos sociales prototípicos, como el derecho a la educación.⁴⁴

⁴⁴ Bien clara es la diferencia que traza Ferrajoli, para quien los derechos de libertad «consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos», mientras que los derechos sociales «a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos por parte de los poderes públicos». Esto da lugar a dos posibles vicios: que existan normas infraconstitucionales contrarias a las prohibiciones constitucionales referidas a los derechos de libertad y que falten normas que permitan que se colmen esas expectativas positivas en que consisten los derechos sociales, que haya lagunas que impidan que se lleven a cabo las correspondientes prestaciones que satisfagan tales expectativas positivas (Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 24). Añade Ferrajoli en la misma obra lo que sigue: «Es indudable que la ciencia del derecho no ha elaborado aún —frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones— formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás

Bien mirado, en cierto sentido la diferencia entre las cuatro variedades de derechos que se acaban de señalar es una diferencia de grado. En todos los casos hay costes económicos para el Estado y en todos los casos se requiere una actividad reguladora del Estado. Los derechos que se hacen posibles si ciertas conductas (como la libre expresión o la libre información) no son reprimidas exigen del Estado una actividad de regulación y represión de la represión, valga la paradoja. Los derechos que solo pueden ser efectivos si hay regulaciones directas y específicamente protectoras, como pasa con el derecho a la intimidad o el derecho al honor, presuponen el coste de las regulaciones y el coste de la aplicación de esas regulaciones. Los derechos de la tercera clase son imprescindibles para el amparo de los anteriores y suponen los costes necesarios para mantener instituciones y aparatos como los judiciales, policiales, etc. Que los derechos sociales, a su vez, implican costes elevados es una obviedad irrefutable.⁴⁵ Pero si la conclusión es que todos los derechos suponen algún tipo de actividad protectora y, directa o indirectamente, alguna labor prestacional del Estado, las diferencias de los derechos sociales no son tan radicales.

Para que sean efectivo mi derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, el Estado ha de organizar instituciones competentes para declarar la ilicitud jurídica de la norma o práctica institucional que me censure o reprima mi libertad expresiva que no dañe claramente derechos de otros; para hacer efectivos derechos míos como mi derecho al honor o a la inviolabilidad de mi domicilio tiene el Estado que montar todo un aparato judicial y represivo de las conductas vulneradoras de esos derechos. Resulta, pues, bastante evidente y generalmente admitido en nuestro tiempo que una justificación esencial de la existencia de instituciones del

derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. A diferencia de estos últimos derechos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos —legislativos, administrativos, o judiciales— que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables». Pero puntualiza al mismo tiempo que «Ello no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aun que sea irrelevante, no vinculante o puramente <<programático>> su reconocimiento constitucional como derechos» (ibid., p. 109).

⁴⁵ Pero oigamos a Mark Tushnet: «The difference between the costs associated with enforcing first-generation rights and second-generation rights is not that the former are small and the latter large, but that the former are generally invisible because they are diffused across the society as a whole without figuring openly in government budgets, while the latter are immediately visible in budget statements» (Mark Tushnet, «Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century», *Nujs Law Review*, 4, 2011, pp. 179-180).

Estado como la judicial se halla en su servicio a la protección de los derechos de los ciudadanos, empezando por los derechos fundamentales.

Podemos, pues, preguntarnos por qué en la enumeración de tipos de derechos fundamentales que en los párrafos anteriores hice, del modo usual se han puesto en tercer lugar, y no en cuarto, al final, los derechos procesales, el derecho a acceder a un sistema de Justicia y de acuerdo con las reglas del debido proceso. Al organizar así la clasificación, parece que se da por sentado que los derechos procesales sirven para dotar de efectividad a los derechos de los dos tipos anteriores, pero no así a los derechos sociales, por ser diferente la naturaleza sustantiva y, derivadamente, la naturaleza jurídica de estos.

En otros términos, ¿por qué se consideran básicamente distintos el derecho de los ciudadanos al acceso a la Justicia y al debido proceso y el acceso a la educación? Costes económicos tiene tanto el sistema judicial público como el sistema educativo público.⁴⁶ Y al igual que la educación podría, en teoría, dejarse exclusivamente en manos privadas y al albur del mercado, otro tanto cabría hacer con la resolución «judicial» de conflictos. ¿Por qué, pues, es menos «social» el derecho de los ciudadanos a acceder a la Justicia que el derecho de los ciudadanos a acceder a la educación? ¿Por qué, en fin, no ha de entenderse que el Estado está idénticamente comprometido con la garantía de los derechos sociales y por qué no puede pensarse que estos pueden y deben disfrutar de los mismos mecanismos de garantía, empezando por su garantía judicial?

⁴⁶ Algo así señala Mark Tushnet cuando, al propugnar la protección judicial de los derechos económicos y sociales y rebatir la que llama objeción de la separación de poderes (que vendría a decir que los derechos sociales son puramente ideológicos y se mueven en un campo de intereses contrapuestos, por lo que suponen un grado de discrecionalidad que solo puede colmar la decisión política y nunca la decisión judicial), escribe lo siguiente: «The objections assumed that first-generation rights were categorically different from second-generation ones, for otherwise separation of powers would have blocked the enforcement of first-generation rights, a result no one thought correct. Yet, no such categorical distinction exists. The right to vote is an obvious first-generation right, but the government must provide the facilities for voting, and one can without much difficulty generate substantial arguments that protecting the right to vote requires that the government devote significant resources toward making it possible for people who have the franchise to exercise their right to vote – by making polling places accessible, for example. Rights to fair process in criminal proceedings are first-generation, and they too require government action, most notably in the provision of counsel for defendants who cannot afford to pay for representation on their own. There are of course differences between the rights the government must provide in criminal proceedings and second-generation rights, but the distinctions are not the sharp ones the separation of powers objection requires» (Mark Tushnet, «Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century», cit., 4, 2011, pp. 178-179).

Hoy en día es dominante ya la doctrina constitucional que propugna una misma o similar protección para los derechos sociales y para los demás tipos de derechos fundamentales, con aplicación de los mismos mecanismos protectores y de garantía, empezando por la garantía judicial de los mismos. Pero posiblemente una buena parte de esas bienintencionadas doctrinas se está deslizando por derroteros arriesgados y hasta incongruentes. Diré ahora mismo por qué.

El instrumento por antonomasia de protección de los derechos fundamentales es la ley general y abstracta,⁴⁷ si en verdad queremos pensar que los derechos han de serlo de todos y estar para todos amparados y desarrollados en igualdad, y no que todos están llamados a ser titulares de los derechos fundamentales, pero que cada uno los tendrá solamente en la medida en que lo quiera el azar o la buena suerte. No hay verdadera protección general e igualitaria del derecho al honor de cada ciudadano sin una correcta tipificación penal de delitos como el de injuria y calumnia y sin apropiados mecanismos para hacer efectiva la indemnización de la víctima de la vulneración de ese derecho, en clave de responsabilidad civil por daño extracontractual. Si usted y yo, ciudadanos españoles, tenemos adecuadamente amparado ese derecho al honor, será gracias a la regulación en el Código Penal de delitos como los de injuria y calumnia y por obra de la Ley Orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y ello suponiendo que tales regulaciones penales y civiles sean apropiadas y eficaces.

Los tribunales constitucionales u órganos judiciales con competencia para el control de constitucionalidad pueden y deben entrar en juego y declarar la inconstitucionalidad de las regulaciones de los derechos fundamentales o bien cuando la regulación legal de los mismos sea inadecuada por excesivamente restrictiva de esos derechos o por negar su esencia misma o las claves de su básica efectividad, o bien cuando dicha regulación no exista y nos hallemos ante inconstitucionalidad

⁴⁷ En palabras de Luigi Ferrajoli, «los derechos fundamentales, al consistir en normas téticas, requieren siempre, como observancia primera y prejudicial, una *legislación de desarrollo*, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente primarias y secundarias (...), en ausencia de las cuales están destinados a lo que se ha llamado <<inefectividad estructural>> (...). Esta necesidad es evidente para los derechos sociales, cuya garantía comporta la institución de aparatos —escuelas, hospitales, antes de previsión y de asistencia— encargados de su satisfacción. Pero vale también para los derechos individuales, tanto civiles como de libertad, que exigen la introducción de las correspondientes prohibiciones de lesión por obra de específicas normas téticas y de las sanciones conectadas por obra de las apropiadas normas hipotéticas, además de la institución de los aparatos policiales y judiciales aptos para prevenir o sancionar sus posibles violaciones» (Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2013, traducción de P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, p. 77).

por omisión.⁴⁸ Será entonces cuando en puridad pueda y deba operar la eficacia directa de los derechos fundamentales y hayan los jueces de suplir en lo posible al legislador reticente. El problema está en que nunca la jurisprudencia puede ser capaz de brindar una protección general e igualitaria de los derechos, una protección para todos sus titulares, ya que los jueces sentencian caso a caso y, como quien dice, tapan de uno en uno los agujeros de un colador. Solo el legislador puede hacer que el colador se cambie por un recipiente no agujereado.

Creo que esto mismo que se acaba de decir vale para los derechos sociales, como el derecho a la educación o el derecho a la sanidad. Solo mediante ley general puede regularse su satisfacción general, y a los tribunales constitucionales o la judicatura competente les corresponde tanto velar porque la ley en cuestión no sea inconstitucional como instar al legislador a acabar con su omisión cuando esa ley no existe. Igualmente, tocará a los jueces resolver caso por caso en favor de los derechos sociales y en ausencia de ley constitucional que los regule, pero esto es nada más que el mal menor, un puro parche incapaz de solucionar debidamente la vulneración que del derecho social en cuestión implica la inexistencia de una ley reguladora que extienda ese derecho con alcance general y asegure eficazmente su satisfacción. Mas en nuestro tiempo y en algunos países se están sumando la crisis de la ley como instrumento regulador y el descrédito del legislador parlamentario mismo, por un lado, y, por otro, la fe desmesurada en las capacidades justicieras y casi taumatúrgicas de cortes constitucionales y jueces como instituciones directamente llamadas a proteger todos los derechos fundamentales y hasta a protegerlos con prescindencia del legislativo y hasta de espaldas a la ley, caso por caso y mediante un sistema de decisión más basado en la equidad o justicia del caso concreto que en la norma general y abstracta. Los resultados son bien evidentes para quien quiera verlos: estados con tribunales constitucionales y judicaturas extraordinariamente activistas, ponderadores y supuestamente generosos con los derechos fundamentales, incluidos los sociales, pero en los que ni un ápice se avanza respecto de la injustísima distribución de la riqueza, de la vulneración generalizada de cualesquiera derechos (y, desde luego, de los derechos sociales), de la radical inseguridad jurídica, de la rampante corrupción y, para colmo y paradójicamente, del servilismo de los jueces ante los poderes políticos y económicos dominantes. Eso sí, esos mismos jueces se legitiman ante cierta opinión pública y ante determinada opinión académica a base de ejercer lo que podríamos llamar

⁴⁸ Sobre la variada problemática de la inconstitucionalidad por omisión, véase Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

la jurisprudencia simbólica, de dictar en algunas ocasiones sentencias sumamente llamativas por su generosidad al amparar algún derecho a un ciudadano particular demandante, pero solo a ese ciudadano o a cada uno de los pocos que logren acceder a la justicia y dar con un juez que así quiera legitimarse o que de buena fe ejerza su misión protectora de los derechos.

Me parece que no es descaminado volver a comparar los derechos habitualmente llamados sociales, como el derecho a la educación, con los derechos fundamentales de carácter procesal, con lo que genéricamente se llama derecho al debido proceso judicial. Todos damos por sentado que para que el ciudadano pueda realizar su derecho al debido proceso judicial, su derecho a acceder al sistema de Justicia y recibir de los jueces y tribunales una sentencia fundada en derecho, es imprescindible que el Estado haya organizado un sistema judicial y haya regulado los procesos judiciales en todos sus detalles. A nadie se le ocurriría, creo, indicar que la ley procesal es prescindible, y más si la afición a legislar es un resabio del viejo y ciego positivismo decimonónico, y que lo que importa para hacer efectivo el derecho al debido proceso judicial es que haya quien ponga fin a cada conflicto decidiendo equitativamente y sin ataduras normativas sobre cosas tales como legitimaciones activas o pasivas a la hora de demandar, plazos, competencias jurisdiccionales, pruebas lícitas e ilícitas, formas de la sentencia, sistemas de recursos, etc., etc. Si, por tanto, imprescindible nos parece que exista una legislación procesal general, respetuosa con el haz de derechos fundamentales ahí en juego y sometida al control de su constitucionalidad en razón de su servicio a la previsión constitucional de esos derechos, ¿por qué no nos ha de resultar igual de evidente que la protección de derechos como la educación o la sanidad tiene que venir antes que nada de la mano de una adecuada legislación y no ser obra imposible de la jurisprudencia, por muy buenas que sean, cuando lo son, las intenciones de los jueces?

Flaco favor se hace a los derechos sociales, al modelo de Estado social y a la justicia social si, como en algunos países ocurre, la insistencia en colocar a la judicatura en el centro de la garantía de los derechos sociales sirve para librar al legislador del reproche por no cumplir su crucial papel respecto de esos derechos y si, de propina, tal omisión del legislador vale como excusa para justificar un activismo judicial desmesurado y a la postre impotente en términos de mejora de la situación social del conjunto de los más débiles dentro de esos estados.⁴⁹

⁴⁹ Véase, sobre el caso brasileño, el contundente artículo de Octavio Luiz Motta Ferraz, «Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil», *Texas Law Review*, 89, 2011, pp. 1643ss. Partiendo del análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la salud en Brasil y con manejo de abundantes datos empíricos, este autor adopta una postura muy crítica y que

resume él mismo así: «My main contentions are these: (1) when pushed to enforce some social rights assertively, courts have a tendency (and an incentive) to misinterpret these rights in an absolutist and individualistic manner; (2) such interpretation unduly favors litigants (often a privileged minority) over the rest of the population; (3) given that state resources are necessarily limited, litigation is likely to produce reallocation from comprehensive programs aimed at the general population to these privileged litigating minorities; and (4) contrary to the contention of some scholars, enhancing access to courts would not solve the problem» (ibid., p. 1646). Puntualiza Ferraz que no está en contra de la constitucionalización de los derechos sociales ni pretende sostener que sea inútil o contraproducente toda protección judicial de los mismos, sino que su tesis es más bien que «in some places, such as Brazil (and perhaps other countries with similar contexts, legal cultures, and structures), the judicialization that followed constitutionalization has likely been detrimental (and certainly not helpful) to furthering the interests that social and economic rights are supposed to protect» (ibid., p. 1647). Cabe discutir cuál haya de ser el alcance de la intervención judicial para la garantía de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos y hasta dónde llega la legitimidad de la judicatura para interferir en este punto con las decisiones del legislador («When social rights are constitutionalized, it seems possible for courts to go further. The difficult question, of course, is *how much* further?», p. 1654), pero, según este autor, tal legitimidad sí desaparece cuando el modo en que los jueces intervienen no mejora o acaba por empeorar la situación del conjunto social en lo que a esos derechos se refiere (ibid., p. 1650). Para los interesantísimos ejemplos que de esto último estudia en el caso de la protección del derecho a la salud por vía judicial en Brasil, véanse páginas 1651ss. Ahí se muestra que desde que el Supremo Tribunal Federal de Brasil en nombre del derecho a la salud ampara toda pretensión de que el Estado financie un tratamiento en el extranjero y aunque sus costes supongan un considerable tanto por ciento del presupuesto de sanidad, tal política judicial ha privado de recursos sanitarios a la mayoría de las capas sociales más humildes y necesitadas del gasto público, mientras que quienes litigan para demandar del Estado la financiación de los costosísimos tratamientos y los consiguen del erario público son siempre las clases sociales más adineradas (vid. ibid., pp. 1661-1662). La conclusión es tremenda y ha de hacernos pensar: «Given that resources are necessarily limited, such «protection» can be dispensed only to some individuals (the litigating minority) at the same time and at the expense of the needs of others (the nonlitigating majority). When litigants are already privileged in terms of living standards—as they tend to be, given that access to courts is costly in most places—social rights litigation serves to reinforce these privileges rather than improve the living standards of the poor or diminish inequalities» (ibid., p. 1663). El escepticismo de Ferraz se torna radical y razonable al tiempo cuando señala lo muy improbable de que llegue por vía del activismo judicial un cambio social importante en Brasil y una verdadera efectividad de los derechos sociales y de garantía de mínimos vitales, resultante de mecanismos reales de distribución de la riqueza, pues «Judges are among those who benefit most from the unequal distribution of wealth in Brazil (they are the highest paid public servants) and have no historical record of complaining, or being minimally uncomfortable, about this situation. Raising taxation on those who, like judges, are among the top 1% of income earners in Brazil, in order to fund the social rights of the poor would likely muster little support from the judiciary. It is not absurd to suggest that right-to-health litigation has been so «successful» in great part due to its insignificant effects on redistribution from the rich to the poor» (ibid., pp. 1665-1666).

En una línea similar a la de Ferraz y también en referencia al derecho a la salud y la jurisprudencia brasileña, véase Virgilio Alfonso da Silva, Fernanda Vargas Terrazas «Claiming the Right to

Además de que materialmente no pueden, tampoco deben los jueces ser quienes dirijan la política social de un Estado. Los derechos sociales tienen que ser satisfechos con carácter general y de manera que ningún ciudadano esté por debajo de un apropiado umbral en lo que concierne a cosas tales como educación, sanidad, vivienda... o acceso a la justicia, entre otras cosas. Pero, *cumplido ese mínimo*, no es al poder judicial a quien corresponde establecer las políticas públicas ni sentar preferencias entre cosas tales como construir más escuelas nuevas o más hospitales. Esas son las decisiones que competen al legislador democrático, por razón de su legitimidad democrática, precisamente. Y por eso las políticas públicas deben hacerse con base en la legislación y a los jueces nada más que pertenece una importante y doble misión de control y garantía: velar por la constitucionalidad de esa legislación, declarando inconstitucional, por la vía que corresponda, la ley que no ponga los medios para asegurar los mínimos para todos debidos, y amparar a los ciudadanos individuales tanto cuando la ley, si la hay, no se respeta, como otorgarles ese derecho en la debida proporción cuando el legislador no ha hecho honor a su responsabilidad y no ha legislado sobre el derecho en cuestión.⁵⁰

Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded», *Law & Social Inquiry*, vol. 36, n.º 4, 2011, pp. 825-853.

Sorprendentes y aleccionadoras resultan igualmente las conclusiones de David Landau, después de estudiar detenidamente la jurisprudencia colombiana, ante todo, y también los casos de Brasil, Argentina, Hungría, Sudáfrica e India. Tal conclusión es que no resulta cierto que allá donde los tribunales adoptan estrategias de fuerte defensa de los derechos sociales acaben beneficiando a las clases más desprotegidas, sino a las clases medias y altas. Dice este autor que los tribunales son mucho más propicios a proteger el derecho a las pensiones de los servidores públicos o ciertos subsidios para las clases medias que a transformar las vidas de los grupos marginados. Véase David Landau, «The Reality of Social Rights Enforcement», *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 401-459. Lo que dice de Colombia, por ejemplo, es muy llamativo: «In the case of Colombia, the problem of populism has arisen at the Constitutional Court level itself. Post-Court career paths contribute significantly to this problem. Magistrates are often appointed at a fairly young age, serve one eight-year term, and then are looking around for more opportunities. In a weak, fragmented party system like Colombia's, political entrepreneurship has been an appealing option—magistrates make a name for themselves with several «big name» decisions and then run for political office» (ibid., pp. 456-457).

En un detallado trabajo reciente, Brinks y Gauri investigan si, en los países con mayores niveles de pobreza de buena parte de la población, el activismo judicial en torno a los derechos sociales favorece o no a los pobres. Concluyen que sí tiene ese efecto en India y Sudáfrica y no en Indonesia o Brasil, pues son esos los cuatro casos que detenidamente analizan. Véase Daniel M. Brinks, Varun Gauri, «The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights», *Perspectives on Politics*, Vol 12, n.º 2, 2014, pp. 375ss.

⁵⁰ Luigi Ferrajoli, después de apuntar las severas dificultades técnicas que plantea al control de la inconstitucionalidad por omisión, tal como la prevén, por ejemplo, las constituciones por-

tuguesa y brasileña, señala que, sin embargo, «nada impediría reforzarla, previendo por ejemplo la obligación del parlamento de decidir en breve plazo sobre la recomendación del tribunal e induciéndolo así a asumir una abierta responsabilidad política por el eventual incumplimiento. El campo privilegiado de tales omisiones —añade Ferrajoli— es obviamente el de los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación. Pero en estos casos, a los fines de un control de constitucionalidad, sería mucho más eficaz la transformación de la laguna proveniente de la omisión en una antinomia, mediante la introducción en las cartas constitucionales (...) de rígidos vínculos presupuestarios idóneos para anclar en cuotas mínimas el presupuesto estatal, o mejor todavía el producto interior bruto, los diversos capítulos del gasto social» (Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, cit. p. 95). Más adelante, insiste Ferrajoli en que «Es en realidad claro que la garantía constitucional no puede extenderse, en aplicación de la separación de poderes, hasta usurpar la función legislativa» (ibid., p. 218). Sobre aquellas posibles medidas constitucionales para la efectividad de los derechos sociales y consistentes en la introducción de vínculos presupuestarios en materia de gasto social «mediante la estipulación para cada derecho social constitucionalmente establecido de la cuota mínima del presupuesto del Estado que debe destinarse a su garantía», lo cual «permitiría al tribunal constitucional censurar las leyes financieras que derogasen esos límites», ibid., p. 388. Agrega Ferrajoli que «Menos problemáticas son las garantías sociales secundarias, una vez introducidas las garantías primarias —por ejemplo, la escolarización obligatoria, la asistencia sanitaria gratuita o la renta mínima de subsistencia— y por tanto la posibilidad de detectar y eliminar sus posibles violaciones. La experiencia jurisprudencial, al desmentir el lugar común de la no accionabilidad de los derechos sociales, ha mostrado los ulteriores espacios de justiciabilidad de los mismos y de exigibilidad de las prestaciones que forman su contenido ante las tradicionales jurisdicciones civil, penal y administrativa» (ibid., p. 388).

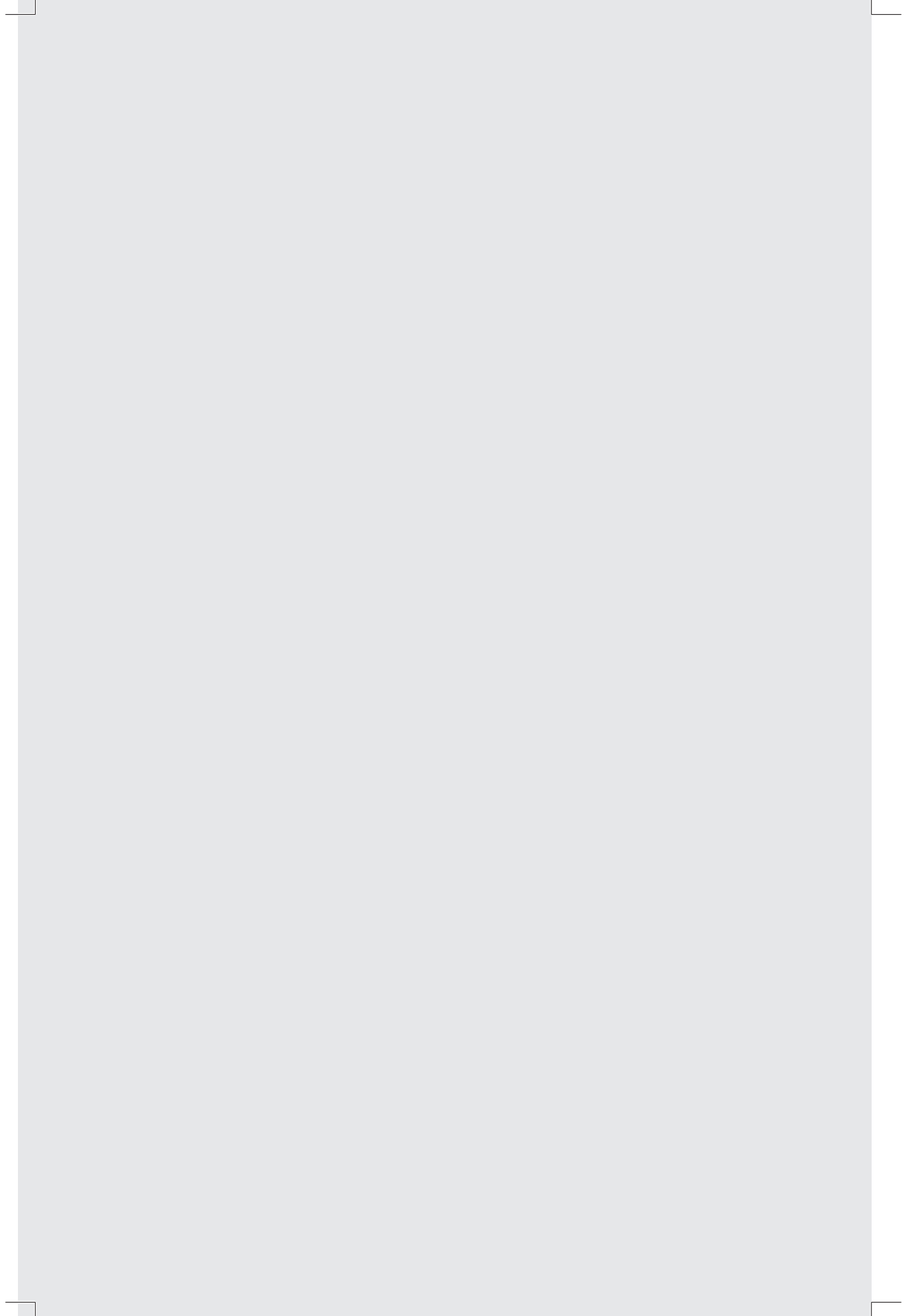
Esquemas constitucionales y legales: posibilidades de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica: fines legislativos y jurisprudenciales de garantía de los derechos sociales¹

Elisabetta Catelani

SUMARIO

1. Introducción: objetivos de la investigación.
2. Nacimiento de los derechos sociales en Italia.
3. El papel de las regiones en la evolución de los derechos sociales: la reforma del título v de la Constitución entre competencias estatales y regionales.
4. Los estatutos regionales: formulación en los principios generales de los Estatutos de los objetivos de protección de los derechos sociales.
5. Protección de los derechos sociales por parte de las Regiones.
6. Protección de la salud: algunas cuestiones regionales.
7. La crisis económica y su impacto en la protección de los derechos sociales en un contexto europeo.
8. Conclusiones.
9. Bibliografía.

¹ Cuarta investigación conjunta Escuela Libre de Derecho de México-Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa.



I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Los análisis sobre los derechos fundamentales normalmente distinguen los derechos clásicos de libertad, que son reconocidos por el sistema y no implican una actividad positiva por parte del Estado, y los derechos sociales, que por el contrario requieren estructuras, actividades, costos para el Estado.

De hecho, sobre la base de una visión más general de la importancia económica de la actividad pública, ya se establece que asegurar cada derecho implica un costo (desde la creación de la policía, los tribunales y el sistema penitenciario para garantizar la libertad personal, creación de carreteras, ferrocarriles y aeropuertos para garantizar la libertad de movimiento) y una de las maneras para llegar a la llamada *revisión de los gastos* y reducir el costo del Estado, es también intervenir en la misma organización de la Administración Pública y sobre las formas mediante las cuales se garantizan los derechos civiles. Por supuesto, la manera más simple y más directa para reducir el gasto público es el de intervenir de una determinada manera en el conjunto de estructuras que protegen los derechos sociales y la reducción de su financiación puede determinar una reducción consecuencia de su reconocimiento.

El propósito de esta investigación es reconstruir las intervenciones estatales y regionales sobre la cuestión de los derechos sociales y, en particular, para determinar si, en una situación de crisis económica como la actual que ha durado más de ocho años, la protección de los derechos sociales haya sufrido una contracción en términos generales o en algunos sectores específicos. Esta investigación no puede prescindir, sino más bien debe primero tener en cuenta la posible diferenciación de protección resultante de la competencia legislativa y administrativa de las Regiones en relación con muchos de los derechos sociales. Diferenciación que, sin embargo, no podrá exceder aquellos que se definen niveles básicos de las prestaciones que, por el contrario, se deben asegurar de manera uniforme en todo el territorio del Estado.

Para este fin, es necesario recordar, al menos brevemente, como nacieron los derechos sociales en Italia y su reconocimiento en la Constitución (§1). Aunque el reconocimiento de los derechos sociales se presenta en la primera parte de la Constitución de 1948 (que se mantuvo sin cambios en casi todas las partes), la organización de las estructuras que garantizan su eficacia ha sido objeto de una enmienda constitucional introducida en 2001, que ha cambiado significativamente el papel del Estado en la protección de estos derechos, ampliando (o hasta confiando integralmente) la competencia de las Regiones sobre la cuestión (§2). De ahí la necesidad de aclarar que no existen niveles mínimos de prestaciones en términos de derechos sociales que el Estado debe garantizar, ya sea a través de una competencia legislativa exclusiva, que se le atribuye en la Constitución, ya sea a través de recursos económicos, que deben ser sostenibles, y que de todas formas deben estar garantizados a las Regiones. A esto hay que añadir que justamente esta parte de la Constitución es objeto de proyectos de reforma constitucional, que van a modificar y completar la actual distribución de competencias entre Estado y Regiones. La dirección que está emergiendo, de hecho, es hacia una nueva centralización de competencias en favor del Estado en muchas áreas, entre ellas sin duda las relativas a los derechos sociales. De ahí la utilidad, por un lado, de conocer con más detalle la experiencia extranjera para abordar mejor la evolución de la reforma actual, y por el otro de entender las razones de las propuestas para una nueva centralización de competencias en favor del Estado, con la consiguiente reducción de las competencias de las Regiones. En particular, se plantea la pregunta: ¿en qué medida el Estado debe proteger y hacer efectivos los derechos sociales y cuando deben intervenir las Regiones (en Italia), como también sucede en los Estados federados? (Alemania, México etc.) (§3).

Por tanto, es útil dirigir el análisis sobre la atención que las Regiones han mostrado por los derechos sociales en sus Estatutos, es decir sobre los instrumentos normativos que más y mejor permitan a la Región determinar sus metas y objetivos generales. La lista de estos objetivos no constituye un contenido obligatorio del Estatuto prescrito por la Constitución, y sin embargo, todas las regiones que hayan aprobado los nuevos Estatutos después de la reforma de 1999-2001, han considerado esencial mencionar estos objetivos con el fin de determinar de manera prioritaria las posibles opciones normativas de la Región.² Por supuesto, estas

² Esto no significa que luego la Región no pueda, en las diferentes legislaturas y con diferentes fuerzas políticas que puedan alternarse en el gobierno de la Región, cambiar los objetivos que se desean perseguir, pero en realidad y supuestamente elegirá los objetivos entre los enumerados en el mismo Estatuto (véase mejor lo que se explicará en el §4).

declaraciones de principios no pueden ser representativas de una voluntad política para lograr estos objetivos, por lo que luego se deberá verificar, al menos de forma general, cuál es la orientación normativa que las Regiones han adoptado (y si la han adoptado) con el fin de garantizar y proteger los derechos sociales. Ya se puede anticipar que la materia más ampliamente legislada es la del derecho a la salud, que sin duda representa el derecho social primario, que absorbe la mayor parte de los recursos financieros, de modo que los costos de atención de la salud constituyen el 80% del presupuesto regional. Pero esto no excluye tener en cuenta la protección de otros derechos sociales igualmente importantes, como los derechos que deben ser reconocidos para las personas mayores o las minorías. Estos sectores serán cada vez más un problema para Italia, que alcanzó una tasa de natalidad de 1,4%. Como muchos economistas han afirmado (Edward Hugh, Nico Voigtländer y Hans-Joachim Voth), uno de los problemas de la crisis económica en muchos países de Europa también está representado por el envejecimiento de la población y por la consiguiente reducción de la capacidad de trabajo, inversión y crecimiento de los Estados. Al mismo tiempo, sin embargo, los jóvenes, los «pocos jóvenes», deben proteger y garantizar los derechos de los ancianos en mayor medida de lo que se podía imaginar en 1948 cuando se aprobó la Constitución italiana (tanto que no prevé expresamente una protección directa de los derechos de los ancianos, a diferencia de lo que sucede con otras Constituciones). (§ 4-6).

La experiencia italiana, sin embargo, no puede separarse del contexto europeo, más aún después de la aprobación del Tratado de Lisboa³ que, por un lado, ha actualizado los objetivos y competencias de la Unión Europea y, por otro, ha dado pleno efecto a la llamada Carta de los Derechos Fundamentales, aprobada en Niza en 2000, pero sólo ahora implementada con el art. 6 TUE. En lo que respecta a la Unión Europea se presentan, en particular, dos problemas: 1) el aumento de las competencias europeas con el consiguiente control de la protección efectiva de los derechos sociales por parte de los Estados, 2) la necesidad de fomentar, incluso desde un punto de vista financiero, dicha eficacia, no tanto con sanciones, sino más bien con beneficios también económicos para los Estados, con el fin de hacer que tales derechos sean más fácilmente accesibles. La crisis económica, que constituye el «hilo rojo» de esta investigación, no ha facilitado el reconocimiento de estos derechos sino que los ha reducido sustancialmente. Por tanto es necesario preguntarse si y en qué medida esta reducción es admisible y

³ Tratado de la Unión Europea, firmado en Lisboa en 2007 que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (TUE).

cuándo y cómo la Unión Europea puede intervenir en caso de falta de protección de estos derechos.

Además de la función y las competencias de la Unión, se debe recordar también la importancia y la influencia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (denominado Tribunal de Estrasburgo), que, aunque no forme parte de la Unión Europea, el nuevo Tratado de Lisboa ha proporcionado la suscripción por parte de la UE a la Carta Europea de los Derechos Humanos (CEDH) y por lo tanto no se podrá prescindir de las decisiones de dicha Corte a la que se exige garantizar su eficacia y aplicación. (§ 7).

La reconstrucción racional del derecho constitucional y regional sobre el tema, junto al análisis de la jurisprudencia nos permitirá identificar los caminos en este momento de crisis deberían ser perseguidos para el equilibrio adecuado entre la protección de los derechos sociales y los compromisos financieros derivados de la obligación del equilibrio presupuestario impuesta a los países de la zona Euro.

2. NACIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ITALIA

El tema de los derechos sociales es relativamente «nuevo» para el Derecho Público europeo. Tanto es así que, en Europa, la primera constitución que reconoció explícitamente los derechos sociales fue la Constitución de Weimar de 1919, en la que fue diseñado, más que creado, un modelo de Estado llamado «socialdemócrata», precedido, en el mundo, sólo por la Constitución mexicana de 1917.

Por tanto, el tema objeto de nuestra investigación es un objeto de estudio y, más que nada, un reconocimiento legal sólo desde hace un siglo.⁴

No en vano, la Constitución de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*) fue una de las primeras en definir el Estado como «Social»⁵ y en la misma línea

⁴ También las intervenciones de la Iglesia sobre el tema son, de hecho, bastante recientes, si se refiere en particular a las acciones formales que ha asumido. La primera encíclica que abordó el problema de una manera estructurada es la *Rerum Novarum* de León XIII del 15 de mayo de 1891. Luego se debe esperar el año 1967 (26 de marzo) para tener la encíclica más importante *Populorum Progressio* durante el pontificado de Pablo VI y, a menudo referida como «legislación de aplicación» (para usar un término legal, tal vez poco idóneo a una intervención papal) del Concilio Ecuménico Vaticano II, que habría terminado el 8 de diciembre de 1965. En el vigésimo aniversario de la «*Populorum Progressio*» Juan Pablo II presentó la encíclica *Sollicitudo rei socialis*, donde se aborda el tema de los derechos sociales, teniendo en cuenta los problemas económicos que les subyacen. En el mismo pontificado se debe entonces citar también la encíclica *Centesimus Annus*, adoptada en el centésimo aniversario de la *Rerum Novarum* y, por último, durante el pontificado de Benedicto XVI también hay que recordar la encíclica *Caritas in Veritate*.

⁵ Caracterizar la forma de Estado como «Estado Social» ha determinado en Alemania una reflexión sobre las consecuencias y las implicaciones de dicha designación y sobre la estructura

también estuvo la Constitución española, que define a España como «Estado Social y de Derecho».

A diferencia de éstas, la Constitución italiana, que se puede definir como «inspirada» en los principios del Estado Social, pero sin duda no se define como tal, ni habla en sentido técnico de «derechos sociales» en la formulación de 1948⁶ y sólo con la reforma del título V en 2001 se introdujo el *nomen* «derecho social», justo donde se atribuye a la competencia exclusiva del Estado la determinación de los «niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional».

La ausencia en la formulación de 1948 de una referencia al Estado social o a los derechos sociales no excluye que la Constitución italiana siempre haya reconocido y protegido los derechos sociales, en primer lugar gracias a las dos reglas generales relativas a la protección de los derechos representados por el art. 2 y el art. 3 de la Constitución. Al «reconocer» los derechos inviolables del hombre (art. 2) la Constitución se coloca en una posición secundaria, y, por decirlo así, de subordinación con respecto a los derechos pre-existentes e inherentes a la existencia misma del hombre «como un individuo y en grupos sociales» y en el art. 3, párrafo 2, mediante la introducción del principio de igualdad sustancial, plantea las bases fundamentales de todo derecho social, es decir, la necesidad de proteger la igualdad de los «puntos de partida».

El reconocimiento de los derechos sociales se encuentra en detalle en la sección II de la primera parte de la Constitución («relaciones ético-sociales»), donde se garantizan los derechos de la familia, de los hijos, de la infancia y la juventud (art. 29-30), el derecho a la asistencia sanitaria, al menos para los indigentes (art. 32); el derecho a la educación (art. 34); asimismo en la sección III el reconocimiento del derecho de los trabajadores a salarios justos, descanso semanal y vacaciones anuales (art. 36); los derechos de las trabajadoras y del trabajo infantil (art. 37); la asistencia y la seguridad social (art. 38).

Por otro lado, no se puede señalar que la posición constitucional de tales derechos en una sección posterior a la que contiene los derechos de libertad clásicos es sin duda significativa e indicativa de una preeminencia sustancial de aquellos, con respecto a los derechos sociales, como si el Estado de Derecho prevaleciera

misma de los derechos sociales. W. SCHMIDT, *I diritti fondamentali sociali nella repubblica federale tedesca*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 784 e E. EICHENHOFER, *Costituzione e diritto sociale*, in *Dir. Pubblico*, 1997, 459.

⁶ De hecho, se habla de dignidad social, relaciones sociales, función social y utilidad social de la propiedad, de asistencia social, pero no específicamente de derechos sociales.

sobre el Estado Social. De hecho, la doctrina italiana, desde hace algún tiempo, comparte la opinión de que no hay ninguna contradicción entre los dos términos, sino más bien el reconocimiento de la libertad (asunción del imperio de la ley) tiene su propia base y fundamento en la igualdad (Estado Social).⁷ Esto no excluye que el reconocimiento de los derechos a la libertad desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el posterior nacimiento del concepto del Estado de Derecho, haya asignado a los derechos de libertad una posición privilegiada en relación con los derechos sociales, que luego fueron considerados como derechos «menores».⁸

Esto se ve confirmado por el hecho de que las primeras acciones públicas para la protección de los derechos sociales operaban en favor de categorías bien definidas de sujetos a los cuales se reconocía una ayuda y una intervención sólo porque eran parte de esas categorías específicas: indigentes, situaciones de necesidad, ciudadanos que no pueden trabajar y que carecen de los medios para vivir (art. 38 de la Constitución) y por tanto no como «individuo» en general.

Por otro lado, es muy reciente la reconstrucción de la doctrina sobre el reconocimiento de la «igual dignidad» de los derechos sociales en relación con los derechos de libertad y la teoría de la base de los derechos sociales como una síntesis entre libertad e igualdad.⁹ El valor de la persona y sus derechos establecidos y enunciados en los artículos 2 y 3, párrafo 1 de la Constitución preceden, pero están estrechamente relacionados con los modelos pluralistas y solidarios, con el fin de poder afirmar que los derechos sociales son un instrumento de igualdad, pero al mismo tiempo un medio para aplicar las libertades fundamentales y la herramienta de garantía de la dignidad de la persona.

Esto ha dado lugar a la superación de la idea de que el reconocimiento constitucional de la protección de los derechos sociales sólo tendría sentido si va acompañado por una legislación que permitiera su aplicabilidad efectiva. Es decir que se consideró simplificada la distinción entre las normas constitucionales que protegen los derechos de libertades consideradas de inmediato prescriptivas (y, en cualquier caso implican sobre todo un comportamiento de *non-facere* por parte del Estado), con respecto a aquellas normas que protegen los derechos sociales que imponen y requieren un comportamiento activo del Estado o de los sujetos delegados para ello.

⁷ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, vol. CXLVII, 1954.

⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, p. 103.

⁹ A. BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, en *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma 1989, p. 6 ss.

En realidad, no todos los derechos sociales pueden ser igualados en cuanto a su protección, por lo que se destacaron como «incondicionales», que no plantean problemas particulares en cuanto a su disfrute y que pueden ser invocados directamente por los beneficiarios, por parte de aquellos que en cambio presuponen «la subsistencia de estructuras organizadoras esenciales para proporcionar prestaciones garantizadas o para el cumplimiento de las conductas de las cuales consta el contenido del derecho considerado».¹⁰ Pero en cualquier caso, ambos son derechos constitucionales inviolables, inalienables, irrenunciables, indisponibles.

Con los años, a través de una interpretación evolutiva de la Constitución, los derechos sociales se expandieron gradualmente, dando lugar a los que se pueden considerar como «nuevos» derechos sociales, inferibles y derivables de las normas constitucionales y que en 1948 no parecían tan obvios, tales como el derecho al medio ambiente (*ex* art. 9, párrafo 2 de la Constitución), el derecho a la vivienda (artículos 42, párrafo 2, 47 párrafo 2 de la Constitución), los derechos de los ancianos (implícitos en muchas de las disposiciones constitucionales, pero no designados como tales),¹¹ los derechos de los inmigrantes (*ex* artículos 2 y 10 de la Constitución) y más en general, el derecho a la igualdad de oportunidades para todos los sujetos vulnerables¹². Además de estos, sin embargo, los estatutos regionales y una parte de la doctrina atribuyen valor social también a otras situaciones que las propias Regiones sin duda pueden proteger, pero que ciertamente no pueden configurarse como derechos sociales en el sentido estricto, es decir garantizados por la Constitución, como el reconocimiento del derecho al deporte, los derechos de los animales, los derechos del consumidor y así sucesivamente.

Por ello, nuestro objetivo es verificar los criterios para la asignación de competencias entre Estado y Regiones en el ámbito de los derechos sociales, cómo las Regiones han ejercido sus poderes, tanto en el ejercicio de su autonomía legal como legislativa y, finalmente, tratar de entender cuáles son las limitaciones y ventajas de una intervención local, inevitablemente diferenciada, sobre la protección efectiva de estos derechos, y por último, cuáles son las razones que justifican las propuestas de reforma a nivel constitucional sobre la asignación de competencias.

¹⁰ A. BALDASSARRE, *cit.*, p. 31.

¹¹ La organización de la familia en 1948 era tal que no se especulaba con problemas de gestión del anciano o de la protección de derechos distintos de los de cualquier otro individuo.

¹² Como se verá mejor en el análisis de los Estatutos regionales se consideran dignos de una intervención positiva de la Región sujetos que se encuentran en situaciones personales muy distantes unos de otros, para los cuales se necesita una intervención positiva (acciones positivas) de parte de sujetos públicos: discapacitados, homosexuales, drogadictos, y por supuesto las mujeres, situación de hecho directamente protegida por los artículos 37, 51 y ahora 117, párrafo 7 de la Constitución.

3. EL PAPEL DE LAS REGIONES EN LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA REFORMA DE LA SECCIÓN V DE LA CONSTITUCIÓN ENTRE COMPETENCIAS ESTATALES Y REGIONALES

A pesar del contenido constitucional, la garantía real de los derechos sociales se ha llevado a cabo en pequeños pasos y con una gran diferenciación entre los diferentes tipos,¹³ ya sea por la historia que cada uno de ellos tenía, o por las formas de protección que se habían realizado en el tiempo, o también porque algunas de las competencias han sido transferidos gradualmente a nivel local (y en algunos casos siempre se han garantizado sólo a través de estructuras descentralizadas).

En las Regiones se ha comenzado a hablar sobre el tema de los derechos sociales, en parte con la formulación de los primeros Estatutos regionales en los años 70, pero en particular con los decretos de transferencia de 1977 (Decreto Legislativo n.º 616 de 1977) donde se hacía referencia a las competencias regionales en el campo de la caridad pública, asistencia escolar, policía urbana y rural, atención sanitaria y hospitalaria, educación artesanal y profesional. Se trataba, sin embargo, de una competencia aún reducida y una tendencia hacia la centralización de los poderes administrativos en el Estado, ya que se creía generalmente que una centralización de los poderes permitía lograr más fácilmente la protección efectiva de esos derechos, y un *estándar* uniforme, desde un punto de vista territorial, de la satisfacción de las necesidades sociales de todos los ciudadanos.

Las reformas de los años 90 (véase la reforma sanitaria introducida por la ley 421/1992; ley 285/1997 «Disposiciones para la promoción de los derechos y oportunidades de los niños y adolescentes», los decretos de transferencia de las funciones administrativas, y, finalmente, la última ley marco sobre servicios sociales no. 328/2000) han cambiado radicalmente las competencias y las formas de protección de varios derechos sociales, a fin de permitir hablar de «regionalización del bienestar social».¹⁴

Una posterior y más radical transformación ha tenido lugar después de la reforma constitucional de 2001 (primera y, hasta ahora, única grande reforma constitucional introducida en Italia desde 1948)¹⁵ que, al distribuir las competencias

¹³ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 76 ss.

¹⁴ P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle regioni*, en E. Catelani-E. Cheli (a cura di), *I principi negli Statuti regionali*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 26.

¹⁵ Cabe recordar que en Italia sólo se aprobaron 38 leyes constitucionales desde 1948, incluyendo 15 rectificativas de normas de la Constitución, 14 para aprobar o modificar los Estatutos de regiones especiales y sólo 9 leyes constitucionales de otros contenidos.

entre Estado y Regiones confirmó y reiteró la tendencia que surgió en la legislación de los años 90 para reducir la intervención estatal en la vida social y reservó a la competencia exclusiva del Estado sólo determinar los «niveles esenciales de prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales» (letra m), las normas generales sobre la educación (letra n) y la seguridad social (letra o), mientras que todos los demás derechos sociales fueron asignados a la competencia complementaria o residual de las Regiones.¹⁶

Por otra parte no se puede decir que las Regiones hayan adoptado una actitud de autocontrol o por lo menos de desapego de estas áreas, sino que más bien han percibido la intervención en estos asuntos como algo innato a sus funciones y a la necesidad de que las intervenciones posteriores se realicen mediante las instituciones más cercanas al beneficiario de las prestaciones sociales.

La asignación de competencias normativas a las Regiones en asuntos sociales determina, sin embargo, una serie de consecuencias ineludibles: primero, se acepta, en general, la hipótesis de una diferenciación de la disciplina a nivel regional, que se abandone, es decir, el principio de uniformidad de tratamiento y que se conjeture una diferenciación, tanto desde el punto de vista de la organización y el procedimiento,¹⁷ como con respecto a los objetivos que se pueden lograr.

En segundo lugar, hay que señalar que la atribución a la competencia residual de las Regiones para legislar en ciertas áreas (tales como los servicios sociales) modifica de manera significativa la posibilidad y las formas de disciplina de la materia, ya que da lugar a la no aplicabilidad del límite de los principios generales contenidos en la legislación estatal sobre el tema, por lo que el único límite se debe buscar dentro del sistema delineado por las normas constitucionales. Esto no descarta que, a fin de garantizar «requisitos uniformes», estos asuntos no interfieran

¹⁶ Esta diferenciación entre temas de competencia exclusiva del Estado y asuntos de competencia complementaria establecidos en la Constitución es una característica de Italia (Estado regional) y de otros países europeos también federales, como Alemania (arts. 73 y 74 Ley Fundamental). El modelo español es en parte diferente: en España no es la Constitución la que determina la asignación de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino que son estas últimas las que, a través de sus respectivos estatutos de autonomía, asumen las competencias que ambicionan y, así, marcan bien el alcance de la potestad reglamentaria del Estado, a excepción de un núcleo intangible garantizado por la Constitución (art. 148 y 149 C.E.). La forma de estado a nivel territorial es, por lo tanto, el resultado global de la combinación de las disposiciones contenidas en la Constitución y en cada uno de los Estatutos de Autonomía.

¹⁷ E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, en P. Bianchi (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Plus, Pisa, 2006, p. 227.

luego con las normas del Estado en áreas relacionadas (Tribunal Constitucional, sent. n.º 124 de 2009).

En ambos casos sólo hay un vínculo que no puede ser superado, es decir el nivel esencial de la prestación, que es el único límite constitucional introducido por la reforma de la Sección V

El art. 117, párrafo 2, letra *m*) de la Constitución establece que se encomienda a la competencia exclusiva del Estado la «*determinación de los niveles básico de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que debe ser garantizados en todo el territorio nacional*». La interpretación de la extensión de esta norma y de los efectos resultantes no son fáciles de resolver, tanto por el número de intervenciones por parte del Tribunal Constitucional, que intervino en algunas áreas, pero cuyas pronunciamientos se utilizan y re-interpretan en relación con otros derechos sociales, tanto a causa de los retrasos en la determinación del estado, por ley, de los niveles básicos de las prestaciones en ciertas áreas (por ejemplo, aún no se han determinado los niveles básicos de la asistencia social, denominada LIVEAS).

La interpretación de la eficacia y las consecuencias normativas que resulten de esta disposición han de tomarse, entonces, a través de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional adoptadas en relación con el campo de la salud, en las que se declaró que la competencia estatal en la determinación de los niveles básicos es de tipo «transversal», que es una «materia/ no-materia», o mejor, que es una competencia del legislador estatal idónea para afrontar todos los temas, respecto de los cuales el mismo legislador debe ser capaz de aplicar las normas necesarias para garantizar que todos, en todo el país, gocen de las prestaciones garantizadas, sin que la legislación regional puede restringirlas o condicionarlas («sent. no. 282/2002). Sin dejar de respetar la diversidad territorial, el Estado debe garantizar la igualdad sustancial que encomienda al Estado el deber de actuar con políticas positivas que permitan el pleno desarrollo de la persona humana y el ejercicio efectivo de los derechos.

Sin embargo, se ha cuestionado en el pasado si estos niveles de garantía, necesarios para asegurar condiciones de vida iguales en todo el país, podrían ser considerados satisfechos con los niveles de logro de niveles «mínimos» o si era necesario hacer referencia a un nivel más alto y si para determinarlos también pudieran participar también las Regiones a través de un proceso de consulta. En este aspecto, el Tribunal Constitucional ha dejado claro en lo que respecta a la cuestión de la salud (pero se puede extender a otros sectores) que para la determinación de los niveles básicos es necesaria una intervención legislativa del Estado, que debe «establecer procedimientos apropiados y acciones formales

precisas para proceder a las especificaciones y otras articulaciones que puedan ser necesarias en diversos sectores» (sent. 88/2003). Por tanto, será deber del Estado junto con las Regiones también revisar gradualmente los niveles básicos teniendo en cuenta las necesidades cambiantes de los ciudadanos, la innovación científica y tecnológica, los nuevos y diferentes recursos financieros que pueden tener un efecto positivo o negativo sobre dicha determinación, pero nunca tanto como para hacer que la ley sea irrazonable.

Incluso antes de lidiar con los problemas que presenta este marco constitucional y sobre todo aquellos derivados de la diferencia de trato de los ciudadanos que determina la ley regional de autonomía, por lo menos se debe mencionar cuales son las propuestas de enmienda constitucional que durante esta legislatura se han propuesto y ahora están en fase de discusión.

El proyecto de ley constitucional, ahora aprobado en la primera lectura del Senado (8 de agosto de 2014) y luego enviado a la Cámara, prevé una transformación de los criterios para la distribución de competencias entre el Estado y las Regiones, y en particular, se espera una centralización de poderes en favor del Estado y la posterior reducción del papel de las Regiones. Es probable, de hecho, que haya una extensión de las competencias exclusivas del Estado en lo que respecta a las cuestiones de interés general. En particular, en relación directa con nuestro tema, se desea asignar a la competencia exclusiva del Estado también la fijación de las «disposiciones generales y comunes» para la protección de la salud, la seguridad alimentaria y la protección y seguridad en el trabajo (letra *m* del párrafo 2 del nuevo art. 117 C.), sobre la educación (escolástica, universitaria e investigación científica y tecnológica: letra *n*), la seguridad social en general (letra *o*), medio ambiente y ecosistema (letra *s*).

Se trata de una terminología, la cual que promete ser reformada, en realidad no del todo clara y por lo tanto susceptible a una variedad de interpretaciones, ya que no está claro cuál debe ser el alcance de las disposiciones generales y comunes, es decir si debe ser igualado a las leyes marco actuales o en cambio superar esta determinación.¹⁸

¹⁸ Hay que tener en cuenta que la terminología utilizada es variada en relación con los temas, porque a veces se habla de «normas de procedimiento», en otras de «disposiciones de principio», y en las demás, al igual que en el caso de las «disposiciones generales y comunes». Si se mantuviera en el texto final esta variedad de terminología utilizada, podría ser el papel del Tribunal Constitucional el de determinar los límites de la intervención estatal o uniformar su alcance, como sería deseable, es decir distinguiendo según el tipo de competencia. Si el Tribunal mantuviera los criterios interpretativos utilizados en la interpretación de la reforma del 199/2001 no sería difícil

Si el texto se mantiene sin cambios, corresponderá en cambio a las Regiones la competencia legislativa en cuanto a la planificación y organización de los servicios sanitarios y sociales; de educación y formación profesional, de promoción del derecho a la educación, incluida la universitaria; de la promoción de los bienes medio ambientales, culturales y paisajísticos, en la medida del interés regional.

A pesar de que las normas detalladas sobre la asignación de competencias estatales y regionales, el proyecto de reforma inserta la denominada «cláusula de salvaguardia» a favor del Estado, lo que resulta en la capacidad de reclamar para sí, a partir de la propuesta del Gobierno, todas las materias, incluyendo aquellas no asignadas a su jurisdicción «cuando sea necesario para la protección de la unidad jurídica o económica de la República» es decir, se introduce un muy amplio poder que incluso la Corte tendrá dificultades para delimitar a nivel de jurisprudencia, ya que podría interferir con la política de discreción y la dirección política del poder legislativo. Esto no significa, sin embargo, que se puede suponer en un futuro la atracción a la competencia estatal de una disciplina general y más amplia en ámbito de derechos sociales, dado que una legislación común luego impone al Estado encontrar los recursos para financiar sus actividades, pero tal vez una mayor uniformidad de protección y garantía de los derechos sociales podría ser deseable.

4. LOS ESTATUTOS REGIONALES: FORMULACIÓN EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS ESTATUTOS DE LOS OBJETIVOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Las perspectivas de una reforma constitucional no excluyen, sin embargo, que con el fin de entender los objetivos políticos que surgen en Italia en términos de derechos sociales, deba referirse primero a la legislación regional: a los Estatutos en primer lugar y a las leyes regionales de implementación, en segundo.

El art. 123 de la Constitución establece (y no debería ser reformado) que «*cada Región tiene un estatuto que, de conformidad con la Constitución, determina la forma de gobierno y los principios fundamentales de organización y funcionamiento. El estatuto regulará el ejercicio del derecho de iniciativa y referéndum sobre leyes y medidas administrativas de la Región y la publicación de las leyes y reglamentos regionales*».¹⁹ El art. 123 luego identifica lo que podría definirse el contenido de-

imaginar una equivalencia de las diversas terminologías utilizadas en la legislación vigente de principio.

¹⁹ Por tanto, el estatuto regional es la norma fundamental de organización de la región que se plantea también desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes en una posición de primacía

nominado «obligatorio» del estatuto, a saber, el que no puede faltar, pero eso no quiere decir que, de hecho, las regiones hayan regulado con una herramienta de este tipo una serie de otros perfiles denominados «no necesarios» y de todas formas accesorios que pueden completar el contenido. Para todas las regiones, la nueva temporada de estatutos ha sido una oportunidad para enriquecer y mejorar las normas de principio que ya estaban presentes en los Estatutos aprobados en los años 70.

Esto ha determinado una especial atención por parte de las regiones hacia una pluralidad de «sectores» y/o de derechos sobre todo de carácter social, a veces confirmando y reafirmando las normas constitucionales, en otros casos mediante objetivos de protección de intereses que han surgido con el tiempo y están protegidos a través de una interpretación evolutiva de la Constitución.

Además de las declaraciones generales relativas a la protección del trabajo, la salud, el medio ambiente, la familia, la maternidad y la infancia, la región tiene como objetivos a alcanzar, la protección de los derechos de los niños, los adolescentes, los ancianos, los discapacitados, el goce de los derechos sociales de los inmigrantes (Abruzo), de los extranjeros y los refugiados apátridas refugiados (Emilia-Romaña), de acuerdo con los principios del pluralismo cultural, el respeto mutuo y la inclusión social» (Toscana, art. 4 letra t. O, de nuevo, nos referimos a lo que hemos llamado «nuevos derechos» (cfr. § 1), es decir que las regiones tienen como objetivo la protección o promoción de posiciones jurídicas subjetivas previamente no tratadas a ese nivel (a veces ni siquiera a nivel constitucional), pero que se consideran dignos de protección equiparables a aquellos específicamente contemplados en la Constitución. En particular, se hace referencia a la protección de los consumidores (Estatuto Emilia-Romaña, Lombardía, Lacio, Marcas, Piamonte y Umbría), el derecho al deporte (Emilia-Romaña, Lacio, Marcas, Apulia y Umbría) derechos de los animales (Piamonte) y el reconocimiento de la seguridad y la educación nutricional como objetivo regional (Emilia-Romaña, Marcas, Piamonte, Apulia), la promoción del pluralismo de la información (Piamonte y Toscana), el desarrollo de nuevas tecnologías, protección de los niños, adolescentes y mayores (Abruzo, Lacio, Apulia, Piamonte, Marcas), en apoyo de la cultura, el arte, la música, potenciando el papel de los residentes extranjeros (Emilia-Romaña, Toscana) y, finalmente, a la adopción de políticas para dar valor a la meritocracia (Campania).

en relación con la legislación regional que debe respetar no sólo el derecho constitucional, sino los principios y reglas del Estatuto.

Se sitúan, en otras palabras, en el mismo nivel de derechos constitucionalmente garantizados y encomendados a la competencia complementaria o propia de las regiones, junto con posiciones jurídicas subjetivas, sin duda dignas de protección, pero con diferentes formas y con garantías que no siempre pueden ser reconocidas oficialmente. Tanto es así que algunos estatutos debidamente distinguen, incluso desde un punto de vista terminológico, la necesidad de proteger los derechos a la salud, con respecto a la capacidad de asegurar «un sistema eficaz de protección social» (art. 2 Liguria), es decir «se protege el medio ambiente» y al mismo tiempo «se preservan los recursos naturales», «se protege la biodiversidad» «se promueve el respeto por los animales» (art. 2 Lombardía).²⁰

Aún más especiales son aquellos estatutos que, además de la protección de la familia, al mismo tiempo, reconocen «otras formas de convivencia» (Art. 4 Toscana y Art. 9 Umbría), mientras que otras regiones (Lacio), por otro lado, limitan la protección a la familia fundada en el matrimonio, inevitablemente poniendo en evidencia los diferentes factores políticos y culturales que subyacen a la elaboración del estatuto.

Justamente la formulación un poco «extravagante» de algunos estatutos llevó a la intervención del Tribunal Constitucional sobre la eficacia y el valor de estas normas de principio.

En primer lugar se debe comenzar diciendo que después de la reforma de la Sección V, durante la redacción de los Estatutos, no había habido mucho debate en cuanto a la legalidad, así como la oportunidad de contener un catálogo de principios y derechos en los estatutos ordinarios, tanto que una parte de la doctrina²¹ había considerado como innecesario, inadecuado y, en cualquier caso, valorable sólo en un plano cultural la inclusión en el estatuto de la protección de los derechos individuales.

El problema que se ponía de relieve y que aún permanece es el hecho de que la disposición para la protección de los derechos es constitucional, que los Estatutos pueden limitarse a repetir, pero que ciertamente no pueden reducir o incluso ampliar. De hecho, de la extensión de un derecho se deriva casi siempre la comprensión de otro, colocado en una posición contraria y opuesta (al derecho al aborto se opone el derecho del no nacido, al derecho a la vivienda se opone al derecho a la

²⁰ También el art. 5 de los Estatutos de las Marcas se refiere a la necesidad de promover «la cultura del respeto a los animales, estableciendo el principio de una convivencia correcta con los seres humanos».

²¹ P.CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, en *Le Regioni*, 2005, 27 ss.

propiedad, etc.) y por lo tanto es deber del Estado y, posiblemente, del Tribunal Constitucional para determinar los márgenes de la extensión de una nueva ley, teniendo en cuenta los perfiles de razonabilidad y equilibrio de los derechos.

Si por un lado, su posición al comienzo del Estatuto y el hecho de que no es un contenido obligatorio ha permitido a una parte de la doctrina describir estas normas como programáticas, que requieren una acción legislativa posterior para que puedan explicitar su eficacia, por otro lado se encontró que en todos los casos estas declaraciones de principios son significativas y comprometen la dirección política de la región.

El Tribunal Constitucional, de hecho, en una serie de sentencias, ha demostrado que se trata de declaraciones a las que «no puede reconocerse ningún efecto jurídico», pero que se sitúan «en el nivel de expresión de las creencias de las distintas sensibilidades políticas en el comunidad regional en el momento de la aprobación del Estatuto».²² Se trata de declaraciones extremadamente rigurosas que han planteado dudas en la doctrina y que, en cualquier caso, no indujeron a las regiones, que han aprobado sus estatutos en una fecha posterior a las distintas intervenciones del Tribunal Constitucional, a limitarse en la formulación de dichas normas de principio, pero que de hecho han reafirmado y confirmado la utilidad de una indicación de los objetivos generales y de los principios que rigen la región. De modo que si se desea asignar un valor a estas disposiciones que no sea meramente de naturaleza político-cultural, se podría distinguir, dentro del contenido del estatuto, las normas que tienen un valor prescriptivo de las que, por su naturaleza, no lo tienen. Me explico: con esto no se desea reafirmar la distinción entre el carácter programático y preceptivo de las normas que la misma Constitución ha excluido también con respecto a las normas estatutarias de las regiones, pero no se puede negar que hay una formulación diferente dentro del contenido estatutario y que esta diferencia se podría inferir un valor y eficacia diferentes. Los métodos de formulación y los propósitos del legislador estatutario vinculados a las normas pueden entonces permitir una diferenciación de efectividad.

Los derechos sociales (de hecho, también llamados «derechos a la prestación») permiten un marco también estatutario que especifique y permita una intervención útil y diferente de las regiones individuales, pero siempre es necesario que la diferenciación sea compatible con la garantía unitaria del derecho y por tanto depende de cómo y dónde se coloca «el travesaño» de los «niveles básicos» y si

²² Principio afirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia no. 40 de 1972 y luego reafirmada en la sent. no. 2 de 2004 y, finalmente, con claridad y precisión en la sent. no.72 (Estatuto de la Toscana); 378 (Estatuto Umbría) y 379 (Estatuto de Emilia-Romaña) de 2004.

estos niveles están regulados por la ley. Si el nivel mínimo establecido por la ley estatal, que impone una intervención económica significativa de la región, aún a través de los fondos estatales, es particularmente alto, se reconoce poco espacio a la región para diferenciar la aplicación y protección, por lo que la las previsiones de la Región para asegurar niveles «más altos» se reduce significativamente.

Un aspecto que definitivamente vale la pena mencionar es el hecho de que en los Estatutos no se hace referencia a la necesidad de garantizar el nivel básico de prestaciones, ya que se trataría de una declaración inútil, *ad abundantiam*, porque ya prevista en caso de norma constitucional.

Parece extraño, sin embargo, que en esas áreas, que están precisamente relacionados con los aspectos sociales sobre los cuales ponen mayor atención los estatutos, por un lado sea larga la lista de objetivos sociales que la región establece (a pesar de la falta de necesidad de una disposición en el Estatuto), por el otro carece, en cambio, de una referencia a esa actividad de cooperación con el Estado para la aplicación de los niveles mínimos básicos de los distintos servicios públicos encomendados a la competencia regional.

5. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES POR PARTE DE LAS REGIONES

Habiendo constatado que todas las regiones tienden a proteger los derechos sociales a través de los principios generales, ahora es necesario identificar, en general, cuáles son las áreas en las que las regiones han tenido lugar para poner en práctica esos principios contenidos en los estatutos y cuáles son las líneas de intervención regional en sus respectivos campos.

El derecho invocado en todos los estatutos y regulado en muchas leyes de aplicación es sin duda el derecho a la salud, cuya protección desde siempre se encomienda a la competencia complementaria de las regiones y de hecho la reforma de la Sección V extendió la autonomía con respecto a los perfiles organizacionales confiados exclusivamente a las regiones.²³

La acción de cumplimiento de las Regiones sobre el tema del cuidado de la salud, por tanto, se extiende desde la regulación del servicio sanitario regional (con las consiguientes normas para la autorización y acreditación de las estructuras de

²³ En el proyecto de reforma constitucional, como se ha especificado con más detalle en el § 3, se prevé que, en concreto, corresponda a las regiones la competencia legislativa en términos de «planificación y organización de los servicios sanitarios y sociales», vinculando estrechamente el perfil puramente sanitario con el perfil social y por tanto de atención, que la región debe tomar en cuenta. En la base de la ley de salud se ubica no sólo y no tanto la salud, como la salud como un concepto más amplio, que incluye también los aspectos de bienestar.

salud pública y privada que se encargan de prestar servicios de salud al público sólo después de un reconocimiento formal de la adecuación de las instalaciones y la organización a los objetivos establecidos), a la provisión de directrices para la preparación de planes de salud, hasta aspectos mucho más específicos, tales como la constitución de una garantía para la salud (Calabria ley no. 22/2008). El tema de la salud, más que cualquier otro, requiere un análisis detallado de los problemas relacionados con la diversidad de la protección del derecho previsto en las diferentes regiones, debido a una gran brecha en la organización del servicio regional de salud y al que volveremos más adelante. Cabe destacar, sin embargo, a partir de ahora, que la legislación estatal que estableció los niveles esenciales en materia de salud, y la jurisprudencia constitucional tienden a la aplicación efectiva de la universalidad de la protección de este derecho fundamental.²⁴

²⁴ El Tribunal Constitucional ha subrayado en repetidas ocasiones la necesidad de una protección universal, no sólo en beneficio de los ciudadanos, sino también para todos los extranjeros (incluso ilegales) porque es «un núcleo irreductible del derecho a la salud como un área inviolable de la dignidad humana, la cual requiere evitar la creación de situaciones sin protección, que puedan, de hecho, poner en peligro la aplicación de ese derecho» (Tribunal Constitucional sent. núm. 269 de 2010). El Consejo de Estado había intervenido para juzgar la constitucionalidad de la ley regional toscana en cuanto a los derechos de salud de los extranjeros (ley de la Región Toscana 9 de junio de 2009, núm. 29 *Reglas para la acogida, la integración participativa y la protección de los ciudadanos extranjeros en la Región de Toscana*), y afirmó que hay «un núcleo irreductible del derecho a la salud protegida por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, que exige que se impida la creación de situaciones sin protección, lo que puede, de hecho, poner en peligro la aplicación de la ley». Por consiguiente, este último deberá ser reconocido, «incluso a los extranjeros, independientemente de su posición en relación con las normas que regulan la entrada y residencia en el estado, aun cuando el poder legislativo pudiera proporcionar diferentes modos de ejercicio del mismo» (sentencia núm. 252 de 2001). La legislatura estatal, con el Decreto Legislativo n.º 286 de 1998, ha adoptado este enfoque, estableciendo, especialmente en el art. 35, párrafo 3, que «a los extranjeros presentes en el país, que no cumplan con las normas de entrada y residencia, se les asegure en los establecimientos públicos acreditados, la atención ambulatoria y hospitalaria urgente o esencial, o incluso continuada, para enfermedades y lesiones, y los programas de medicina preventiva se extienden para proteger la salud individual y colectiva «, asegurando también la protección social del embarazo y la maternidad, con igualdad de trato que las ciudadanas italianas, la protección de la salud del niño, la vacunas, la medidas preventivas internacionales, la profilaxis, el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades infecciosas y, posiblemente, remediación de los brotes relacionados.

En este contexto se posiciona la norma regional censurada, que, en la aplicación de los principios básicos establecidos por la legislatura estatal en el campo de la protección de la salud, asegura incluso a los extranjeros ilegales las prestaciones básicas de atención de la salud y asistencia para garantizar el derecho a la salud, en el ejercicio de sus competencias legislativas, en plena conformidad con las disposiciones de la legislatura estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en Italia, también con respecto a los extranjeros de vivienda residentes sin una entrada válida».

Una atención no tan grande se puede encontrar en cambio en los estatutos regionales en el establecimiento de metas de bienestar social, que se citan sólo genéricamente y en su mayor parte sólo cuando se refiere a la aplicación de los principios de subsidiariedad horizontal, más que como principios generales. A veces los estatutos circunscriben su intervención sólo para personas «en condiciones de discapacidad», o ponen en el mismo nivel de protección sujetos que requieren de intervenciones muy diferentes, como los ancianos, los niños y las personas con discapacidad, junto con los inmigrantes, los refugiados y apátridas.

El menor interés por los aspectos socio-asistenciales, en comparación con los de la salud, encuentra su punto de partida en la creación del mismo derecho a la asistencia, percibido no tanto como un derecho de la persona, sino como una intervención que se debía llevar a cabo por razones de orden y seguridad pública, por ejemplo con respecto a vagabundos, alcohólicos, indigentes. Con la aprobación del art. 38 de la Constitución y con la evolución histórica, el derecho a la asistencia se vinculó más a los perfiles económicos, tanto en lo que respecta a la identificación de los destinatarios (no trabajador debido a una discapacidad o de todas formas indigente), como un tipo de intervención que se limitaba a un apoyo o ayuda financiera. La calificación negativa que siempre se le ha dado a esas intervenciones también ha dado lugar a la imposibilidad de lograr un sistema nacional de atención y por lo tanto la falta de una «universalización» de la propia ley.²⁵ Por otra parte, el Estado ha establecido los principios generales de la materia con una ley marco sobre asistencia (Ley núm. 328/2000) sólo el año anterior a la reforma constitucional de la Sección V de la Constitución. Revisión que dio lugar a la atribución a la competencia exclusiva de las regiones de todo el ámbito de la asistencia y, más en general, de los servicios socio-asistenciales, a fin de evitar cualquier tipo de poder de intervención del Estado en la materia. Así que incluso la misma ley marco, que establecía los criterios generales de la materia, prácticamente no fue nunca implementada, porque suponía una competencia compartida entre el Estado y las Regiones no asignada durante la reforma de la Sección V

La misma protección debe ser reconocida también a los ciudadanos europeos que no reciben protección de la salud del propio Estado (como Rumania), que pueden ser equiparados a los extranjeros (Ley reg. Apulia y sent. Tribunal Constitucional núm. 299/2010).

²⁵ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., 30 ss. e più recentemente A. Albanese-C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003; E. MALARET I GARCIA, *Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar*, en *Dir. Pubbl.*, 2002 185 ss.

El interés limitado y la intervención en el ámbito estatal, sin duda no ha permitido un desarrollo a nivel regional, que previamente había delegado en mayor grado a estructuras externas las actividades administrativas vinculadas y que se encontraron de repente responsables de este amplio sector.

Si, como hemos visto, en ocasiones las menciones de los Estatutos sobre la materia eran genéricos y a veces confusos, no tuvieron mejor suerte entonces las intervenciones legislativas regionales, por lo que hay regiones que no han aprobado ninguna ley innovador en dicho sector después de la reforma del estatuto, es decir, en los últimos seis o siete años. Otras Regiones, sin embargo, creían en la posibilidad de realizar una síntesis y una intervención unificadas a nivel regional entre salud pública y asistencia (especialmente la Toscana y Emilia-Romaña), que establecieron como objetivos generales de la Región la persecución de las políticas sociales. Objetivos que luego se transformaron en acciones legislativas sin duda significativas, tales como el establecimiento de un sistema integrado de intervenciones y servicios para la protección de los derechos de «ciudadanía social» (Ley de la Toscana no. 41/2005, Ley 26/2009 Umbría no.; Apulia no. 19/2006).

6. PROTECCIÓN DE LA SALUD: ALGUNAS CUESTIONES REGIONALES

Un ejemplo, sin duda significativo para comprender las dificultades que surgen del logro de una verdadera igualdad en el goce de los derechos sociales puede ser percibido a través de ejemplos concretos y sin duda el más notable es la protección efectiva del derecho a la salud. Este derecho más que ningún otro (entre los derechos sociales) se considera inviolable, inalienable, y es la más alta expresión de la protección de la dignidad humana (más recientemente, incluso el Tribunal Constitucional N. 269/2010 antes citado).²⁶

La reforma constitucional de 2001, la asignación de competencia del Estado para establecer niveles básicos y la competencia complementaria de las regiones, han dado lugar a una estimulación de las relaciones de cooperación y colaboración entre el Estado y las regiones que se producen, en particular, con los llamados «Pactos para la salud», es decir, los acuerdos a los que se reconoce, en general,

²⁶ No obstante, cabe señalar que las constituciones de muchos países europeos no protegen explícitamente el derecho a la salud: además de la Constitución italiana (Art. 32) y de la Constitución Española (Art. 43), Portugal protege explícitamente este derecho (art. 64). Pero por otro lado, una protección explícita se observa en el art. 35 de la Carta de Niza (*Protección de la salud* - «Toda persona tiene el derecho de acceder a la atención preventiva de la salud y beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»).

tanto un valor político, porque son el producto de las actividades de consulta amplia entre el Estado y las regiones, como un valor legal, debido a que los perfiles esenciales se transfieren a los actos legislativos y a menudo mencionados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver recientemente sent. núm. 40 de 2010, 94 de 2009; 45, 145 y 203 de 2008).

Esto no excluye que debe reconocerse una amplia autonomía reguladora de las regiones, debido a que la atención de la salud está a cargo de su competencia, mientras que los perfiles relacionados con la organización de los centros de salud deben seguir la competencia propia de estos (residual). Autonomía que inevitablemente conduce a muchas disciplinas diferentes de organización, todas válidas y legítimas, siempre que sean adecuadas para la protección del nivel básico en el campo de la salud.

Algunas regiones, después de la reforma de la Sección V han reglamentado *ex novo* el servicio regional de salud a la luz de los nuevos principios introducidos, mientras que otros tienen una disciplina de atención médica que ha sido aprobada en el período anterior a la reforma de la Sección V de la Constitución.

A partir de estas regulaciones emergen modelos organizativos muy diferenciados entre ellos con resultados, a nivel de *rendimiento* y de carácter económico, no asimilables que inducen a tratar de entender y estudiar las diversas experiencias regionales. Cada región, por supuesto, debido a sus características y diferencias estructurales, necesita diversificar la disciplina de la organización del sector, que absorbe la mayor parte de los recursos financieros de la región, pero al mismo tiempo los modelos positivos, es decir, aquellos que crean un menor *déficit* financiero o los que proporcionan el resultado más eficiente, o incluso aquellos que plantean junto a un sistema de protección encomendado al sector público, también un reconocimiento adecuado de protección sanitaria encomendada a los privados (con el consiguiente reconocimiento de la elección del ciudadano de los medios de protección de la salud que mejor aseguren sus expectativas), estos modelos positivos, decía, podrían servir de ejemplo para otras regiones.

A partir de la investigación que se ha realizado sobre los costes de salud, emergen datos sin duda no homogéneos y, en particular, como se ha señalado, diferencias significativas entre los gastos presentes en las regiones del Norte y del Sur. El análisis muestra que nueve regiones tienen un exceso de gasto per cápita y un grande déficit debido a los costos financieros para la salud. En casi todos los casos, se trata de regiones del sur, además de Lacio. Las regiones con mayor exceso de gasto son, de hecho, Lacio, Campania, Sicilia, Calabria, Abruzzo y Molise. Estas regiones, que tenían una mayor amplitud de déficit financiero, se sometieron entonces al llamado «plan de retorno» con el fin de corregir los gastos de atención

de la salud, mientras que el Piamonte y Apulia fueron sometidas a un plan de pago más ligero, siendo menor, pero en todos los casos el déficit era significativo. Por el contrario, las regiones del Centro-Norte muestran niveles de gasto que no están muy lejos de los niveles estimados como eficientes. Toscana, Véneto, Emilia Romagna, Marcas, Lombardía deberían trabajar para reducciones inferiores al 3%; mientras que Friuli Venecia Giulia y Umbría tienen un balance positivo del gasto en atención de la salud. Esta actividad de control y evaluación también ha dado lugar a mejoras en la economía y a la salida del plan de retorno, con la consecuente mayor libertad en el uso de sus recursos en algunas regiones como Liguria.

También hay que señalar que según los datos recientes sobre la movilidad de los pacientes entre las regiones existe una brecha particularmente significativa. Los ciudadanos (pacientes) en el sur de Italia tienden a ir sobre todo al norte, creando lo que se ha llamado «turismo de salud», con un nuevo aumento en el costo de los presupuestos ya difíciles de esas regiones.

En general, esto confirma la imagen de un país dividido en dos, con las regiones del centro y norte en niveles de eficiencia y calidad del gasto que parecen ser significativamente mayores que en las regiones del sur.

Estas observaciones de carácter financiero y cualitativo llevan a estudiar esos modelos de organización que, mejor que otros, han permitido lograr buenos resultados, modelos que, a pesar de que no pueden ser totalmente exportados integralmente por la necesidad de garantizar y proteger la diversidad presente en las diferentes regiones, pueden ser un buen ejemplo para la adaptación de la normativa regional a las necesidades de aplicación incluso de los «Pactos para la salud», que son aprobados cada año y que deben hacer frente cada vez más a la contención del gasto, incluso a través de una organización más eficiente.

Cuando se analizan los modelos de salud introducidos por los servicios regionales de salud, se suele hacer referencia, contrastándolos, al modelo utilizado en la región de Toscana en comparación con el de Lombardía, destacando en particular el hecho de que en Toscana se tiende a integrar la salud territorial con las actividades de socio-asistenciales, mejorando principalmente las estructuras públicas de atención, mientras que el modelo lombardo, llamado «público de competencia regulada», se recuerda y caracteriza por el hecho de que las estructuras públicas y privadas se colocan en una posición de igualdad y competencia recíproca, dando lugar a la plena competencia entre las estructuras y la libertad de elección de los ciudadanos sobre qué estructura usar.

En la presente investigación no se puede, por supuesto, analizar de forma detallada las diversas formas y características de los diferentes modelos regionales sobre

los que se han hecho estudios muy generales y detallados, especialmente de tipo económico, sino que basta con señalar que, si bien a partir de modelos de protección de la salud muy diferentes (principalmente público en la Toscana, y con una fuerte participación de hospitales privados en Lombardía), se pueden lograr resultados de eficiencia comparables u asimilables, tanto en términos de protección de la salud, como en lo que respecta a los gastos necesarios para alcanzar los objetivos de eficiencia. En el sistema de toscano, sin embargo, es muy limitado el derecho de iniciativa económica privada, por otro lado protegido por el art. 43 de la Constitución.

7. LA CRISIS ECONÓMICA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN UN CONTEXTO EUROPEO

La crisis económica ha puesto de manifiesto la incapacidad del constitucionalismo para resolver los problemas derivados de la situación económica y financiera que está fuera de las normas legales, pero que al mismo tiempo las condiciona.

Al mismo tiempo, en el mundo se especula y se teoriza la necesidad de empezar a hablar de un constitucionalismo global en fase de formación,²⁷ sobre todo cuando los órganos supranacionales están facultados a generar normas que son eficaces en relación con varios Estados. Justamente la intervención de la UE sobre los perfiles constitucionales ha dado lugar a un aumento de la influencia del constitucionalismo diferente del que surgió en el '900 y la atención de la doctrina se ha centrado, en particular, en esta transformación. Antes, durante el intento de introducir formalmente una Constitución para Europa, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma en 2004, que no ha logrado sus objetivos por el voto en contra de los holandeses y franceses en un referéndum nacional requerido durante el proceso de ratificación del Tratado. Posteriormente, la crisis económica y financiera y el riesgo de fracaso de algunos países (mediterráneos) en la zona del euro, llevaron a la aprobación de un paquete de instrumentos (pacto fiscal, mecanismo europeo de estabilidad —MEE— y el Fondo Europeo de redención o rescate FER), que de hecho han influido en la legislatura de cada Estado, imponiendo la introducción de una disposición sobre el equilibrio del presupuesto. Esta norma inevitablemente afecta y afectará cada vez más las decisiones políticas, en particular las de las políticas sociales de cada estado.

Junto a esto, siempre en el ámbito europeo, se ha producido la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que demuestra una sensibilidad de los Estados en ma-

²⁷ G. TEUBNER, *Un momento costituzionale?*, trad. it. In *Sociologia e politiche sociali* 2011, II, 14; Id., *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano 2012; P. Dobner - M Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010.

teria de derechos fundamentales y de derechos sociales en particular, es sin duda diferente de los Tratados anteriores, tanto como para impulsar la introducción de muchas novedades y amplios reconocimientos de los derechos. Significativo es el hecho de que se hayan utilizado como base de la misma Unión valores comunes, representados por el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidas las minorías (art. 2 del TUE). Derechos que, aunque no sean competencia directa de la Unión, la caracterizan y dirigen las actividades de cada estado. Se espera que entre sus competencias figure la lucha contra la exclusión social, la discriminación y «promueve la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño» (art. 3 TUE). Pero, en particular, ha dado pleno cumplimiento a la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 6 TUE), en la que hay varias normas que introducen una protección específica de los derechos sociales (artículos 27 y siguientes). Estas normas incluidas de forma unificada en la sección IV de la Carta, llamada «solidaridad» como un todo orgánico en el que se reconocen los derechos del trabajador (art. 27 a 33), los derechos a la asistencia social y la seguridad social (art. 34), la protección de la salud (art. 35); la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38). En comparación con la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros, la redacción de la Carta de Derechos tiene, ciertamente, características innovadoras, lo que indica un nuevo impulso que se desea dar a estos derechos.

Junto a esta, sin duda un papel importante en el ámbito europeo lo cumple la Carta Europea de los Derechos Humanos (EDU) y el Tribunal de Estrasburgo, que garantiza la eficacia y la aplicación, la Comisión Europea para la Cohesión Social (CDCS) a cargo de la coordinación de las políticas para la protección de la salud, la condición de los niños y sus familias, el trabajo, la integración de los inmigrantes. Este último organismo no se debe confundir con el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que, en cambio, tiene la tarea de supervisar el cumplimiento de la legislación y la práctica de los Estados signatarios con la Carta Social Europea que entró en vigor en 1965. Este último es otro instrumento de regulación, junto con el organismo que asegura su aplicación, integra la compleja intervención de Europa para la protección de los derechos.

Hay que recordar que entre otras cosas se está negociando la adhesión directa de la UE a la Carta Europea de los Derechos Humanos, que implica efecto directo de los principios contenidos en ella frente a todos los Estados de la Unión (aspecto que no tiene relevancia directa para Italia dado que es una Carta ya firmada y rati-

ficada), como pueden ser ratificados por la UE directamente otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como fue el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁸

Por tanto se trata de legislación y organismos que se han creado a nivel europeo para garantizar la protección adecuada de los derechos humanos fundamentales, ya sea supranacional (UE), como internacional (y por lo tanto los actos relativos que los regulan o los instituyen estaban sujetos a ratificación por parte de cada estado), pero que no implican una actividad directa para la protección y el reconocimiento de los derechos por parte de la Unión Europea o el Consejo de Europa, como un control para asegurarse de que los Estados miembros cumplan con dicha protección. Por tanto no es una garantía activa, sino más bien de control. Esto significa que Europa no se siente comprometida, como un organismo unitario, a asegurar la eficacia de la protección si no es a través de préstamos que tengan este propósito y que en cualquier caso pasen a través de cada estado. A partir de ahí, una diferencia sin duda significativa de trato entre los mismos Estados, como resultado de los recursos financieros que cada Estado puede brindar para este propósito, sin ningún tipo de aplicación en general de ese concepto de «solidaridad» al que por otra parte, como hemos dicho, se refiere la sección IV de la Carta de Derechos. Consideremos, por ejemplo, los problemas que Italia enfrenta de modo sustancialmente exclusivo como resultado de la afluencia de inmigrantes procedentes de África que llegan a nuestras costas huyendo de la guerra, el hambre, la persecución política, sin que exista una voluntad de la UE y los demás países miembros para contribuir a la acogida de los inmigrantes, amplificando así los problemas sociales de nuestro entorno.

8. CONCLUSIONES

El primer aspecto que ha surgido de manera significativa a partir de esta reconstrucción, aunque breve para un problema de tan largo espectro, es la brecha significativa del nivel de protección de los derechos sociales en las regiones. El principio de la garantía de los niveles básicos está funcionando, aunque de manera incompleta, en lo que respecta a la protección del derecho a la salud y la educación, o de los derechos sociales que se podrían llamar «clásicos», que tienen una tradición y un reconocimiento de larga data que ha permitido crear todas

²⁸ Es una convención que Italia ya había ratificado por la Ley no. 18 de 2009 y posteriormente ratificada por la UE 05 de enero de 2011. El objeto del presente Convenio tiene un significado especial debido a que el envejecimiento de la población en Europa y en Italia se ha traducido en un fuerte aumento de los problemas de discapacidad.

nuestras estructuras organizativas (escuelas, universidades, hospitales) necesarias para protegerlos.

La situación es diferente, sin embargo, para los «otros» derechos sociales, a partir de aquellos vinculados a la protección de la salud en el sentido más amplio, como el derecho a la asistencia y más en general al reconocimiento de instrumentos sociales para ancianos, discapacitados, drogadictos, etc.

Para estos derechos sociales, la brecha entre las regiones es, sin duda, mayor: en primer lugar, porque no están determinados por la ley estatal los niveles básicos de atención (LIVEAS). Pero éstos no se establecieron porque su garantía pone en juego un compromiso financiero significativo tal, organizativo y de estructuras que no puede ser llevado a cabo por todas las regiones, especialmente aquellas que, como hemos visto, tienen un gran *déficit* financiero.

Entonces es menester preguntarse, dónde y en qué medida, todavía se puede hablar de la unidad de la protección y garantía de los derechos sociales en un Estado regional.

Las tendencias «federalistas» o mejor dicho «regionalismo fuerte» que, sobre todo en los últimos años surgió en algunas medidas legislativas respaldadas por algunas de las fuerzas políticas, también presentes en la mayoría de gobierno (Liga Norte), eran ciertamente peligrosas, no sólo porque ponen y siguen poniendo en duda los principios de unidad de la Constitución italiana, sino también porque la fuerte autonomía puede afectar negativamente la exigibilidad por parte de los ciudadanos de los principios de la igualdad sustancial, y en particular, la posibilidad de obtener la protección concreta y la realización de esos derechos sociales de competencia regional que involucran recursos económicos y una organización administrativa que no siempre las regiones pueden garantizar de manera equitativa.

Esto no significa poner en duda la organización regional del Estado, sino tratar de activar mecanismos de compensación entre las Regiones en caso de que la estructura no permita garantizar los derechos fundamentales en igualdad de condiciones y, en particular, la protección de los derechos de los más vulnerables (ancianos, niños, enfermos, discapacitados, etc.). Es decir que es necesario que de alguna manera el estado centralice determinadas facultades de control, o ejercite ese poder de sustitución de las competencias regionales que el art. 120, párrafo 2 de la Constitución le reconoce como propio, con el fin de garantizar la protección de los niveles básicos de prestaciones relativas a los derechos sociales.

El problema es que a la exigibilidad de los derechos sociales por parte de los ciudadanos se opone un presupuesto cada vez más en crisis y a la disminución

de los recursos financieros se corresponde, a su vez, una demanda creciente de la intervención pública en favor de los más vulnerables.

La crisis económica actual está, en efecto, cambiando e introduciendo un punto de enfoque diferente con respecto a los derechos sociales, en la plena creencia de que estos deberían ser los primeros derechos que deben reducirse en extensión, e incluso ser cuestionados. La igual dignidad de todos los derechos, incluidos los derechos sociales, que se ha descrito desde las primeras páginas de este trabajo, deben alentar a los gobiernos regionales y estatales, pero aún más al gobierno europeo, a poner en el centro de sus opciones de dirección política los objetivos de política social, como expresión de los valores fundamentales compartidos. Las fuerzas centrípetas ya existentes en muchos estados, como en el referéndum sobre la separación de Escocia del Reino Unido, que como sabemos ha tenido un resultado negativo, pero que de todas formas representa un índice de malestar de la población, o al menos de una dificultad de comunicación entre las necesidades del Estado central y las comunidades locales. Y, sin embargo, el referéndum (o más bien, la encuesta, dada la suspensión decidida por el Tribunal Constitucional español el 4 de noviembre de 2014) por la independencia de Cataluña de España, que por el contrario ha logrado un resultado muy positivo tanto en el veredicto como en la participación, así como los intentos de separación de la llamada «Padania» en Italia, sin duda debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de que el gobierno central ejerza un papel estabilizador en la igualdad de trato de los ciudadanos tanto en términos de los derechos protegidos como de las obligaciones exigibles.²⁹

Ciertamente, no se puede pensar que los problemas se pueden resolver mediante la reducción de la autonomía legislativo y/o administrativa de las Regiones, porque, en general, el principio de subsidiariedad vertical y, en particular, la posibilidad de una intervención administrativa por parte del sujeto más cercano al ciudadano, ha demostrado siempre el logro de mejores resultados de equidad y eficiencia en la administración. Sin embargo, como hemos visto en Europa, donde se ha ideado el principio de subsidiariedad vertical (Art. 5 TUE), la posibilidad de una intervención del sujeto que tiene la visión de conjunto del problema y la capacidad de alcanzar los objetivos de la manera más apropiada para asegurar al menos una aparente uniformidad de tratamiento. Sin embargo, el riesgo que sigue existiendo, en particular en lo que respecta a la protección de los derechos sociales, es que de este modo la igualdad de protección no se verifique en un nivel

²⁹ En Italia, el principal problema está representado, como se sabe, por la dificultad de reducir la evasión de impuestos en determinadas zonas del país.

superior, sino más bien en un nivel inferior, de modo que el mejor trato que en algunas regiones está garantizado, gracias a una mayor eficiencia, a las opciones de organización efectuadas y también a los costos de los servicios no homogéneos para las mismas prestaciones en el país, ya no sea viable y por lo tanto hay una nivelación hacia abajo que resulte en una protección disminuida.

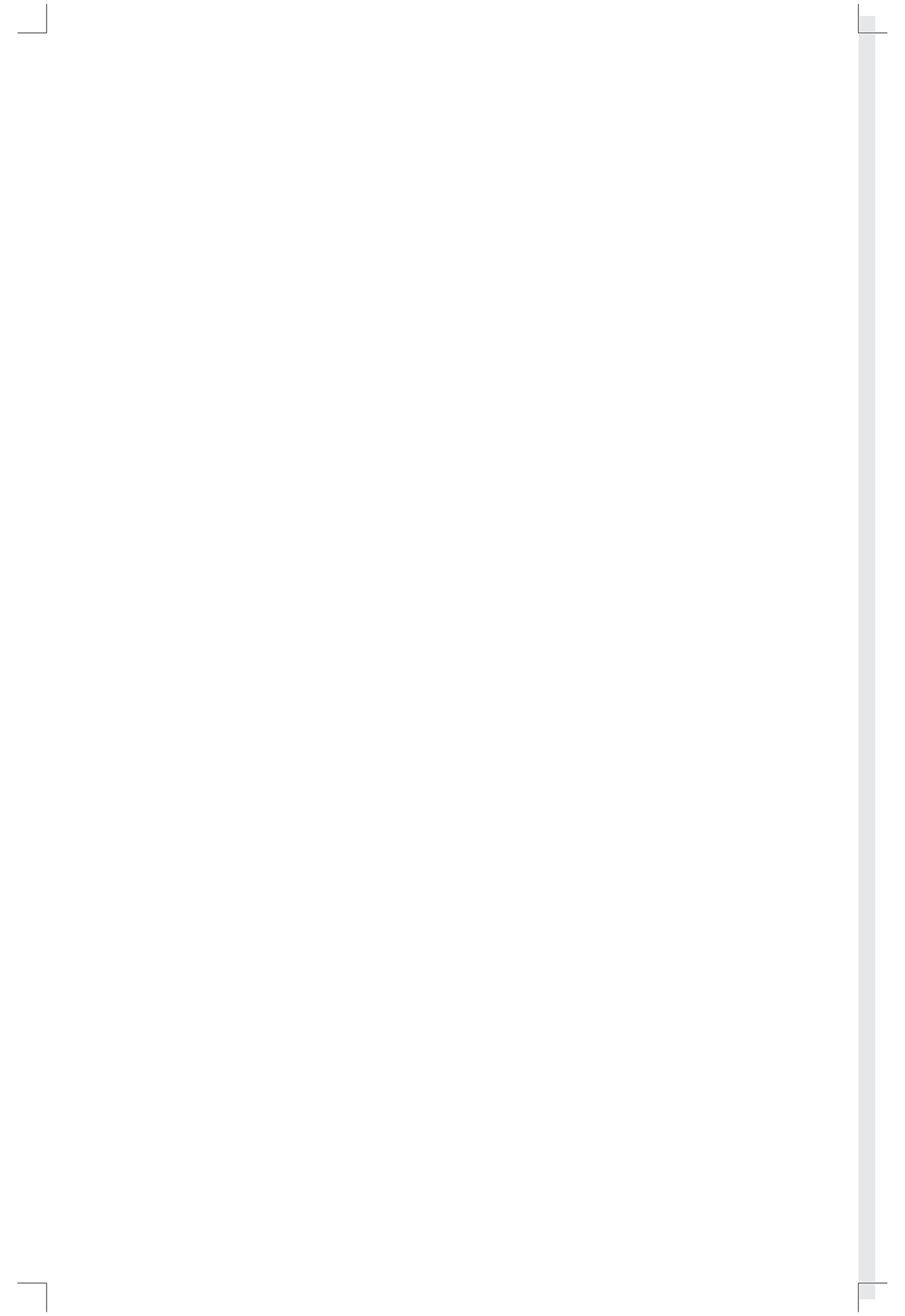
9. BIBLIOGRAFIA

Una reconstrucción, incluso sólo satisfactoria de lo que se ha escrito en Italia sobre el tema de los derechos sociales y, más recientemente, acerca de los efectos de la crisis económica sobre los derechos sociales es ciertamente imposible, dada la vastedad del tema y el número de disciplinas jurídicas que se emplearon bajo varios aspectos de la investigación del tema. Esto no excluye que se deban mencionar las obras más importantes que se han publicado en el siglo anterior y las publicaciones más generales y más recientes sobre el tema.

BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, en *Enc. Giur.*, vol XI, Roma 1989; P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Giappichelli, Torino 1994; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol II, Cedam, Padova, 1995; F. RIMOLI, *Stato sociale*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2004, XX; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, in www.rivistaaic.it, fasc. IV, 2011; T.GROPPI et AL, *The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy*, www.astridonline.it, 2012; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna 2013; E. Cavasino-G.Scala-G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013; A. Morelli-L.Trucchi (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014.

En relación con el tema de la asistencia se puede indicar en particular A. Albanese-C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Sobre las consecuencias de la crisis económica sobre el derecho constitucional véase F. Angelini-M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli 2012; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; P. GRIMAUDDO, *Lo Stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano*, en www.federalismi.it, fasc. 22/2013.



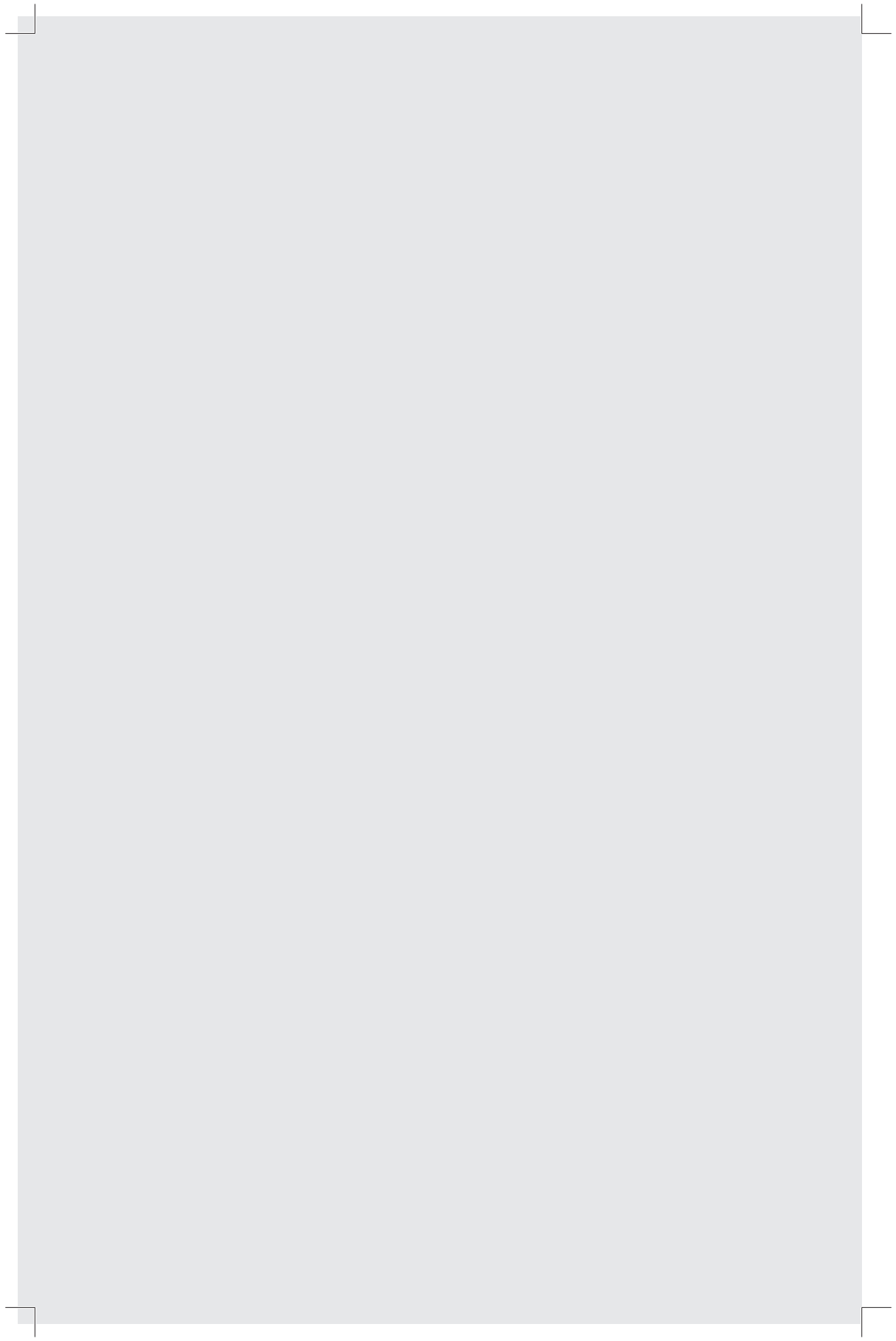
Hat das Leben keinen Preis?
Absolute und Relative Ansprüche im System der Gesundheitsversorgung

Stefan Huster*

SUMARIO

1. Wie absolut oder relativ sind soziale Rechte?
 - 1.1. Die Relativität sozialer Rechte.
 - 1.2. Die Sicherung des physischen Existenzminimums als unbedingte und absolute Rechtspflicht?
2. Nutzen und Kosten in der Gesundheitsversorgung.
 - 2.1. Gesundheit als fundamentales Rechtsgut.
 - 2.2. Absolutheit und Unbedingtheit medizinischer Versorgungsansprüche?
 - 2.3. Der neue Rigorismus in der deutschen Verfassungsrechtsprechung.
 - 2.4. Das Gegenbeispiel des Schweizerischen Bundesgerichts.
3. Ansätze zu einer sinnvollen konkretisierung.
 - 3.1. Die Konkretisierung relativer sozialer Rechte.
 - 3.2. Die Übertragung auf existenznotwendige Leistungen.
 - 3.3. Bürgerstatus und soziale Rechte

* Erstabdruck in: Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, hrsg. von Joachim Hruschka/Jan C. Joerden, Berlin (Duncker & Humblot), Bd. 22 (2014), S. 251 – 267.



1. WIE ABSOLUT ODER RELATIV SIND SOZIALE RECHTE?

1.1. *Die Relativität sozialer Rechte*

Assoziiert man mit dem Begriff der Solidarität das Prinzip der „Brüderlichkeit“ im Sinne eines solidarischen Füreinandereinstehens,¹ so sind in modernen Gemeinwesen die sozial- oder wohlfahrtsstaatlichen Pflichten der öffentlichen Gewalt und die ihnen korrespondierenden sozialen Rechte der Bürger vornehmster Ausdruck dieses Prinzips. Dabei müssen diese Pflichten und Rechte nicht notwendigerweise verfassungsrechtlichen Rang haben – gerade das deutsche Beispiel zeigt, dass verfassungsrechtliche Zurückhaltung und ein gut ausgebauter Sozialstaat Hand in Hand gehen können. Im Gegenteil: Vielleicht sind soziale Rechte auf der Verfassungsebene gar nicht gut aufgehoben. Zwar wird man das Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) nicht mehr in die juristische Schmutzdecke stellen wollen,² aber soziale Rechte und Gehalte scheinen für Verfassungen und Rechtedeklarationen mit universellem Geltungsanspruch nur begrenzt geeignet zu sein und finden sich dort auch nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit wie die liberalen Abwehrrechte.

Erklärt werden kann dies mit einer doppelten Relativität der sozialen Rechte. Zum einen finden wir auch unter politischen Ordnungen, die sich zum Grundsatz der Menschenwürde und zu den Prinzipien von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bekennen, eine erstaunlich große Spannbreite von Positionen zur Frage, ob der Staat gegenüber seinen Bürgern soziale Verpflichtungen hat. Das

¹ Zum Rechtsbegriff der Solidarität vgl. umfassend *Volkmann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen: Mohr, 1998.

² Wie es noch *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff., getan hat.

kontinentaleuropäische Modell des Sozial- oder Wohlfahrtsstaats hat sich nicht in gleicher Weise wie die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie durchgesetzt. Offensichtlich folgen nicht aus allen Auffassungen von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit soziale Verpflichtungen des Staates und soziale Rechte der Bürger. Dies soll hier als die Relativität der *Geltung* sozialer Rechte bezeichnet werden.³ Selbst wenn soziale Rechte und sozialstaatliche Verpflichtungen grundsätzlich anerkannt werden, ist zum anderen ihr *Inhalt* stark von den jeweiligen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen abhängig. Dies wird auch in den einschlägigen Rechteerklärungen anerkannt, wenn es etwa in Art. 11 Abs. 1 S. 1 IPWSKR (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) heißt, dass jeder ein Recht auf einen „angemessenen Lebensstandard“ habe: Welcher Lebensstandard „angemessen“ ist, lässt sich sicherlich nicht einheitlich für die Schweiz und Äthiopien beantworten; der vage Begriff der Angemessenheit erlaubt hier differenzierende Lösungen vor dem Hintergrund der Verhältnisse in dem jeweiligen Gemeinwesen.

Diese inhaltliche Relativität sozialer Rechte und Pflichten schlägt auch auf Rechtsordnungen durch, in denen die Geltung dieser Rechte und Pflichten nicht mehr umstritten ist. In juristisch-dogmatischer Hinsicht hat dies zur Folge, dass die kontrollierenden Gerichte sich schwer tun, den Leistungsinhalt selbst zu bestimmen und in einem weiten Umfang den Ball an die Politik zurückspielen. So heißt es in der Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Anspruch auf Gewährleistung eines Existenzminimums:

„Der Umfang dieses Anspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die dafür erforderlichen Mittel jedoch nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden. Er hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation des Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen.“⁴

Diese Aussage ist schon deshalb interessant, weil sie einen Anspruch, der zuvor aus dem ganz und gar universalistischen Begriff der Menschenwürde abgeleitet wurde, nun durch den Bezug auf „gesellschaftliche Anschauungen“ und „Gegebenheiten“ relativiert. Bekanntlich hat sich das Gericht aus dem Dilemma, auf

³ Eine entsprechende Relativität findet sich dann auch in der politischen Theorie: Über die Existenz liberaler Abwehrrechte bestand etwa zwischen *Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard UP, 1971, und *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974, weitgehende Übereinstimmung, hinsichtlich der sozialen Rechte sah dies bekanntlich anders aus.

⁴ BVerfGE 125, 175 Rn. 138.

der einen Seite einen solchen Anspruch konstruieren zu wollen, ihn aber auf der anderen Seite nicht selbst inhaltlich füllen zu können, in der Weise befreit, dass es sich darauf beschränkt zu prüfen, ob „der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht“, bemessen hat.⁵

1.2. *Die Sicherung des physischen Existenzminimums als unbedingte und absolute Rechtspflicht?*

Allerdings gilt dieser gesetzgeberische „Gestaltungsspielraum“ nicht überall in der gleichen Weise: „Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.“ Wo es um die Gewährleistung der Voraussetzungen der physischen Existenz geht, sollen die Maßstäbe wohl eindeutiger sein als in Bezug auf das soziale oder soziokulturelle Existenzminimum, also die „Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen“ und ein „Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“.⁶

Diese Differenzierung leuchtet im Grundsatz ein: Gesellschaftliche Teilhabe ist in einem anderen Sinne konkretisierungsbedürftig als das nackte Überleben. Man wird allerdings zwei – miteinander zusammenhängende – Überinterpretationen dieser Einsicht vermeiden müssen: Zum einen legt sie das Missverständnis nahe, dass sich die „Sicherung des physischen Überlebens“⁷ in dem Sinne von selbst versteht, dass insoweit auf universelle anthropologische Befunde Bezug genommen werden kann und sie deshalb nicht an den jeweiligen gesellschaftlichen Üblichkeiten ausgerichtet werden muss. Tatsächlich scheint diese *Unbedingtheit* des Anspruchs und der entsprechenden Rechtspflicht nahe zu liegen: Was man zum Leben braucht, braucht man eben; und was das ist, wird eher ein Mediziner aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse als ein Gesellschaftswissenschaftler oder gar ein Politiker anhand „gesellschaftlicher Anschauungen“ und „Gegebenheiten“ definieren können.

Zum anderen scheint hinter dieser Differenzierung die Überzeugung zu stehen, dass die Sicherung des physischen Überlebens eine äußerst strenge, ten-

⁵ BVerfGE 125, 175 Rn. 139. Zur Diskussion dieses Umschwenkens auf eine Verfahrens- und Begründungskontrolle vgl. nur *Hebeler*, Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen?, DÖV 2010, S. 754 ff.

⁶ BVerfGE 125, 175 Rn. 135

⁷ BVerfGE 125, 175 Rn. 166.

denziell *absolute* Schutzpflicht des Staates mit sich bringt, die durch politische Prioritätensetzungen und Kostenerwägungen nicht relativiert werden kann. Die Sicherung des physischen Überlebens hat uneingeschränkten Vorrang, so dass alle anderen Rechtsgüter demgegenüber zurücktreten müssen; deshalb kann auch von einem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers insoweit nicht mehr die Rede sein: Da die reine Existenz keinen Preis hat, kann auch kein Preis zu hoch sein.

2. NUTZEN UND KOSTEN IN DER GESUNDHEITSVERSORGUNG

2.1. *Gesundheit als fundamentales Rechtsgut*

Die Prämissen der Unbedingtheit und der Absolutheit der sozialstaatlichen Pflichten und Rechte, die auf die Sicherung der physischen Existenz bezogen sind, sind schon auf den ersten Blick von besonderer Bedeutung, soweit es um das Rechtsgut der Gesundheit geht. Tatsächlich hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Grundsicherung ausgeführt, der „unmittelbare verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ umfasse „die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene *und Gesundheit*“.⁸ Nun mag man diese Formulierung mit Blick auf die Gesundheit für missverständlich halten: Ein „Recht auf Gesundheit“ kann es – anders als einen Anspruch auf Nahrung, Kleidung oder Hausrat – sinnvollerweise nicht geben, da Gesundheit von vielen Faktoren – etwa der genetischen Ausstattung und dem gesundheitsbezogenen Verhalten – abhängt, auf die Staat keinen Einfluss hat oder die er nur unter Aufgabe seiner Freiheitlichkeit kontrollieren könnte. Gemeint kann daher lediglich sein, dass der Staat seinen Bürgern – und zwar insbesondere denjenigen, die dies nicht aus eigener Kraft sicherstellen können⁹ – die zur Erhaltung und Wiederherstellung ihrer Gesundheit notwendigen, aber dafür gewiss nicht immer hinreichenden materiellen Voraussetzungen gewährleisten muss. In diesem Sinne hatte das BVerfG zuvor sehr viel plausibler die „Aufwendungen für die Kranken- und Pflegeversorgung, insbesondere entsprechende Versicherungsbeiträge“ als Bestandteil des Existenzminimums bezeichnet.¹⁰

In diesem Sinne gibt es dann aber tatsächlich überzeugende Gründe, den Sozialstaat auch und sogar vorrangig auf die Gesundheit seiner Bürger zu verpflichten. Gesundheitliche Beeinträchtigungen haben eine existenzielle Dimension,

⁸ BVerfGE 125, 175 Rn. 135; Hervorhebung hinzugefügt.

⁹ BVerfGE 125, 175 Rn. 134.

¹⁰ BVerfGE 120, 125, 155 f.

die andere soziale Defizite nicht in der gleichen Weise besitzen: So schlimm es sein mag, etwa keine Arbeit zu haben oder sein Leben mit sehr begrenztem Einkommen fristen zu müssen, so unvergleichbar intensiver ist die Erfahrung einer schweren, vielleicht sogar lebensbedrohenden Krankheit und der damit verbundenen Schmerzen, Beeinträchtigungen und psychischen Belastungen.¹¹ Gesundheit ist darüber hinaus ein konditionales oder – im kantischen Sinne des Wortes – transzendentes Gut, das die Voraussetzung für viele andere Lebensvollzüge darstellt.¹² Gegen eine Einschränkung der Lebensführung durch gesundheitliche Probleme angehen zu können, soweit dies medizinisch möglich ist, ist deshalb gerade in einer Wettbewerbs- und Leistungsgesellschaft von zentraler Bedeutung, weil dadurch eine Chancengleichheit befördert wird, die die differenzierten Ergebnisse dieses Wettbewerbsprozesses erst legitimiert.¹³

2.2. *Absolutheit und Unbedingtheit medizinischer Versorgungsansprüche?*

Mit Blick auf das offensichtlich existenzrelevante Gut der Gesundheit richtet sich die politische und juristische Aufmerksamkeit – vielleicht etwas vorschnell¹⁴ – ganz überwiegend auf das System der Gesundheitsversorgung und die Versorgungsansprüche der Bürger. Diese Ansprüche scheinen die ersten Kandidaten zu sein, wenn man nach absoluten und unbedingten sozialen Rechten sucht – insbesondere dann, wenn eine medizinische Leistung im Wortsinne lebensnotwendig ist. Denn aus welchen Gründen sollte ein Gemeinwesen eine solche Behandlung legitimerweise versagen können? Und in welcher Weise sollte die Bestimmung dieser Leistung nicht unbedingten medizinischen, sondern relativen politischen Kriterien folgen?

Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass die Dinge komplizierter sind. Dies gilt sowohl für die Absolutheit als auch für die Unbedingtheit dieser Ansprüche.

¹¹ Die im deutschen Verfassungsrecht ganz überwiegend vertretene freiheitsfunktionale Rekonstruktion des Sozialstaats (vgl. zuletzt *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen: Mohr, 2008) stößt daher gerade mit Blick auf die Gesundheitsversorgung an ihre Grenzen, weil es hier ersichtlich nicht nur um Freiheitsbedingungen geht (dazu sogleich), sondern eben auch um die leibliche Befindlichkeit des Menschen, die einen eigenständigen Stellenwert besitzt und nur um den Preis anthropologischer und lebensweltlicher Unplausibilität auf eine Autonomievoraussetzung reduziert werden kann.

¹² Vgl. *Kersting*, Gerechtigkeitsprobleme sozialstaatlicher Gesundheitsversorgung, in: ders. (Hrsg.), *Politische Philosophie des Sozialstaats*, Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000, S. 467, 477 ff.

¹³ Vgl. dazu grundlegend *Daniels*, *Just Health Care*, Cambridge: Cambridge UP 1985, S. 36 ff.

¹⁴ Vgl. dazu sogleich bei II. 2. a).

a) *Absolutheit*

Absolute Leistungsansprüche auf eine bestimmte medizinische Maßnahme wären dann plausibel, wenn diese Maßnahme – wie etwa die Entfernung eines entzündeten Blinddarms oder die Gabe eines Antibiotikums bei einer Lungenentzündung – keine erheblichen Kosten verursacht und das Leben des Betroffenen rettet. Kein halbwegs leistungsfähiges und dem Gedanken der Solidarität verpflichtetes Gemeinwesen kann darauf verzichten, in dieser Situation den Leistungszugang für jedermann sicherzustellen.

Leider ist dies aber nicht die Situation, die für die moderne Medizin typisch ist. Vielmehr haben wir es hier – insbesondere bei schweren Krankheiten und am Lebensende – oft mit Therapien zu tun, die sehr hohe Kosten verursachen, aber nur einen begrenzten Nutzen haben. Gerade in der Onkologie sind Behandlungen nicht selten, die Jahrestherapiekosten in sechsstelliger Höhe verursachen, aber bestenfalls zu einer durchschnittlichen Verlängerung des Überlebens von wenigen Monaten (bei häufig auch erheblichen Nebenwirkungen und geminderter Lebensqualität) führen. Hier ist es dann schon weniger überzeugend, mit dem Hinweis auf die „Überlebensnotwendigkeit“ der Behandlung jede Diskussion darüber abzuschneiden, ob sie von dem jeweiligen Solidarsystem zu gewährleisten ist. Das liegt nicht nur an den hohen Kosten, sondern auch daran, dass die normative Wucht, die eine Maßnahme der Lebensrettung sonst zweifellos besitzt, wohl überstrapaziert wird, wenn sie nun auch auf Maßnahmen übertragen werden soll, die den Patienten nicht im vollen Sinne „zurück ins Leben holen“, sondern lediglich noch eine gewisse Lebensverlängerung bewirken.¹⁵ Auch wenn die Grenzen hier fließend sein mögen, muss man schon ein sehr energischer Verfechter des in juristischen Zusammenhängen gerne bemühten Konzepts der Lebenswertindifferenz sein,¹⁶ um hier gar keinen Unterschied für die Solidarpflichten des Gemeinwesens zu erkennen: Die auf einer fundamentalen Ebene ganz richtige Einsicht, dass jedes Leben gleich viel wert ist, kann nicht so konkretistisch gelesen werden, dass es für die Leistungspflichten ganz unerheblich ist, welchen Nutzen eine medizinische Maßnahme hat. Das gilt übrigens auch für die Frage, wie gut der Nutzen einer Maßnahme nachgewiesen ist.¹⁷

¹⁵ Zu den Grenzen der insoweit einschlägigen „Rule of Rescue“ vgl. *Schöne-Seifert/Friedrich*, Priorisierung nach Dringlichkeit?, in: Schmitz-Luhn/Bohmeier (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2013, S. 109 ff.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 39, I, 59 f.; 115, 118 Rn. 85.

¹⁷ Zu diesem Aspekt vgl. unten bei II.3.b).

Dass wir medizinische Maßnahmen mit einem sehr schlechten Verhältnis von Nutzen und Kosten auch dann nicht unbesehen in den Leistungskatalog eines solidarischen Gesundheitssystems aufnehmen sollten, wenn sie Einfluss auf die konkrete Lebenserwartung haben, ergibt sich nicht nur daraus, dass wir wissen, dass die begrenzten Ressourcen des Gemeinwesens auch noch für andere wichtige Aufgaben zur Verfügung stehen müssen. Selbst wenn man nur das Gut der Gesundheit selbst vor Augen hat, können die Opportunitätskosten¹⁸ des Versorgungssystems Bedenken auslösen. Empirische Untersuchungen zeigen nämlich, dass sowohl der Gesundheitszustand der Bevölkerung – traditionell formuliert: die Volksgesundheit – als auch die soziale Verteilung von Gesundheit nicht nur von der Qualität des Versorgungssystems und dessen Zugänglichkeit, sondern auch und sogar maßgeblich von anderen Faktoren (Lebensstil, Umweltbelastungen, Sozialstruktur) abhängen, die überhaupt erst dazu führen, dass Menschen krank werden. Da das Versorgungssystem mit anderen Staatsaufgaben (z. B. Bildung und Umweltschutz) um die knappen Ressourcen konkurriert und auf diesen Handlungsfeldern möglicherweise sehr viel mehr für die Gesundheit getan werden könnte, spricht wenig dafür, das Versorgungssystem und die Versorgungsansprüche kompromisslos zu priorisieren.¹⁹ Dies gilt selbst für die soziale Verteilung der Gesundheitschancen: Dass sich auch für Deutschland ein eindeutiger Zusammenhang von Sozialstatus und Gesundheitszustand nachweisen lässt, kann schon deshalb nur wenig mit dem Nebeneinander von gesetzlicher und privater Krankenversicherung zu tun haben, weil sich dieser soziale Gesundheitsgradient durch die gesamte Bevölkerung zieht. Auch die soziale Gerechtigkeit gebietet daher schwerlich, alle Ressourcen in das Versorgungssystem zu leiten. Gewiss macht es einen Unterschied, ob man den von einer Krankheit konkret Betroffenen helfen kann, oder ob man statistische Opfer (etwa von Feinstaub oder anderen Umweltbelastungen) rettet.²⁰ Aber irgendwann stellt sich auch hier die Frage, wie die Prioritäten bei der Ressourcenallokation zu setzen sind.

¹⁸ Zum Begriff und seiner Bedeutung für die Jurisprudenz vgl. *Huster/Kliemt*, Opportunitätskosten und Jurisprudenz, ARSP 2009, S. 241 ff.

¹⁹ Vgl. dazu auch bereits *Huster*, Posteriorisierung der Gesundheitspolitik? Opportunitätskosten in der Rechtsdogmatik des Sozialstaats, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, S. 463 ff.; ders., Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859 ff.; ders., Soziale Gesundheitsgerechtigkeit. Sparen, umverteilen, vorsorgen?, Berlin: Wagenbach, 2011.

²⁰ Zur Unterscheidung von konkreten und statistischen Leben vgl. *Schelling*, The life you save may be your own, in: Chase, Jr. (Hrsg.), Problems in Public Expenditure Analysis, Washington:

b) *Unbedingtheit*

Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, dass es absolute Leistungsrechte selbst dann, wenn es um Leben und Tod geht, nicht geben kann. Die normative Entscheidung, welche Kosten für einen bestimmten medizinischen (Zusatz) Nutzen angemessen sind, kann nicht durch den Hinweis, dass das Leben keinen Preis haben dürfe, vermieden werden: In diesen Fällen hat es ersichtlich einen Preis. Das wird auch schon daran deutlich, dass die Zahlungsbereitschaft der Solidargemeinschaft für eine innovative medizinische Methode wohl doch davon abhängen darf und sollte, in welchem Ausmaß diese Methode das Leben verlängert. Dementsprechend sieht das deutsche Recht vor, dass in Verhandlungen bzw. im Wege einer Kosten-Nutzen-Bewertung der Preis von neuen Arzneimitteln auch anhand des Kriteriums bestimmt wird, welche „Verlängerung der Lebensdauer“ (§ 35b Abs. 1 S. 4 SGB V) erreicht wird. Höhere Lebensdauer, höherer Preis; von Lebenswertindifferenz ist hier – sinnvollerweise – keine Rede.²¹

Damit können die entsprechenden Versorgungsansprüche aber auch nicht unbedingt sein; auch sie hängen vielmehr von den „gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche“ ab und sind – juristisch gewendet – daher vom Gesetzgeber zu konkretisieren. Wenn es keine „Lebensrettung um jeden Preis“ gibt,²² muss das Gemeinwesen entscheiden, was es für welchen medizinischen Zusatznutzen – einschließlich einer Lebensverlängerung – auszugeben bereit ist; diese Entscheidung kann weder an die Medizin noch an eine andere Wissenschaft delegiert werden, sondern stellt ersichtliche eine Frage des politischen Wollens und – in einem näher zu bezeichnenden Sinne – des moralischen Sollens dar.

2.3. *Der neue Rigorismus in der deutschen Verfassungsrechtsprechung*

Überraschenderweise hat sich die Rechtsprechung des BVerfG in den letzten Jahren in eine andere Richtung entwickelt und die verfassungsrechtlichen An-

The Brookings Institution, 1968, S. 127 ff.

²¹ Zu diesen Verfahren vgl. näher *Huster*, Die Methodik der Kosten-Nutzen-Bewertung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, GesR 2008, S. 449 ff.; *ders.*, Die Methodik der Kosten-Nutzen-Bewertung in der Gesetzlichen Krankenversicherung. Analyse der rechtlichen Vorgaben, MedR 2010, S. 234 ff.; *ders.*, Rechtsfragen der frühen Nutzenbewertung, GesR 2011, S. 76 ff.

²² Gerade in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ist es allerdings nicht unüblich, für Maßnahmen zur „Verhinderung des vermeidbaren Todes, die Heilung und Linderung von Krankheiten sowie des damit verbundenen Schmerzes“ einen „Individualanspruch auf Gesundheit um jeden Preis“ zu postulieren; so etwa *Paul Kirchhof*, Gerechte Verteilung medizinischer Leistungen im Rahmen des Finanzierbaren, Münchener Medizin. Wochenschr. 140 (1998), Nr. 14, S. 200 ff.

sprüche auf existenznotwendige medizinische Leistungen auf eine eigenartige Weise verfestigt.

a) *Der „Nikolaus-Beschluss“*

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) neue Untersuchungs- und insbesondere Behandlungsmethoden für die vertragsärztliche Versorgung zur Verfügung stellen muss, wird seit geraumer Zeit kontrovers erörtert. Angesichts der Vielzahl von Methoden, die ohne gesicherten Nutznachweis in die Krankenversorgung drängen, ist dies eine Frage, die sowohl für die Sicherheit der Patienten als auch für die Finanzen der GKV von erheblicher Bedeutung ist.

Mit einem Grundsatzurteil des BSG vom 16. 9. 1997 schien hier eine gewisse Klärung erreicht zu sein.²³ Danach setzte ein Leistungsanspruch des Versicherten voraus, dass der zuständige Bundesausschuss – der zwischenzeitlich durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) abgelöst worden ist – in seinen Richtlinien gem. §§ 92 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. 135 Abs. 1 S. 1 SGB V eine Empfehlung zugunsten der begehrten Behandlungsmethode abgegeben hat. Ein Kostenerstattungsanspruch trotz fehlender Empfehlung kam nur ausnahmsweise in Betracht, wenn das Anerkennungsverfahren im Bundesausschuss willkürlich oder aus sachfremden Gründen blockiert oder verzögert wird (sog. Systemversagen) und die umstrittene Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht. Letzteres setzte grundsätzlich voraus, dass die Wirksamkeit der Methode in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen aufgrund wissenschaftlich einwandfrei geführter Statistiken belegt werden kann. Nun bereitet dieser Nachweis bei sehr seltenen und solchen Krankheiten, für die keine Heilungsmöglichkeit besteht, sondern lediglich die Symptome gelindert werden können, besondere Schwierigkeiten. In diesen Fällen sollten die Sozialgerichte nicht selbst die medizinisch-wissenschaftliche Qualität der Methode prüfen, sondern fragen, ob sich die Methode in dem Sinne durchgesetzt hat, dass sie in der medizinischen Fachdiskussion eine breite Resonanz gefunden hat und von einer erheblichen Anzahl von Ärzten angewandt wird.

Allerdings ist diese Rechtsprechung nicht ohne Einwände geblieben. Die zentrale Bedeutung des § 135 SGB V in dieser Dogmatik beruht auf dem umstrittenen Rechtskonkretisierungskonzept des BSG, das in dem Leistungsanspruch des Ver-

²³ BSGE 81, 54 ff.; vgl. auch BSGE 81, 73 ff.; 86, 54 ff.; 88, 51 ff.

sicherten lediglich ein Rahmenrecht erkennen will, das durch konkretisierende Regelungen des Leistungserbringerrechts verbindlich ausgestaltet werden muss.²⁴ Dass dies maßgeblich durch die Richtlinien des Bundesausschusses geschehen soll, denen das BSG seit Inkrafttreten des SGB V Rechtswirkung auch gegenüber den Versicherten zuspricht und denen gegenüber es die gerichtliche Kontrolle weit zurückgenommen hat, ist mit Blick auf die brüchige demokratische Legitimation der „gemeinsamen Selbstverwaltung“ kritisiert worden.²⁵

Trotz dieser kritischen Nachfragen schien der Rechtsprechung des BSG von Seiten des BVerfG aber zunächst keine Gefahr zu drohen. Bisher hatte das BVerfG nämlich sehr zurückhaltend entschieden, dass sich aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Bereithaltung spezieller Gesundheitsleistungen ergibt; die objektivrechtliche Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor das Rechtsgut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen, sei unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit der zuständigen staatlichen Stellen lediglich darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts trifft, die nicht völlig ungeeignet oder unzulänglich sind.²⁶ Auch in der Frage der Legitimation des Bundesausschusses deutete die Entscheidung zur Befugnis der Spitzenverbände der Krankenkassen, für Arzneimittel Festbeträge festzusetzen, eine gewisse Toleranz des Verfassungsgerichts gegenüber den eigentümlichen Norm- und Entscheidungsstrukturen des Krankenversicherungsrechts an.²⁷

In der am 6. Dezember 2005 ergangenen und deshalb als „Nikolaus-Beschluss“ bekannt gewordenen Entscheidung, die auf die Verfassungsbeschwerde gegen das genannte BSG-Urteil erging, wurde der Akzent dann deutlich anders gesetzt. Das BVerfG befasste sich nicht mit der legitimationsrechtlichen Diskussion, sondern konstruierte einen unmittelbaren grundrechtlichen Leistungsanspruch: Danach besitzt ein gesetzlich Krankenversicherter aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip sowie aus Art. 2 Abs. 2 GG einen Anspruch auf eine von ihm gewählte und ärztlich angewandte, aber weder medizinisch noch von den dazu aufgerufenen Organen der GKV anerkannte Behandlungsmethode, wenn für

²⁴ Vgl. BSGE 73, 271, 278 ff.; 78, 70, 85 ff.

²⁵ Aus der umfangreichen Diskussion vgl. etwa *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen: Mohr, 2000, S. 391 ff. und passim; *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin/Heidelberg: Springer, 2001, S. 453 ff.; *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, Tübingen: Mohr, 2005, S. 184 ff.

²⁶ BVerfG NJW 1997, S. 3085; NJW 1998, S. 1775, 1776.

²⁷ BVerfGE 106, 275 ff. Grundsätzlich zur demokratischen Legitimation funktionaler Selbstverwaltung vgl. BVerfGE 107, 59 ff.

seine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht und eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf durch diese Behandlungsmethode besteht.²⁸

b) *Kritik*

Dass diese Entscheidung zielführend ist, mag man bezweifeln. Zum einen erheben sich Bedenken gegen die Unbedingtheit des hier angenommenen Anspruchs. Diese Rechtsprechung dürfte nämlich weithin Unmögliches verlangen. Einen – in den Worten des Gerichts – „individuellen Wirkungszusammenhang“ zu überprüfen, ist bei schwankenden Krankheitsverläufen und den bekannten Placebo-Effekten häufig ein aussichtsloses Unterfangen. Da der fragliche Anspruch verfassungsrechtlicher Natur ist, scheint es völlig unerheblich zu sein, was der Gesetzgeber oder die einschlägigen Gremien beschließen: Den Gerichten bleibt nichts anderes übrig, als diese Entscheidungen selbst zu überprüfen. Angesichts der Verzweiflung lebensbedrohlich Erkrankter, denen die Schulmedizin nichts mehr zu bieten hat und die daher nach jedem Strohhalm greifen, ist es nicht erstaunlich, dass das Verfassungsgericht eine Klagewelle mit sehr ungewissem Ausgang eingeleitet hat.²⁹ Polemisch zugespitzt bedeutet sie nämlich: Wenn bei ernsteren Krankheiten und insbesondere Lebensgefahr die Schulmedizin nicht weiterhilft, kann man es auf Kosten der Solidargemeinschaft auch mit Quacksalberei – im konkreten Fall ging es um die Bioresonanztherapie und ähnlichen Unfug – versuchen. Mit der „Nikolaus-Entscheidung“, deren Grundsätze der Gesetzgeber mit Erlass des § 2 Abs. 1a in das SGB V aufgenommen hat,³⁰ ist die Evidenzorientierung für Fälle der „lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung oder (...) einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung“ weithin aufgegeben worden. Dieser Rigorismus ist schon deshalb eigenartig, weil Maßnahmen, die ihren Nutzen nicht nachgewiesen haben, bei

²⁸ BVerfGE 115, 25 ff.

²⁹ Zur Folgerechtsprechung vgl. die Darstellungen bei *Nimis*, Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen für neue Behandlungsmethoden – 8 Jahre Nikolausentscheidung des BVerfG, KrV 2013, S. 229 ff.; *Penner/Bohmeier*, Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit, WzS 2009, S. 65 ff. Eine fortlaufend aktualisierte Übersicht zu den Folgeentscheidungen findet sich auf den Seiten des Instituts für Sozial- und Gesundheitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum (<http://www.nikolaus-beschluss.de/>).

³⁰ Vgl. dazu *Joussen*, § 2 Abs. 1a SGB V - Die Umsetzung des Nikolausbeschlusses des BVerfG, SGB 2012, S. 625 ff.

begrenzten Mitteln sehr ernsthafte Kandidaten für einen Ausschluss aus dem Versorgungskatalog sind. Nur ist das dann eine von politischen Prioritätensetzungen abhängige normative, keine unbedingte medizinische Entscheidung.³¹

Zum anderen: Dass es Versicherte und Patienten in dieser Situation auch mit ungesicherten Behandlungsmethoden sollen versuchen können, mag man noch für nachvollziehbar halten – auch wenn man daran zweifeln kann, ob das tatsächlich ein Verfassungsgebot ist.³² Extrem irritierend ist aber, dass dieser Anspruch kostenindifferent sein soll. Weder in der Entscheidung des Verfassungsgerichts noch in § 2 Abs. 1a SGB V ist von den Kosten der begehrten Maßnahme die Rede. Dabei läge es doch mehr als nahe, die Kosten für derartige Leistungen mit zu berücksichtigen: Dass die schwerkranken Betroffenen sich nicht an den strengen Evidenzanforderungen sollen festhalten lassen müssen, kann ja nicht bedeuten, dass ungesicherte Methoden grenzenlos Ressourcen in Anspruch nehmen können. Das BVerfG hält es inzwischen immerhin für möglich, dass ein Versicherter eine nicht anerkannte Immuntherapie (Hyperthermie, onkolytische Viren und dendritische Zellen) bei einem Arzt für Allgemeinmedizin und Naturheilverfahren mit Kosten von 15.000 Euro pro Monat beanspruchen kann.³³ Sollte die Solidargemeinschaft aber nicht irgendwann einmal sagen können, dass 180.000 Euro Jahrestherapiekosten für eine zweifelhafte Methode die Grenze des Zumutbaren überschreiten?

Ein derartiger Absolutismus mit Blick auf den – in den Worten des Gerichts – „Höchstwert Leben“³⁴ führt zu äußerst unplausiblen Konsequenzen. So könnten wir individuell und kollektiv der Ansicht sein, dass gerade auf medizinische Maßnahmen am Lebensende verzichtet werden sollte, die nur eine Lebensverlängerung von wenigen Wochen bei sehr begrenzter Lebensqualität, aber sehr hohen Kosten bieten. Es ist nicht zu sehen, warum diese Entscheidung unvernünftig oder unmoralisch wäre; das Verfassungsrecht sollte uns nicht zwingen, für marginale Lebensverlängerungen Unsummen auszugeben. In diesem ganz unverdächtigen Sinne sind die Gesundheit und selbst der „Höchstwert Leben“ einer Kosten-Nutzen-Abwägung nicht entzogen.

³¹ Vgl. dazu *Huster*, Qualitätssicherung als staatliche Aufgabe – Zum Verhältnis von Qualität und Wirtschaftlichkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, *VSSR* 2013, S. 327, 337 ff.

³² Zur verfassungsrechtsdogmatischen Kritik vgl. *Heinig*, Der Hüter der Wohltaten?, *NWZ* 2006, S. 771 ff.; *Huster*, Anmerkung, *JZ* 2006, S. 466 ff.

³³ Vgl. BVerfG NJW 2013, S. 1664 f.

³⁴ Zum Leben als „Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung“ vgl. BVerfGE 115, 25, 45.

In Deutschland tut man sich schwer mit dieser Einsicht. Die Überzeugung, Leben und Gesundheit dürften nicht monetär bewertet werden, ist hierzulande gerade in der juristischen Diskussion weit verbreitet. Diese Einstellung mag irgendwie mit der deutschen Geschichte zusammenhängen, sonderlich überzeugend ist sie dennoch nicht. Zum einen überträgt sie das Verbot, Leben und Gesundheit zur Verfolgung anderer Ziele zu schädigen, unbesehen auf die Solidaritätspflicht. Das eine folgt aber nicht aus dem anderen: Dass wir niemanden töten oder verletzen dürfen, um Kosten zu sparen, bedeutet noch nicht, dass wir unbegrenzte Ressourcen bereitstellen müssen, um Leben und Gesundheit zu erhalten. Zum anderen überlegen wir auch außerhalb des Gesundheitswesens ständig, ob etwa Maßnahmen zur Erhöhung der Sicherheit des Verkehrs oder zur Vermeidung von gesundheitsschädlichen Umweltbelastungen ihren Preis wert sind, obwohl es auch dabei um Leben und Gesundheit geht. Warum sollte das im Gesundheitswesen anders sein? Das Argument, derartige Abwägungen sollten jedenfalls nicht offengelegt werden, weil dies die normativen Voraussetzungen des Zusammenlebens gefährden könnte,³⁵ befördert eine reine Symbolpolitik, die irrationalen Prioritätensetzungen Vorschub leistet.³⁶ Es stellt demokratischen Gemeinwesen auch ein Armutszeugnis aus zu suggerieren, ihre Bürger seien nicht in der Lage, über Nutzen und Kosten medizinischer Maßnahmen zu reflektieren, ohne gleich in einen moralischen Abgrund zu stürzen.

2.4. *Das Gegenbeispiel des Schweizerischen Bundesgerichts*

In anderen Ländern werden derartige Abwägungen vorgenommen. Wenn das britische National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) mehr oder weniger strikte Kostenobergrenzen für Gewinne an Lebenszeit und -qualität festsetzt, könnte das noch als kruder angelsächsischer Utilitarismus abgetan werden. Aber auch in der Schweiz konnte man kürzlich in einem Urteil des Bundesgerichts lesen: „Die Kostenfrage kann nicht auf die Seite geschoben werden mit der blossen Behauptung, es sei ethisch oder rechtlich unzulässig, Kostenüberlegungen anzustellen, wenn es um die menschliche Gesundheit gehe.“³⁷ Verhandelt

³⁵ Vgl. dazu *Calabresi/Bobbitt*, *Tragic Choices*, New York: W.W. Norton & Company, 1978.

³⁶ Zu diesen Irrationalitäten dürfte gerade auch die groteske Überbewertung von Maßnahmen gehören, die am Lebensende eine marginale Lebensverlängerung bewirken, aber extreme Nebenwirkungen und Kosten produzieren, während eine vernünftige Palliativversorgung posteriorisiert wird; vgl. dazu jetzt einleuchtend *Schmacke*, *Palliativmedizin: ein Fall von Rationierung?*, in: Diederich u.a. (Hrsg.), *Priorisierte Medizin*, Wiesbaden: Gabler, 2011, S. 59 ff.

³⁷ Vgl. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil v. 23. 11. 2010, 9C_334/2010 (Auslassungen sind im Folgenden nicht markiert), abgedruckt in *MedR* 2012, S. 324 ff.

wurde die Leistungspflicht der Krankenversicherung für ein Medikament, das zur Behandlung einer Stoffwechselkrankheit (Morbus Pompe) eingesetzt werden sollte, die sich insbesondere auf die Muskulatur auswirkt. Die eineinhalbjährige Behandlung, zu der es keine Therapiealternative gibt, führt dazu, dass sich die 6-Minuten-Gehstrecke der Betroffenen von circa 330 Metern durchschnittlich um 28 Meter verbessert; sie kostet allerdings rund 500.000 Schweizer Franken pro Jahr. Das Gericht sieht glasklar das Problem: „Die finanziellen Mittel, die einer Gesellschaft zur Erfüllung gesellschaftlich erwünschter Aufgaben zur Verfügung stehen, sind nicht unendlich. Die Mittel, die für eine bestimmte Aufgabe verwendet werden, stehen nicht für andere ebenfalls erwünschte Aufgaben zur Verfügung. Deshalb kann kein Ziel ohne Rücksicht auf den finanziellen Aufwand angestrebt werden, sondern es ist das Kosten-/Nutzen- oder das Kosten-/Wirtschaftlichkeitsverhältnis zu bemessen. Das gilt auch für die Gesundheitsversorgung.“ Erklärt wird auch, wohin es führt, wenn man diese Problematik tabuisiert: „Sodann ist allgemein- und gerichtsnotorisch, dass in der alltäglichen medizinischen Praxis die Kostenfrage eine erhebliche Rolle spielt und verbreitet eine Art implizite oder verdeckte Rationierung stattfindet. Diese Situation ist unbefriedigend, weil sie für alle Beteiligten grosse Rechtsunsicherheit und zugleich Rechtsungleichheit schafft, indem bestimmte Behandlungen je nach dem Entscheid einzelner Ärzte oder Krankenkassen vorgenommen bzw. vergütet werden oder nicht.“

Es gleicht dann die eingeklagten Behandlungskosten mit den Kosten ab, die sowohl für andere Therapien als auch in anderen Lebensbereichen für gesundheitsbezogene Verbesserungen in der Schweiz akzeptiert werden, und findet schließlich über den Gleichheitsgedanken eine beeindruckende Lösung des konkreten Falls: „Statistisch sind 2,8% der schweizerischen Wohnbevölkerung ab 15 Jahren in ihrem Gehvermögen auf weniger als 200 m beschränkt, was rund 180.000 Personen entspricht, die mit einer ähnlich eingeschränkten Lebensqualität wie die Beschwerdeführerin leben müssen. Mit einem Aufwand von rund Fr. 500.000 pro Jahr ließe sich möglicherweise bei den meisten dieser Menschen die Lebensqualität in vergleichbarem Ausmass wie bei der Beschwerdeführerin verbessern. Würde bei der Beschwerdeführerin ein solcher Aufwand betrieben, wäre im Licht der Rechtsgleichheit kein Grund ersichtlich, allen anderen Patienten in vergleichbarer Lage einen gleichen Aufwand zu verweigern. Dadurch entstünden jährliche Kosten von rund 90 Mrd. Franken. Das ist rund das 1,6-Fache der gesamten Kosten des Gesundheitswesens oder etwas mehr als 17% des gesamten Bruttoinlandsprodukts der Schweiz. Die obligatorische Krankenpflege-

versicherung ist offensichtlich nicht in der Lage, für die Linderung eines einzigen Beschwerdebildes einen derartigen Aufwand zu bezahlen. Ist der Aufwand nicht verallgemeinerungsfähig, so kann er aus Gründen der Rechtsgleichheit auch im Einzelfall nicht erbracht werden.“ Auch wenn man an dieser Argumentation das eine oder andere Detail kritisieren kann:³⁸ Wenn das höchste Gericht eines Nachbarlandes, das nicht für dramatische Zuspitzungen bekannt ist, zu derartigen Überlegungen in der Lage ist, sollte dann nicht auch in Deutschland eine offene Abwägung von Nutzen und Kosten in der Gesundheitsversorgung möglich sein?³⁹

3. ANSÄTZE ZU EINER SINNVOLLEN KONKRETISIERUNG

Die vorstehenden Überlegungen legen die Schlussfolgerung nahe, dass auch Ansprüche auf existenznotwendige Leistungen nicht unbedingt und absolut sind, sondern der gleichen „relativen“ Logik wie alle anderen Teilhabeansprüche unterfallen. Dies gilt zumindest dann, wenn Kosten in relevanter Höhe eine Rolle spielen. Dies heißt aber keinesfalls, dass Rechte auf existenznotwendige Leistungen einer Konkretisierung gar nicht zugänglich und daher verfassungsrechtlich völlig schutzlos wären. Sie sind nur nicht auf einen unbedingten und absoluten Bedarf zu beziehen, sondern auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu einem Lebens- und Versorgungsstandard gemäß den gesellschaftlichen üblichkeiten.

3.1. *Die Konkretisierung relativer sozialer Rechte*

Verdeutlichen lässt sich dieser Gedanke anhand der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum alten Sozialhilferecht. Hier musste geklärt werden, ob und inwieweit sog. einmalige Leistungen, deren Art und Umfang - anders als bei den laufenden Leistungen - nicht in Regelsätzen festgelegt waren, zum notwendigen Lebensunterhalt gehören. Die Beantwortung der Fragen, ob auch etwa Waschmaschinen, Kühlschränke, Klassenfahrten, Kinderfahrradhelme, Schultüten und Fernsehgeräte zum notwendigen Lebensunterhalt im Sinne des § 12 Bundessozialhilfegesetz (BSHG) gehören, erforderte einen grundsätzlichen Rückgriff auf die sozialhilferechtliche Sicherungsaufgabe der Ermöglichung eines

³⁸ Vgl. dazu die Urteilsanmerkungen von *Huster, Raspe* und *Schöne-Seifert*, MedR 2012, S. 289 ff., 291 ff., 295 ff.

³⁹ Die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland erlaubt derartige Abwägungen jedenfalls nicht, wie in einem Parallelfall und in Abgrenzung zu dem Schweizer Urteil jetzt LSG NRW, GesR 2013, S. 723 f., klargestellt hat. Dass insoweit allerdings kein Konsens besteht, ist kein gutes Zeichen für den Zustand des Krankenversicherungsrechts; vgl. *Huster* (Fn. 31), VSSR 2013, S. 333 ff.

menschenwürdigen Lebens. Interessanterweise haben die Verwaltungsgerichte erst gar nicht versucht, allgemein die Frage zu klären, ob die Verfügung über diese Gegenstände notwendige Voraussetzung der Menschenwürde ist; die Frage, ob ein Leben in Würde nur mit einem Kühlschrank möglich ist, wirkt schon auf den ersten Blick eigenartig. Die Rechtsprechung hat vielmehr von vornherein rein „gesellschaftsimmanent“ angesetzt: Aufgabe der Sozialhilfe sei es, der „sozialen Ausgrenzung des Hilfebedürftigen zu begegnen und ihm zu ermöglichen, in der Umgebung von Nichthilfeempfängern ähnlich wie diese zu leben.“⁴⁰ Angestrebt werde nicht die Möglichkeit der reinen biologischen, sondern einer gleichberechtigten sozialen Existenz in der Rechtsgemeinschaft, also ein „sozio-kulturelles Existenzminimum“ oder die - um es mit einem in den Sozialwissenschaften und der Sozialphilosophie gebräuchlichen Begriff zu benennen - soziale Inklusion des Hilfeempfängers. Wann jemand nun in eine soziale Gemeinschaft eingeschlossen ist oder aus ihr ausgegrenzt wird, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern ist von den - so wiederum das Bundesverwaltungsgericht - „herrschenden Lebensgewohnheiten und Erfahrungen“ in der jeweiligen Gemeinschaft abhängig. Dementsprechend orientierte sich die Rechtsprechung hinsichtlich einzelner Gebrauchsgegenstände maßgeblich an der sog. Ausstattungsdichte in Haushalten mit geringem Einkommen. Dass diese Haushalte durchweg über ein bestimmtes Gebrauchsgut verfügen - etwa einen Kühlschrank oder eine Waschmaschine -, war dann ein gewichtiges Indiz für seine Zugehörigkeit zum notwendigen Lebensbedarf. Tatsächlich hat die Rechtsprechung dies dann für alle der genannten Gebrauchsgegenstände angenommen.⁴¹

Tritt man nun einen Schritt zurück, so sieht man, in welcher radikaler Weise hier die auf die Menschenwürde bezogenen sozialen Rechte relativ sind. Während Folter immer und überall eine Verletzung der Menschenwürde darstellt, lässt sich die Frage, ob ein Fernsehgerät zu einem menschenwürdigen Leben gehört, gar nicht ohne den Rückgriff auf die Verhältnisse vor Ort beantworten: Der Umstand, keinen Fernseher zu besitzen, ist als solcher für die Menschenwürde irrelevant; zu einer Verletzung der Menschenwürde kann er erst dann werden, wenn in der jeweiligen politischen Gemeinschaft ein Fernseher zum Standard der Lebensführung gehört. Der Menschenwürdebezug des sozialen Rechts ergibt sich hier also nicht aus einzelnen fundamentalen Bedürfnissen, sondern aus

⁴⁰ BVerwGE 97, 376, 378 m.w.N.

⁴¹ Zu einer Darstellung dieser Rechtsprechung vgl. nur *Oestreicher/Schelter/Kunz/Decker*, Bundessozialhilfegesetz, Losebl., Stand: Juni 2002, München: Beck, § 12 Rn. 2 ff.

einem Recht auf Inklusion oder Nicht-Ausgrenzung: Menschenunwürdig ist es, so schlecht gestellt zu sein, dass man nicht mehr „dazu gehört“.

3.2. *Die Übertragung auf existenznotwendige Leistungen*

Überträgt man diese plausible Herangehensweise, die auch der Rechtsprechung des BVerfG zum soziokulturellen Existenzminimum zugrunde liege dürfte, auf die Gesundheitsversorgungsansprüche, so können diese Ansprüche nur bezogen sein auf die diskriminierungsfreie Teilhabe an einem Versorgungssystem, das die jeweilige Rechtsgemeinschaft in freier politischer Entscheidung für sich beschlossen hat.⁴² Wenn ein Gemeinwesen sich nun dafür entscheidet, in seinem Versorgungssystem Leistungen, die zwar zu einer gewissen Lebensverlängerung führen und in diesem Sinne (über-)lebensnotwendig sind, gleichzeitig aber extrem hohe Kosten verursachen, nicht vorzuhalten, so liegt darin keine Verletzung der Menschenwürde und des gebotenen Existenzminimums, solange diese Leistungsbeschränkung allgemein gilt und keinen diskriminierenden Charakter hat.⁴³

Die Relativität des Inhalts sozialer Rechte kann also nicht nur zu Ansprüchen führen, die über das Existenznotwendige hinausgehen („Kühlschränke für alle“), sondern auch anspruchsbegrenzende Wirkungen haben: Wenn letztlich gesellschaftliche Inklusion das Ziel ist, partizipiert man an der Versorgungskultur der jeweiligen Rechtsgemeinschaft – mit ihren Vor-, aber auch Nachteilen. Auch im Bereich der existenznotwendigen Leistungen kann niemand ein Versorgungsniveau für sich reklamieren, das seine Mitbürger aus nachvollziehbaren Gründen – Stichwort „Opportunitätskosten“! – sich selbst nicht leisten wollen.

3.3. *Bürgerstatus und soziale Rechte*

Um auf den eingangs erwähnten Gedanken der Relativität nicht nur des Inhalts, sondern auch der Geltung sozialer Anspruchsrechte zurückzukommen: Dass die sozialen Gehalte der Menschenwürde sich letztlich an einem Anspruch, „dazu zu gehören“, orientieren, erinnert in gewisser Weise an die berühmte These von T.H. Marshall, der volle Bürgerstatus verlange nicht mehr nur die Einräu-

⁴² Zu diesem Modell vgl. bereits *Huster*, Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann (Hrsg.), Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, Paderborn: Mentis, 2005, S. 187 ff. Zur Diskussion dieses Ansatzes vgl. *Dabrock*, Befähigungsgerechtigkeit als Kriterium zur Beurteilung von Grundversorgungsmodellen im Gesundheitswesen, ebd., S. 213 ff.

⁴³ Dabei dürften nur diejenigen Leistungsbeschränkungen als diskriminierungsfrei gelten, die einer Ex-ante-Rechtfertigung zugänglich sind; vgl. dazu *Huster*, Vulnerable Patientengruppen und Leistungsbeschränkungen im öffentlichen Versorgungssystem, *MedR* 2012, S. 565, 568 ff.

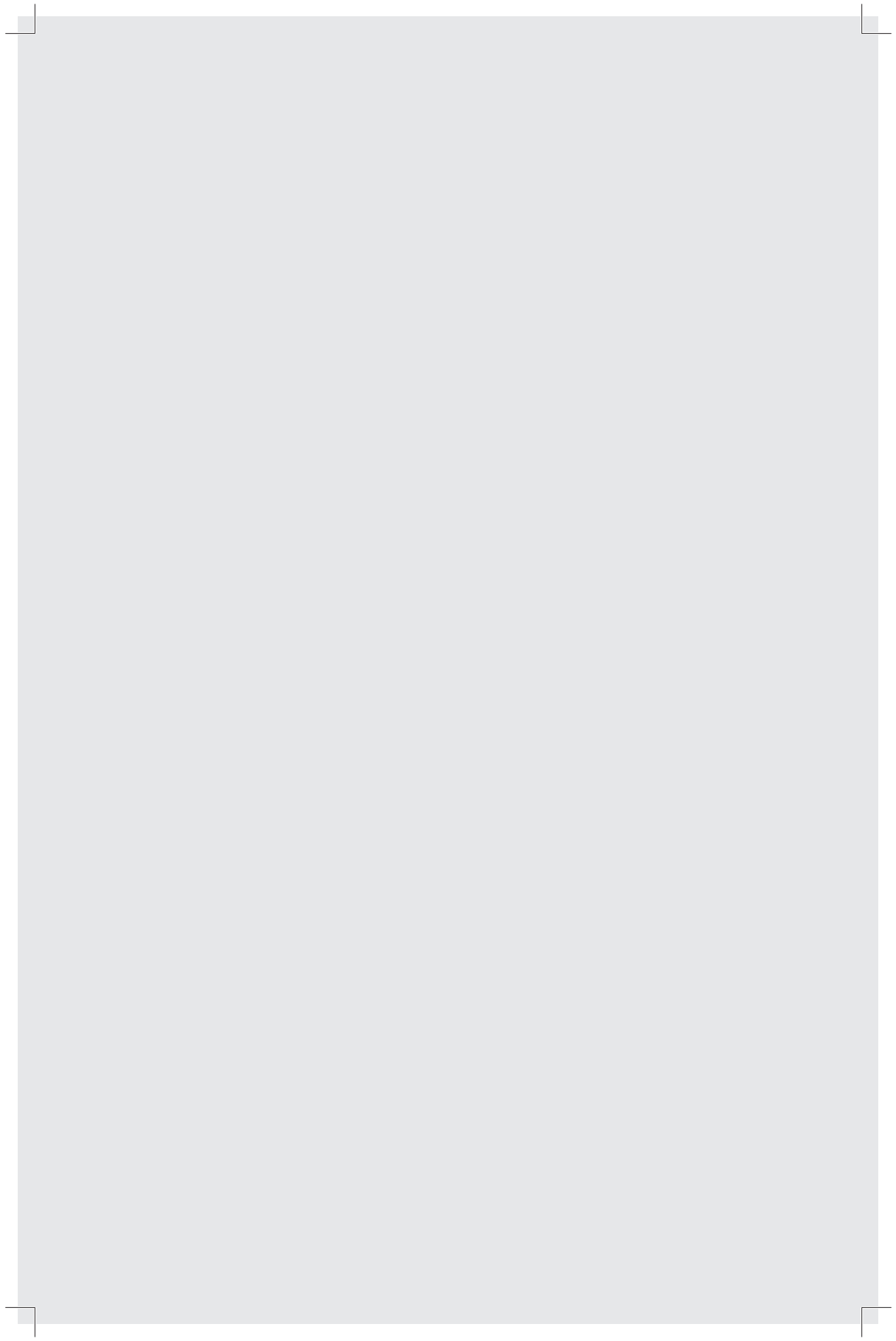
mung bürgerlicher und politischer, sondern auch sozialer Rechte.⁴⁴ Und auf diese Weise scheinen die drei Elemente ineinander zu greifen: Die Menschenwürde vermittelt einen Anspruch auf einen vollen Bürgerstatus, der wiederum ohne soziale Rechte nicht zu realisieren ist.

Ganz so einfach ist es allerdings leider nicht. Marshalls These beruht auf der Beobachtung, dass sich Ende des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunehmend sozial- und wohlfahrtstaatliche Strukturen in vielen Staaten herausgebildet haben. Sie behauptet weder, dass das ausnahmslos der Fall war, noch versucht sie eine normative Rechtfertigung für diese Entwicklung zu geben (obwohl sie zweifellos Sympathie für sie erkennen lässt). Tatsächlich dürfte es sich eher so verhalten, dass die genauen Bedingungen der Zugehörigkeit zu einer politischen und Rechtsgemeinschaft von jeder Gemeinschaft nach ihrem jeweiligen Selbstverständnis geklärt werden müssen. Ob und inwieweit soziale Rechte und soziale Gleichheit für eine Gemeinschaft konstitutiv sind, wird sich nicht generell bestimmen lassen. Zwar wird es irgendwann sehr unplausibel, selbst minimale und „kostengünstige“ soziale Rechte nicht anzuerkennen, gleichzeitig aber zu beteuern, der Betroffene sei „Gleicher unter Gleichen“. Jenseits derartiger Extremfälle ist aber viel politischer Spielraum. Auch insoweit sind die sozialen Rechte relativ: Wenn die Menschenwürde insoweit auf gleichberechtigte Zugehörigkeit ausgerichtet ist, deren Konkretisierung sich aber an dem jeweiligen Gesellschaftsverständnis orientiert, sind die sozialen Rechte nicht nur in ihrem Inhalt, sondern auch in ihrer Geltung von diesem Verständnis abhängig.

⁴⁴ *Marshall*, *Citizenship and Social Class*, in: ders., *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950, S. 1 ff.

CUARTA PARTE

Los derechos en busca de sujeto

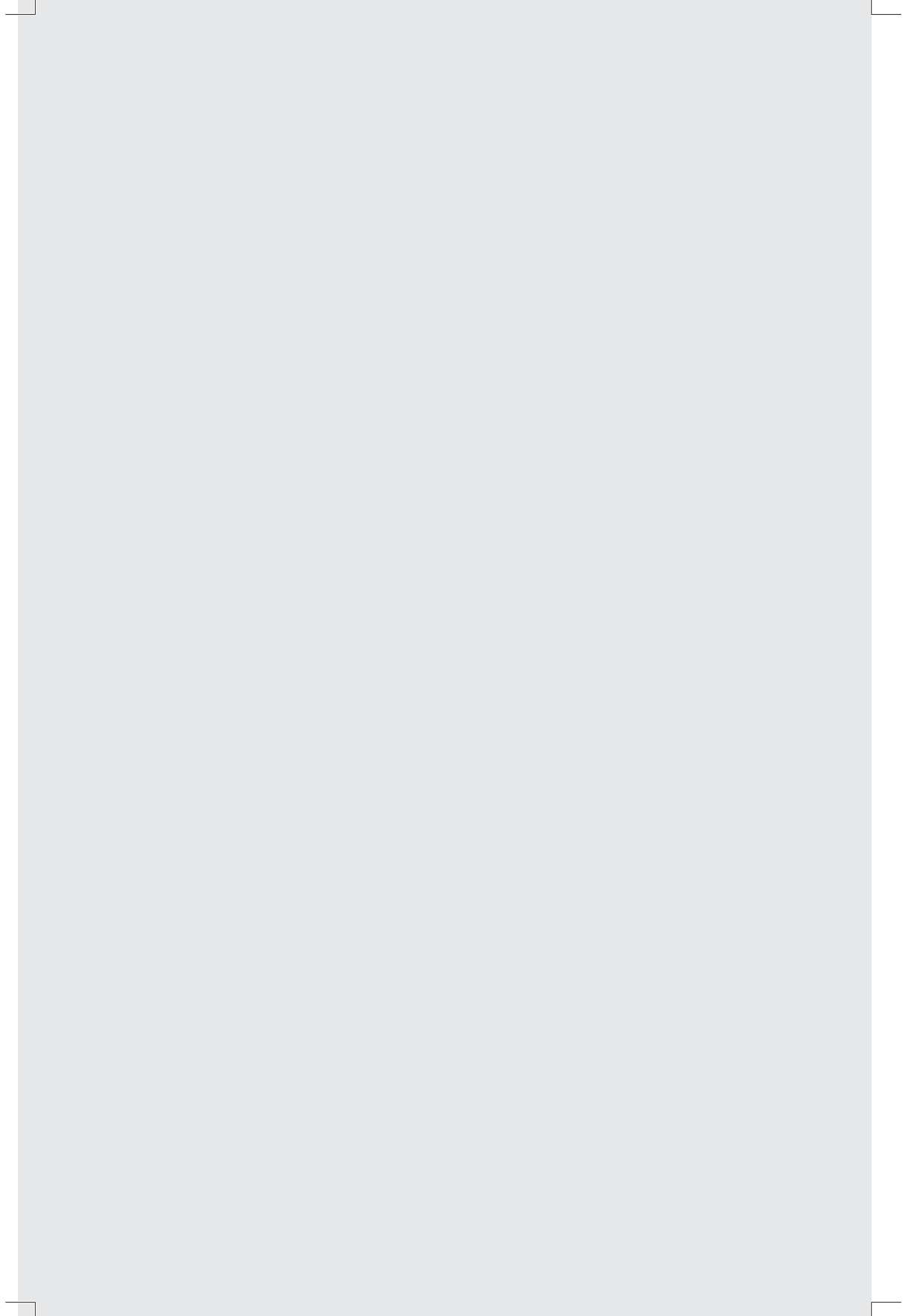


El derecho a decidir como instrumento constitucional para la canalización de problemas territoriales

Mercè Barceló i Serramalera

SUMARIO

1. Respuestas constitucionales a problemas constitucionales.
2. A trazo grueso, la génesis de una reivindicación real, presente y genuinamente ciudadana.
3. Elementos constitucionales para una construcción jurídica del derecho a decidir.
4. La estructura del derecho a decidir como derecho constitucional.
 - 4.1. La titularidad.
 - 4.2. El contenido.
 - 4.3. Los límites: la soberanía reside en el pueblo español
5. A modo conclusivo.
6. Bibliografía.



1. RESPUESTAS CONSTITUCIONALES A PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

En las democracias occidentales son cada vez más amplios los movimientos ciudadanos que reclaman nuevas facultades de actuación en forma de derechos, especialmente de participación política, para enfrentarse a lo que ya no son disfuncionalidades del sistema político sino problemas estructurales que definen su normal funcionamiento, como la corrupción, los desequilibrios sociales, la falta de control eficaz de los poderes públicos, la desregularización y privatización de servicios esenciales o la no correspondencia de las fronteras estatales con las comunidades políticas que las integran.

Respecto a esas reivindicaciones ciudadanas, y desde el Derecho Constitucional, pueden formularse algunas cuestiones: ¿Qué hacer desde el marco constitucional cuando los derechos que reconoce no alcanzan a adecuarse a las facultades de participación política que reclaman una buena parte de ciudadanos? ¿Qué hacer cuando esta inadecuación se perpetua en el tiempo porque el problema se pretende reducir a una mera posibilidad numérica de suficiencia de mayorías para una reforma constitucional? ¿Qué hacer, en consecuencia, cuando los mecanismos de garantía del sistema constitucional que posibilitan su adecuación a las transformaciones sociales se tornan precisamente en el mayor impulsor de la desafección con el sistema, poniendo así en peligro su propia sobrevivencia? Y ¿qué hacer, por tanto, cuando esa desafección avanza hacia distintas formas de desobediencia a la interpretación mayoritaria de la Constitución? Más adelante habrá que intentar responder a alguna de estas preguntas desde la reformulación y adecuada ponderación de algunos principios constitucionales.

De momento, puede advertirse que la situación política española actual no escapa a ese problema de desafección. Es más, se diría que en Europa, junto con otros países del arco mediterráneo, es uno en los que, con mayor evidencia, los

masivos movimientos sociales de la última década han puesto de manifiesto que su Constitución ha dejado de ser un marco normativo efectivo y satisfactorio desde diversas perspectivas. Y una de las más significativas, al menos en España, es la territorial, por la permanencia temporal y por el número de ciudadanos que se concita contra ella. Tal problema sumaría una pregunta más a las ya formuladas: ¿qué hacer en un Estado democrático cuando una parte de su territorio, configurada como comunidad política en cualquiera de sus formas, considera que su voluntad democráticamente expresada no es tenida suficientemente en cuenta en las instituciones y órganos centrales del Estado, de modo que las propuestas mayoritarias de los ciudadanos miembros de esa comunidad son permanentemente excluidas de las decisiones de aquél? El problema se resume en lo que la ciencia política ha llamado «déficit de acomodación» y cuya solución teórica mayoritaria, pero también histórica, se reconduce a distintas propuestas de reconfiguración territorial que pasarían por un reconocimiento de la comunidad deficitaria como sujeto político en el seno del Estado y/o por el otorgamiento de mayor capacidad política en la toma de decisiones del conjunto, siendo el objetivo final el de superar el también llamado problema de las «minorías permanentes».¹

Como es sabido, los distintos federalismos y otras formas de Estado compuesto han constituido históricamente fórmulas de solución a tales problemas de acomodación, al tratar de evitar en su organización una única lógica mayoritaria y tender hacia la armonización de diversas lógicas en un mismo contexto político democrático. Pero ¿qué sucede cuando esas vías tampoco consiguen sus objetivos, sea porque no se despliegan en su plenitud o porque no hay mayorías suficientes que las apoyen, y sigue manteniéndose permanentemente el sentimiento de exclusión (incluida la exclusión en el proceso de reforma constitucional) y la necesidad de formular una propuesta alternativa? ¿Tiene alguna respuesta el Derecho Constitucional a la adecuación que exigen esas minorías permanentes?

Aunque la respuesta deba abordarse principalmente en clave política, también el Derecho Constitucional, en mi opinión, podría y debería encauzarla procedimentalmente. Y de entre las posibilidades que puedan existir —excluyo de entrada las de ignorar el problema y las de carácter represivo puesto que no es necesario argumentarlas desde el Derecho Constitucional de la democracia— destacaré las dos que más eco han tenido y que menor éxito han concitado: una, el condicionar cualquier solución del problema, sea cual sea ésta, a una reforma constitucional;

¹ Jaume López, en Mercè Barceló i Serramalera [et alter]: *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona, 2015, pág. 19.

sea cual sea —digo— porque lo usual es la simple referencia al medio, no al contenido, y no se acostumbra a precisar —entre los pocos autores que lo han hecho, Aláez quizá el más claro—² si tal reforma constitucional es para dar cabida a un referéndum de soberanía de ámbito autonómico, si lo es para suprimir o modular los principios de unidad y de soberanía, para llevar a cabo ambas cosas a la vez, o bien si sirve para cualquier otra solución aquí no imaginada. De todos modos, teniendo en cuenta la rigidez del texto constitucional español y las mayorías de bloqueo que pueden formarse ante cualquier inicio de la vía prevista por el art. 168 CE, quedaría cerrada *de facto* como posibilidad real de solución desde el marco constitucional. Por ello, más bien, si la solución al problema planteado quisiera encauzarse a través de ese marco constitucional, cabría una actualización de su texto mediante una interpretación sistemática del mismo basada en una adecuada ponderación de los principios constitucionales comprometidos. Dicha actualización es lo que aquí se defenderá bajo la fórmula «derecho a decidir» incardinada en el concreto marco de la Constitución española.

Pero los grandes remedios son para grandes males. No estaría justificado utilizar nuevos conceptos jurídicos sino existieran situaciones o reclamaciones nuevas y relevantes constitucionalmente. Por tanto, antes de intentar desarrollar esta última propuesta, convendrá que comience por recordar la magnitud del problema territorial planteado desde Cataluña: de si se trata de una reivindicación minoritaria y/o puntual —que se ha comparado a un *soufflé*, con poco acierto—, o de si quien lo genera es una verdadera «minoría permanente» cuya desafección con el sistema consigue mantenerlo en jaque permanente; a mi juicio, más bien se trata de esto último.

2. A TRAZO GRUESO, LA GÉNESIS DE UNA REIVINDICACIÓN REAL, PRESENTE Y GENUINAMENTE CIUDADANA

Los resultados de las últimas elecciones autonómicas de 2015 arrojan cifras reveladoras para quien quiera leerlas de forma objetiva: el 59,25 % de votos está dirigido a las fuerzas políticas que abogan por la celebración de un referéndum de soberanía en Cataluña; y de éstas, un 47,8 % son declaradamente indepen-

² Es muy sugerente la propuesta de Benito Aláez Corral: propone la constitucionalización de un procedimiento de secesión a través del art. 168 CE como vía para conciliar la funcionalidad del respeto a la legalidad constitucional y al principio democrático a fin de dar solución al secular debate territorial español. Tesis que se defiende en «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en Estados territorialmente descentralizados como España», REFA, núm. 22, 2015, págs. 133-186.

dentistas. Sin embargo, si retrocediéramos a las primeras elecciones autonómicas de 1980, el voto al independentismo alcanzó solo el 8,9% y permaneció latente en minoría, acompañando al catalanismo político reformista mayoritario, hasta las elecciones autonómicas de 2003, cuando comienza significativamente a despuntar (16,44%, momento en que se inicia la reforma estatutaria) hasta alcanzar, en 2015, el 47,8% de los votos y la mayoría absoluta de escaños en el Parlamento. ¿Qué ha sucedido, pues, para que el independentismo haya pasado de ser, aunque siempre presente, un movimiento testimonial a un movimiento mayoritario en Cataluña?³

Se ha afirmado que fue la STC 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña la que marcó el punto de inflexión en el despegue del independentismo. Pero todo punto de inflexión requiere de un proceso previo que acumulativamente construya una determinada reivindicación. Eso es lo que se fue fraguando a partir de los pactos autonómicos de 1981 y 1992 que mutaron la constitución territorial escrita⁴ y que consiguieron que la asimetría inicialmente plasmada en ella —posibilidad de distinción entre autonomía política y autonomía administrativa, reconocimiento de sujetos políticos distintos a aquél en el que reside la soberanía nacional— se transformara en una descentralización asemejable —aunque con algunas necesidades de reestructuración, como la incorporación de un senado territorial— al modelo igualitario e igualador de los Estados federales cooperativos. De ahí el gran interés en sostener, y se trata de una afirmación casi comúnmente compartida por nuestra doctrina iuspublicista, que no existe en la Constitución española ningún modelo territorial previamente fijado; lo que evita considerar el argumento de la mutación constitucional que aquí se sostiene.

Pero, por el contrario, y también mayoritariamente, no se veían así las cosas desde Cataluña. Tanto los que reclamaban un autogobierno singular para satisfacer los intereses de una hipotética nación histórica como los que lo reclamaban para gobernar los intereses presentes de una ciudadanía con sentido mayoritario de comunidad política diferenciada iniciaron un proceso de reforma estatutaria

³ Mayoritario en la medida que las fuerzas políticas que se declaran antiindependentistas obtuvo, en las elecciones de 2015, sólo el 39,11 % de votos frente al 47,8% de las claramente independentistas.

⁴ Así, Miguel A. Aparicio Pérez: «Sobre la configuración del modelo territorial de Estado y el bloque de constitucionalidad», en M.A García Herrera (coord.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, 1997; págs. 533-553. Y, del mismo autor: «España. Una interpretación textual del título VIII de la Constitución Española», *La descentralización y el federalismo: nuevos modelos de autonomía política: España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido*. Barcelona, 1999; págs. 29-60.

para favorecer el retorno al pacto constitucional escrito inicial y superar lo que se entendía como un déficit de acomodación en el seno del Estado democrático español. No se propuso una reforma constitucional porque el texto constitucional —así se entendió— ya establece en sus líneas esenciales el modelo reivindicado. Se propuso, pues, una reforma estatutaria en la que lo relevante son las propuestas de preservación del autogobierno y de recuperación de la posición constitucional inicial dentro de la Constitución territorial.⁵

Mientras tanto, a lo largo de la tramitación del texto de reforma, arreció en España una campaña política, mediática, e incluso académica, de descomunales dimensiones, dirigida contra los aspectos más innovadores de la reforma (más simbólicos que eficaces en perspectiva jurídica puesto que en gran medida dependían de un despliegue legal por parte del Estado central); y, fundamentalmente, contra aquéllos que de un modo u otro permitían reconocer para Cataluña un *demos* singular y propio (el reconocimiento de Cataluña como nación, unido al principio de bilateralidad como principio relacional con el Estado; o la equiparación de los efectos de la oficialidad de la lengua catalana a los reconocidos constitucionalmente a la castellana).

Desde Cataluña, esta campaña fue ampliamente contestada por movimientos ciudadanos organizados a través de distintas fórmulas asociativas, reivindicando desde su inicio un desconocido «derecho a decidir»; así lo muestran los lemas de las dos primeras de una larga serie de manifestaciones masivas: «Somos una nación y tenemos derecho a decidir» (febrero de 2006); «Somos una nación y decimos basta. Tenemos derecho a decidir sobre nuestras infraestructuras» (diciembre de 2007).

Sin embargo, una vez aprobado el nuevo Estatuto de autonomía por las Cortes Generales con importantes modificaciones respecto de la propuesta inicial catalana, la reivindicación social tomó un camino muy distinto; y así, de reivindicar inicialmente un «poder decidir» en términos de autogobierno y en el marco

⁵ Así, junto con la advertencia de la necesidad de ampliar y precisar el alcance de las competencias de la Generalidad (expresada, esta última, en la llamada técnicas de «blindaje competencial»), de la mejora de las instituciones autonómicas o del perfeccionamiento del sistema de fuentes, el acento se situó en aquellos otros aspectos estructurales que predeterminan la posición relacional de Cataluña en el sistema general: reconocimiento del principio de plurinacionalidad del Estado, refuerzo de la posición de la Generalidad como parte integrante del Estado, institucionalización de su presencia en la Unión Europea y en el ámbito de las relaciones internacionales, o reconocimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña (entre ellos, los derechos y deberes derivados de la equiparación de los efectos de la oficialidad de la lengua catalana con los de la lengua castellana).

estatutario, se comenzó a reclamar un «poder decidir» la construcción de un Estado propio.⁶

En este escenario, el Tribunal Constitucional —en delicada situación por las recusaciones habidas, la caducidad (en casi tres años) del mandato de algunos miembros y una vacante no substituida— dictó la Sentencia 31/2010, de 28 de junio; y aceptando los planteamientos políticos y doctrinales mayoritarios, desactivó uno a uno los objetivos fundamentales de la reforma estatutaria, especialmente el del reconocimiento de un *demos* singular y propio para Cataluña; objetivos, a mi juicio, de trascendencia jurídica menor interpretados en su marco constitucional concreto, pero cuya negación ha resultado de incalculables consecuencias políticas, como se ha podido comprobar. La posición política que residía en el transfondo de la Sentencia fue rápidamente entendida desde Cataluña (mientras que en el resto de España, mayoritariamente, se seguía defendiendo —incluso por algunos magistrados del Tribunal Constitucional— el gran acierto de la misma) como la definitiva constatación de que la vía de profundización del autogobierno ya no era posible en el marco de España;⁷ o, al menos, no era posible dentro de la interpretación mayoritaria del marco constitucional vigente.

La manifestación inmediatamente convocada (10 de julio de 2010) para protestar contra el significado y alcance de esa Sentencia —que, como he apuntado, se leyó por la ciudadanía en Cataluña como la comprobación final de constituir de hecho una minoría permanente— fue la primera en la que las «esteladas» irrumpieron espontánea y masivamente, y su lema corroboró la escenificación: «Somos una nación. Nosotros decidimos». Y a partir de esta fecha, cada una de las manifestaciones de conmemoración de la *Diada* Nacional de Cataluña (11 de septiembre) ha alcanzado importantes cuotas de participación, superando siempre el millón largo de personas (la *Diada* de 2012, en la que se reclama «Cataluña, un nuevo Estado en Europa»; la *Diada* de 2013, en la que se forma la llamada «Vía catalana»; la *Diada* de 2014, con el lema «9-Noviembre, votaremos, ganaremos»; la *Diada* de 2015, estuvo marcada por la celebración de la «Vía Libre a la República Catalana»; y la *Diada* de 2016, en la que el lema es «A punto!»). No

⁶ Comienza en este momento a fraguarse la idea de celebrar consultas populares a lo largo de todo el territorio a fin de preguntar sobre la independencia de Cataluña. Dichas consultas se sucedieron en más de quinientas ciudades y pueblos de Cataluña a partir de septiembre de 2009, organizadas por asociaciones de distinta naturaleza, y en las que votaron a favor de la construcción de un Estado propio 812.934 ciudadanos (un 92,2 % de los participantes).

⁷ En este sentido, Andrés Boix Palop: «La rigidez del marco constitucional español respecto del reparto territorial del poder y el proceso catalán de 'desconexión'», en J. Cagiao y Conde, G. Ferraiuolo: *El encaje constitucional del derecho a decidir*, Madrid, 2016, pág. 43.

hay ni ha habido en Europa un movimiento pacífico tan masivo y tan permanente en su reivindicación: es como si, comparativamente, cada 12 de octubre, durante años, diez millones de españoles reivindicaran la reinstauración de la República y siguiéramos hablando en términos culinarios de «una reivindicación *soufflé*».

Pues bien, genuinamente ciudadana, la fórmula del «derecho a decidir» llegó hasta el Parlamento, aprobándose el 27 de septiembre de 2012 la Resolución 742/IX, por la que se instaba al Gobierno de la Generalidad a convocar una consulta sobre el futuro político de Cataluña antes de 2016. El Parlamento constituido tras las elecciones de noviembre de 2012,⁸ en el que el 80 % de los escaños prestó apoyo a la celebración de esa consulta, comenzó a concretar el mandato anterior y adoptó la Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

Su pretensión era la de iniciar un proceso «escrupulosamente democrático» —el ejercicio del derecho a decidir— que «garantizará especialmente la pluralidad y el respeto de todas las opciones, mediante la deliberación y el diálogo en el seno de la sociedad catalana, con el objetivo de que el pronunciamiento que se derive sea la expresión mayoritaria de la voluntad popular, que será el garante fundamental del derecho a decidir» (punto 2). Esta Resolución, recurrida por el Gobierno central, fue declarada parcialmente inconstitucional por la STC 42/2014, cuya relevancia no reside tanto en esa obvia declaración de inconstitucionalidad (dejando al margen que la aceptación a trámite del recurso es más que dudosa por su objeto) sino en el reconocimiento de un derecho a decidir en el sistema constitucional español que arranca, como en los casos quebequés y escocés, de una determinada concepción del principio democrático; luego volveré sobre ello.

Se entró, así, en una nueva etapa en la que tanto el Gobierno de la Generalidad como la mayoría parlamentaria que lo apoyaba asumían políticamente la reivindicación del derecho a decidir.⁹ Ello se tradujo, en primer lugar, y emulando el

⁸ Convocadas anticipadamente tras el fracasado intento de negociación entre los presidentes Mas y Rajoy en el que el primero proponía un «Pacto Fiscal» para Cataluña. Cinco partidos políticos concurrieron a esas elecciones con una propuesta de celebración de una consulta popular sobre el futuro político de Cataluña en sus programas electorales: CiU, ERC, PSC, ICV-EU y las CUP. En conjunto, obtuvieron 107 de los 135 escaños del Parlamento de Cataluña.

⁹ Para desarrollar el mandato político de la Resolución se creó el *Consell Assessor per a la Transició Nacional* mediante Decreto 113/2013 del Gobierno catalán, integrado por expertos y profesionales de prestigio en el ámbito jurídico, económico, politológico, sociológico y de la comunicación. El Consejo elaboró el *Llibre Blanc de la Transició Nacional de Catalunya* consultable en castellano en: http://web.gencat.cat/es/actualitat/detall/20140930_Llibre-blanc-sobre-la-Transicio-Nacional-de-Catalunya-00001. El primero de sus informes se refiere a las vías posibles

proceso escocés, en una solicitud al Estado, mediante la presentación de una proposición de ley ante las Cortes Generales, de la delegación de la competencia para la autorización y celebración de un referéndum, tras haber pactado los partidos catalanes partidarios de la consulta tanto la pregunta¹⁰ como la fecha de celebración (9 de noviembre de 2014). Pero la petición fue ampliamente rechazada por el Congreso de los Diputados.¹¹

Unos meses más tarde, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias, con el 79 % de votos afirmativos; y el Presidente de la Generalidad convocó de forma inmediata una consulta de tales características. Pero Ley y convocatoria fueron recurridos por el Gobierno central ante el Tribunal Constitucional y suspendida, en consecuencia, su vigencia (el recurso fue posteriormente resuelto por la STC 31/2015, declarando parcialmente la Ley inconstitucional y, por lo tanto, el decreto de convocatoria, mediante la STC 32/2015).

A partir de esta suspensión se generó un verdadero movimiento de desobediencia: el 4 de octubre, novecientos veinte de novecientos cuarenta y siete municipios de Cataluña (el 96 %) aprobaron las correspondientes mociones favorables a la celebración de la consulta, reuniéndose sus alcaldes con el Presidente de la Generalidad para ofrecerle su apoyo. El día 14 del mismo mes, el Presidente anunció la celebración de un «proceso participativo» a fin de celebrar la consulta el 9 de noviembre; «proceso participativo» que también fue impugnado por el Gobierno central ante el Tribunal Constitucional —y declarados posteriormente

para ejercer el derecho a decidir en el marco de la Constitución española y de acuerdo con las leyes vigentes. Estas vías, según el Informe, son cinco: el referéndum consultivo previsto en el art. 92 CE, convocado por el presidente del gobierno español, de acuerdo con su competencia, o bien, alternativamente, por el gobierno catalán, previa transferencia de la competencia; el referéndum consultivo previsto en la Ley catalana 4/2010, previa autorización del gobierno español; una consulta popular no referendaria, de acuerdo con la ley que apruebe el Parlamento de Cataluña en esta materia (aprobada el 19.11.2014 y declarada inconstitucional); y, finalmente, la tramitación de una propuesta de reforma constitucional que incluya de forma explícita la celebración de referéndums consultivos en el ámbito autonómico. También propone como vía alternativa a la de las consultas la celebración de unas elecciones plebiscitarias que permitan conocer la opinión del electorado sobre una posible independencia de Cataluña a través del voto a partidos que presentaran en su programa esta alternativa; vía que se siguió que, como es sabido, mediante las elecciones autonómicas de 27.09.2015.

¹⁰ «¿Quiere que Cataluña sea un Estado? En caso afirmativo, ¿quiere que este Estado sea independiente?».

¹¹ Con un resultado de 299 votos en contra —PP, PSOE, UPYD, UPN, Foro Asturias i Coalición Canaria; 47 a favor —Izquierda Plural, CiU, PNV, BNG, Amaiur, ERC, Compromís y Geroa Bai—; y una abstención, la de un diputado de Coalición Canaria.

inconstitucionales sus actos preparativos por la STC 138/2015— al entender que, aunque formalmente se escondía tras una vía de hecho, el proceso participativo amagaba la voluntad de celebración de un referéndum que requería, en todo caso, la autorización del Estado.

La admisión a trámite del recurso conllevó la suspensión de la convocatoria, pero el día 9 de noviembre de 2014 se abrieron a la ciudadanía los puntos de votación previstos y el 80,76% de los votos fue favorable a la independencia.¹² Este resultado no fue capitalizado por ninguno de los partidos que apoyaban la consulta. Y el Estado central no reaccionó más que *a posteriori* y no políticamente, sino por vía judicial.

Así, ante tales hechos, la Fiscalía General del Estado, después de que los fiscales de Cataluña (TSJC) manifestaran su desacuerdo, presentó una querrela contra el Presidente de la Generalidad y dos consejeras de su Gobierno como organizadores del proceso participativo del 9-N —por delitos de desobediencia, obstaculización a la justicia, uso indebido de fondos públicos y abuso de poder—, lo que de momento ha comportado su imputación ante el TSJC por alguno de esos delitos y la ampliación de la misma a otro consejero del Gobierno Mas ante el Tribunal Supremo (por ser hoy diputado a Cortes). También supuso, en su momento, la dimisión del mismo Fiscal General del Estado.

Meses después, en las elecciones municipales de mayo de 2015, las fuerzas independentistas obtuvieron el 45% de los votos. Y en las autonómicas de 27 de septiembre del mismo año, que se formularon como «plebiscitarias» en apoyo de la idea de una posible separación territorial, esas mismas fuerzas alcanzaron, como se ha indicado, el 47,8% de los votos (Junts pel sí, CUP), además de la mayoría absoluta de escaños, frente al 39,17% de los votos claramente antiindependentistas (C, PSC, PP).

Esa mayoría absoluta coincidía en dar apoyo a un programa de desconexión del Estado a alcanzar en un período de dieciocho meses, que transcurriría por dos fases: una primera, que comenzaría con una declaración inicial del proceso de independencia (Resolución de 9 de noviembre de 2015, impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal constitucional y declarada inconstitucional y nula por la STC 259/2015) y seguiría con la aprobación de una serie de leyes de estructuras de Estado y el inicio de un proceso constituyente de base social y popular. Posteriormente, se procedería a la proclamación de la independencia,

¹² Participaron 2.305.290 personas (aproximadamente, un 37 % de los posibles votantes); el 80,76% de los votos fue favorable a la independencia («Sí-Sí»); el 10,07% de los votos se inclinó por el «Sí-No»; y el 4,54%, por el «No».

que supondría la desconexión respecto del ordenamiento jurídico español, y la aprobación de la ley de transitoriedad jurídica y la ley del proceso constituyente. A lo que seguiría una segunda fase de carácter constituyente que comprendería la celebración de unas elecciones constituyentes, la culminación del proceso de creación del Estado independiente con la aprobación de la Constitución y su ratificación mediante referéndum.¹³

De este modo, la insistente negativa del Estado a celebrar cualquier tipo de consulta sobre el futuro de Cataluña como comunidad política ha desembocado en una mayoría absoluta parlamentaria que apoya la idea de una secesión unilateral mediante el procedimiento indicado; unilateralidad que, un año más tarde, se ha matizado a raíz de la aprobación de la cuestión de confianza presentada por el presidente Puigdemont (29-IX-2016) y las subsiguientes resoluciones parlamentarias (cuya nulidad ha solicitado el gobierno central ante el Tribunal Constitucional), en el sentido que se condiciona a la previa propuesta de un referéndum pactado con el Estado,¹⁴ cuyo fracaso conduciría a la celebración del referéndum, ahora sí, unilateral: «o referéndum o referéndum» en palabras del presidente de la Generalidad.

La judicialización de este problema político, real y presente, no ha conseguido, pues, su solución; ni mucho menos, creo, que lo conseguirá una muy contestada Ley orgánica 15/2015, de reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Porque, según se va mostrando, para lo único que ha servido ha sido para incentivar una desobediencia que, de momento, se ejerce institucionalmente, pero que si atrae a una buena parte de la ciudadanía puede abrir más posibilidades a la consecución del proyecto de la unilateralidad en el camino hacia una incierta independencia.

El afrontar sólo judicialmente (y no políticamente) una cuestión política de tal magnitud ha contribuido también, como era de esperar, a desestabilizar el sistema en su conjunto. Que en España haya, a día de hoy, un gobierno en funciones desde diciembre de 2015, que se hayan celebrado dos elecciones generales sin posibilidad clara de formar nuevo Gobierno, que el Partido Socialista esté en caída libre y

¹³ Bloque I del Programa electoral de Junts pel sí.

¹⁴ «Si s'accepta el principi democràtic que els catalans hem de poder votar, aleshores estem disposats a obrir una negociació per explorar en quins termes s'hauria de desenvolupar aquest referèndum. Que vol dir que podem parlar de com formulem la pregunta, de quina és la data que podríem celebrar-lo, de quins serien els quòrums que acceptaríem per considerar vàlids els resultats, de quina moratòria establiríem per tornar a demanar el referèndum en cas que el perdéssim, i de quina manera gestionaríem el resultat que sortís. De tot això en podem parlar a fons i amb lleialtat. I en sortim beneficiats tots» (extracto del discurso del presidente de la Generalidad).

en permanente choque entre dos posiciones opuestas, son hechos sobre los que planea la reivindicación no atendida de celebración de un referéndum en Cataluña y la consiguiente desafección con el marco constitucional vigente (o con su interpretación mayoritaria) por parte de unos ciudadanos con conciencia de constituir una mayoría (aun por demostrar) minoritaria en el conjunto del Estado; con conciencia, por lo tanto, de ser una minoría permanente. El problema, aunque expuesto en trazo grueso, por más que se niegue, existe.

En esta fase, pues, donde las instituciones y la ciudadanía en Cataluña comienzan a perfilar la desobediencia como único medio para hacer frente a la que se lee como una falta de respuesta injustificada o respuesta judicial no adecuada a la naturaleza del problema, resulta más que pertinente recurrir a los instrumentos que todo sistema democrático ofrece (como los ha ofrecido en otros países democráticos, como Canadá o Reino Unido). Y creo que el derecho a decidir derivado, como he apuntado, de una actualización del texto constitucional español vigente puede servir al efecto. Porque la pregunta que debe hacerse en la línea de esa vía de solución no es si el bagaje de los saberes jurídicos contiene un determinado neologismo para resolver la cuestión —en este caso el «derecho a decidir»— sino si lo necesitamos y por qué. La justificación de utilizar una nueva terminología —teorizando lo que la ciudadanía reclama— radica simplemente en el hecho de que es necesaria para aludir a situaciones o reclamaciones nuevas. No es una supuesta naturaleza inmutable de las cosas la que nos dicta qué conceptos deben utilizarse, sino que es su utilidad la que nos proporciona el criterio para reconocerlos cuando convenga.¹⁵ Y creo que, precisamente, este es el caso.

3. ELEMENTOS CONSTITUCIONALES PARA UNA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A DECIDIR

A fin de formular desde el marco constitucional español un posible «derecho a decidir», avanzaré cuál podría ser su posible contenido. Se trataría de un derecho individual de ejercicio colectivo de los miembros de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada que permite expresar y realizar mediante un procedimiento democrático la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente.¹⁶ A esa formulación

¹⁵ Josep M. Vilajosana, en Mercè Barceló i Serramalera [et alter]: *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona, 2015, pág. 69.

¹⁶ Definición de la que parte y se formula en la obra colectiva citada, Mercè Barceló i Serramalera [et alter]: *El derecho a decidir...Op cit.* Barcelona, 2015.

y a su reconocimiento podría llegarse, en nuestro sistema constitucional, a través de una ponderación entre principios: el de la indisoluble unidad, el de soberanía concentrada y el principio democrático.

Cuando se niega la posibilidad de reconocer un derecho a decidir (o una consulta a la ciudadanía de Cataluña) desde el orden constitucional español se apela principalmente a dos preceptos: por una parte, al art. 1.2 CE, donde se proclama que «la soberanía nacional reside en el pueblo español»; y, de otra, al art. 2 CE, cuyo texto establece que «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles». Por ello —así se dice— resultaría inconstitucional una consulta a parte de la ciudadanía sobre su futuro político territorial por cuanto la pretensión de secesión quebraría la indisoluble unidad territorial; decisión que, en todo caso y de ser posible, sólo podría adoptar el pueblo español en su conjunto como titular de la soberanía. Sin embargo, esta posición que se presenta como la más respetuosa con el texto constitucional podría ser también la que más se alejara por cuanto prescinde de otros principios, de otras normas constitucionales —que son tan Constitución como las normas que reconocen la soberanía concentrada y la indisoluble unidad—, y del contexto en el que aquellos preceptos se encuentran insertos.

Ciertamente, es innegable que el derecho a decidir no está directamente reconocido en la Constitución española. Pero no porque el texto constitucional español sea estructuralmente distinto al de otras constituciones democráticas sino precisamente porque es «Constitución» y, en consecuencia, su función es la de constituir un Estado, esto es, una unidad organizada de decisión y acción. De modo que cualquier Estado, sea cual sea su organización territorial de base —federal, autonómica, regional—, es por definición unitario; y función principal de la Constitución que lo constituye es la de preservar su existencia y, por lo tanto, su unidad. Lo que a su vez supone que el hecho de que el art. 2 CE proclame la indisoluble unidad no convierte al Estado español en un Estado más unitario que otros Estados en los que, fundamentándose en el principio democrático y, por lo tanto, en el de respeto a las minorías y al de legalidad, se ha cuestionado su unidad, como en el Reino Unido y Canadá.¹⁷ Porque lo que ha posibilitado

¹⁷ Ni el sistema constitucional del Reino Unido ni el del Canadá reconocen de forma expresa un derecho a decidir, lo que no ha impedido que la población de una parte de su territorio se haya pronunciado sobre una posible secesión por vía referendaria. De la experiencia canadiense, y en concreto del *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1998) de la Corte Suprema de Canadá, se deriva que la estructura democrática del Estado impone trasladar las reglas sobre la secesión a una construcción constitucional interna, alejada por lo tanto del derecho internacional y del

la celebración de sendos referéndums secesionistas en Escocia y en Québec es la convivencia en sus respectivos órdenes constitucionales del principio de unidad (formulado expresa o tácitamente) con el principio democrático.

Precisamente, el principio democrático está reconocido en la Constitución española en el art. 1.1 como un principio estructural del sistema político y del ordenamiento jurídico; y ello comporta que actúe como un principio orientador en el momento de creación, interpretación y aplicación de todas y cada una del resto de normas de la Constitución y del ordenamiento jurídico en conjunto. La orientación que señale, por lo tanto, dependerá del contenido y alcance de la concepción democrática que introduzca. En este sentido, las constituciones occidentales actuales no incluyen sólo una idea procedimental de «democracia», según la cual es legítimo que prevalezca la voluntad de la mayoría sobre la de la minoría si se siguen los procedimientos establecidos. Junto a esta concepción, que no se pierde, el valor libertad presupone y posibilita la capacidad de tomar decisiones, individuales y colectivas, y favorece la autonomía y la emancipación, libremente escogidas, también por parte de las minorías. Y, en esta óptica, el objetivo es el de asegurar una organización de poderes que preserve y posibilite tal capacidad de decisión, y conciliar la dimensión individual de la libertad con la dimensión política o colectiva. En consecuencia, no es difícil mantener que el principio democrático actúa como principio estructural sustantivo de no-dominación que preserva la capacidad individual de elección y de autodeterminarse (art. 10.1 CE), conciliándola con la libertad colectiva del grupo (art. 9.2 CE), de modo que sea

derecho a la autodeterminación, y sostenida por cuatro principios constitucionales, escritos o no: el democrático, el federal, el de constitucionalidad y primacía del derecho, y el principio de respeto a las minorías. Ninguno de estos principios puede primar sobre los otros, de forma que la comunidad territorial no puede declararse unilateralmente independiente en virtud del principio democrático, pero tampoco el Estado al que pertenece puede permanecer indiferente o negarle su derecho a independizarse si así lo desea mayoritariamente la población afectada y lo manifiesta con claridad a través de un procedimiento de consulta democrático. De la experiencia británica destacan principios parecidos a los anteriores en los que se basa la formulación del derecho a decidir: un principio de descentralización política (equivalente al principio federal), un reconocimiento explícito de la plurinacionalidad del Estado (que substituye al principio de respeto a los derechos de las minorías y que sitúa a los escoceses en una mejor posición que otras comunidades territoriales como titulares de su derecho a decidir ya que tienen un reconocimiento reforzado como comunidad), y un principio democrático, que debe posibilitar la negociación y la aceptación de resultados. Y el referéndum se configura como el instrumento utilizado para conocer la voluntad de la comunidad política proponente. Sobre el uso de los referéndums de soberanía véase: Mercè Corretja, en Mercè Barceló i Serramalera [et alter]: *El derecho a decidir...* *Op cit.* Barcelona, 2015, p. 41-65. Y Joan Ridao: *El dret a decidir. La consulta sobre el futur polític de Catalunya.* Barcelona, IEA, 2014.

posible mantener esa libertad tanto en la esfera privada como en la pública; lo que permite imponer límites a la capacidad de decisión de las mayorías sobre las minorías disidentes. «Democracia» significa entonces, también, respeto por las minorías y por sus derechos constitucionales. Derechos constitucionales cuya existencia y ejercicio, en un Estado democrático, no pueden depender de las mayorías sino que, precisamente, constituyen la forma de protección permanente de las minorías (así, por ejemplo, Dworkin).¹⁸ Sólo de este modo se posibilita una oportunidad democrática a grupos que, por ejemplo por razones demográficas, no podrían devenir mayoría.

De este modo, la libertad que la Constitución consagra como «valor superior del ordenamiento jurídico» (art. 1.1) representa en el ordenamiento español una autorización a los ciudadanos de llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba (STC 83/1984); también cuando estos ciudadanos interactúen con el orden de valores y principios constitucionalmente reconocidos. De ahí que pueda afirmarse —así lo ha hecho también el Tribunal Constitucional (formulación directa en las SSTC 48/2003, 5/2004, 235/2007, 12/2008 y 42/2014, que encuentra implícita en las STC 11/1981 y 126/2009)— que la democracia consagrada por la Constitución española no es una «democracia militante». En efecto, el hecho que el texto constitucional no contenga límites materiales a su propia reforma (arte. 166 a 169 CE) y que reconozca, al mismo tiempo, un conjunto de libertades de refuerzo de la defensa de la libre ideología (por ejemplo, arte. 16 y 20 CE), obliga a excluir a la democracia española de entre aquéllas que no toleran opciones contrarias a los valores y principios consagrados constitucionalmente, aunque éstos se muevan formalmente dentro del marco de la legalidad. Antes bien, la democracia española, de acuerdo con su configuración constitucional, no inconstitucionaliza la defensa de fines, ni condena ideologías que sean contrarios a la Constitución. No es una democracia que genere un «metaderecho natural y fundamental» —en el sentido empleado por Frankenberg—¹⁹ de autodefensa del Estado (estado de necesidad, defensa del bien común, por ejemplo) que actúe como parámetro de referencia para la validez e interpretación de los derechos individuales y colectivos, y que se imponga jerárquicamente sobre los mismos.

Lejos de este concepto de «democracia militante» o de «democracia protegida», que en la Alemania de los años cincuenta a los setenta sirvió, por ejemplo, para ilegalizar partidos y prohibir el ejercicio profesional a funcionarios de

¹⁸ Ronald Dworkin, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2008.

¹⁹ Günter Frankenberg: «Angst im Rechtsstaat», *Kritische Justiz*, núm. 4, Colònia, 1977, pàg. 366-370.

«dudosa» ideología, la Constitución española establece una democracia plural y pluralista, no tutelada, y, por lo tanto, no excluye de la legalidad sujetos o grupos que tengan una idea del Derecho o de la organización social distinta o contradictoria con la de la misma Constitución. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en la STC 48/2003: «(...) en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de forma que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos». Y sigue diciendo: «La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. (...). Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, (...) cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales».

Afirma, pues, el Tribunal Constitucional en esta Sentencia —y lo retoma después en esos mismos términos en la Sentencia 42/2014 para dar cabida dentro de la Constitución al derecho a decidir, como veremos— que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo y que, por ello mismo, cualquier proyecto político o social es compatible con la Constitución, incluso aquel que sea contrario, siempre que no se defienda a través de una actividad que vulnere el principio democrático o los derechos fundamentales.

En consecuencia, y recapitulando, salvo que se defienda abiertamente que la Constitución española instaure una democracia militante, posición difícil de sostener a la vista del texto constitucional y de la jurisprudencia al respecto, no es sostenible que la formulación de una propuesta, por ejemplo, de secesión sea

inconstitucional, puesto que el reconocimiento de la indisoluble unidad de la nación española —que no es un metaderecho fundamental del Estado o del titular de la soberanía— ni impone la unidad perpetua, ni imposibilita, en consecuencia, el desmembramiento territorial, siempre que el proyecto político secesionista «no se defiende a través de una actividad que vulnere el principio democrático o los derechos fundamentales».

Desde esta premisa, pues, es defendible la presencia en el orden constitucional español de un derecho que en sus trazos más difusos otorgaría a sus titulares la facultad de discrepar abiertamente del orden constitucional establecido, también de la unidad territorial, y de proponer alternativas a la misma, expresadas a través de un procedimiento democrático que, como tal, debiera garantizar, en esa ponderación de principios, los derechos de las minorías, la participación del titular de la soberanía (pueblo español en su conjunto) de forma directa o a través de sus representantes, y el equilibrio entre ambos elementos, de modo que no pueda imponerse unilateralmente el proyecto político propuesto (la secesión, si es el caso), pero que tampoco devenga irrealizable *ad aeternum* por estar sostenido por una mayoría que se diluye en el conjunto del titular de la soberanía, en tanto que el principio de la mayoría no puede confundirse con el de dominio de la mayoría.

Este haz de facultades, así delimitado, es a lo que el Tribunal Constitucional español ha denominado «derecho a decidir» en la ya citada Sentencia 42/2014, en la que resuelve la impugnación del Gobierno del Estado contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña de Catalunya.

Además de un pronunciamiento formal de no poca importancia sobre la admisibilidad del recurso,²⁰ destaca de esa Sentencia el sentido de la estimación parcial

²⁰ La Resolución v/x, como tal resolución, es un instrumento propio de la función de impulso de la acción política y de gobierno, un acto de naturaleza política sin efectos jurídicos y, por lo tanto, no recurrible. La consecuencia lógica de este planteamiento hubiera conllevado la inadmisión a trámite del recurso. Mas, la sentencia entiende que si bien la Resolución no tiene efectos vinculantes ni para los ciudadanos ni para la acción de Gobierno, esta carencia de vinculatoriedad no implica una carencia de efectos jurídicos, que se hallarían en el punto primero de la Declaración, cuando declara la soberanía del pueblo de Cataluña, la cual, insertada en un proceso de diálogo y negociación entre poderes públicos para hacer efectivo el derecho a decidir, constituye efectivamente un reconocimiento de atribuciones inherentes a dicha soberanía. A ello añade que el carácter asertivo de la Resolución reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas, siendo este cumplimiento susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento. Estos argumentos, sin embargo, no dejan de ser forzados porque derivan de una hipotética voluntad de normatividad de una Resolución parlamentaria de

del mismo, declarando inconstitucional y nulo uno de los nueve principios de la Declaración (el principio primero, relativo a la soberanía), pero declarando asimismo que las referencias al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» contenidas en la Declaración no son inconstitucionales, si se interpretan tal como lo hace el Tribunal en sus fundamentos, y desestimando el resto de la impugnación.

Y esta estimación parcial propicia, en aquello que resulta desestimado, que el Tribunal Constitucional reconozca la existencia de un derecho a decidir, lo dote de contenido y delimite su alcance. En efecto, este derecho, que según el Tribunal no puede tener como contenido ni un derecho a la autodeterminación, ni una atribución de soberanía), faculta para formular «una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo», y «legalidad», expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el «derecho a decidir»». En la base de este derecho se hallaría, pues, la idea ya tratada de que el orden constitucional español no responde a un modelo de «democracia militante»,²¹ por lo que tienen cabida en ese orden «...cuantas ideas quieran defenderse», aunque «pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional». El planteamiento de una secesión territorial tendría, así, cabida en el ordenamiento «siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable».

En consecuencia, y según el Tribunal, en la delimitación del derecho a decidir deben excluirse dos posibles facultades: ni es un derecho a la autodeterminación, ni supone atribución de soberanía; pero sí ampara para realizar actividades dirigidas a «preparar y defender» el objetivo o aspiración política de modificar el orden constitucional establecido, siempre que estas actividades se realicen,

carácter político. Además, contravienen jurisprudencia anterior referida a la naturaleza del acto impugnado (así, STC 40/2003, donde se establece que los actos parlamentarios en el ejercicio de la función de impulso o de dirección política son «carentes de efectos jurídicos vinculantes»). Un análisis de esta problemática en Enric Fossas Espadaler: «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», *REDC*, núm. 101, 2014, págs. 273-300.

²¹ Como pretende el Gobierno del Estado en su escrito de alegaciones que fundamenta el recurso. Y, así, define el derecho a decidir como una «acción política que...se caracteriza por constituir un desafío abierto contra la Constitución» (FJ 1.1.º del escrito).

como insistentemente se advierte, sin vulnerar los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de mandatos constitucionales. Y su contenido genera, asimismo, un deber de lealtad constitucional entre el poder público territorial y el poder público estatal «que como este Tribunal ha señalado se traduce en un «deber de auxilio recíproco», de «recíproco apoyo y mutua lealtad», «concreción, a su vez el más amplio deber de fidelidad a la Constitución» (STC 247/2007, de 12 diciembre, FJ 4) por parte de los poderes públicos», de manera que si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma formulase una propuesta de tales características el Parlamento español «deberá entrar a considerarla».

En la STC 42/2014 no queda claro, sin embargo, cuáles pudieran ser las actividades dirigidas a «preparar y defender» el objetivo o aspiración política de modificar el orden constitucional. Por una parte, el Tribunal afirma que entre las manifestaciones del principio de «legitimidad democrática» (Punto segundo de la Declaración encausada) está la «que impone que la formación de la voluntad se articule a través de un procedimiento en el que opera el principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes, y la que exige que la minoría pueda hacer propuestas y expresarse sobre las de la mayoría, pues un elemento basilar del principio democrático es el proceso de construcción de las decisiones y la democracia tiene importancia como procedimiento y no solo como resultado». Si se avanzara por esta línea, por lo tanto, del principio de legitimidad democrática derivaría la obligación de articular un procedimiento que permitiera a una minoría territorial expresarse y formular con efectos jurídicos una proposición de modificación del orden constitucional; y como es sabido, el sistema mayormente utilizado en los Estados democráticos para llevar a cabo una tal formulación es la figura del referéndum. Por otra parte, el Tribunal insiste en que el intento de «consecución efectiva» de la propuesta se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, «pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable».

La Sentencia 42/2014 plantea, así, un ejercicio del derecho a decidir en dos momentos (como también se sostiene aquí aunque, como se verá, con medios distintos en la fase de realización del derecho): el de formulación de la propuesta de modificación del orden constitucional, en este caso, territorial; y el de consecución efectiva de la propuesta que, según el Tribunal, requeriría una reforma de la Constitución. Ello, no obstante, en sentencias posteriores (SSTC 31/2015 y 138/2015), el Tribunal se ha ido apartando paulatinamente de esta construcción,

deduciéndose incluso en la última de ellas que el único referéndum que el Estado podría convocar en esa línea sería el de reforma constitucional.²²

Esta última es la posición actual del Tribunal Constitucional y, si no me equivoco, la que hoy se presenta como doctrina mayoritaria en España. Pero, a pesar de ello, sigo sosteniendo, como en su momento puntualmente hizo el Tribunal Constitucional, que existen elementos de suficiente peso en la estructura basilar de la Constitución Española como para poder reconocer un derecho a decidir intrasistémico cuyos elementos constitutivos son examinados a continuación.

4. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A DECIDIR COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

En páginas atrás, avanzando el concepto de «derecho a decidir» que aquí se defiende, lo he definido como un derecho individual de ejercicio colectivo de los miembros de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada que permite expresar y realizar mediante un procedimiento democrático la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un Estado indepen-

²² En efecto, en las sentencias posteriores a la 42/2014 —las STC 31/2015 y 138/2015— el Tribunal se aparta de esa construcción en doble fase del derecho a decidir. Y, así, si en la siguiente STC 31/2015 sobre la Ley de consultas no referendarias catalana aun mantiene una posición tibia en cuanto a la desaparición de la primera fase de propuesta, por cuanto basándose en la STC 42/2014 entiende que «[l]os problemas de esa índole no pueden ser resueltos por este Tribunal», en la posterior Sentencia de 11 de junio, relativa a los actos preparatorios del «proceso de participación ciudadana», no admite —remedando la STC 103/2008— que ni siquiera pueda ser el Estado el que convoque en referéndum a la ciudadanía de Cataluña para pronunciarse sobre la posibilidad de seguir formando parte del Estado español: «Cuando se trata de una consulta que incide sobre cuestiones fundamentales de esa trascendencia, declaramos que «[e]l respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquéllos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas *ni de cualquier órgano del Estado*, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político». De modo que, aunque aquí no se diga expresamente, pero sí en la STC 103/2008, el único referéndum posible a celebrar ante cualquier propuesta de cambio del orden constitucional territorial «(...) en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas», sería el referéndum de revisión constitucional con carácter decisorio y al que es llamado todo el pueblo español en su conjunto.

diente. En el concreto ordenamiento español, la estructura de este derecho puede esbozarse desde la perspectiva de su titularidad, contenido y límites.

4.1. *La titularidad*

Al ser el derecho a decidir un derecho en cuyo contenido (expresar y realizar mediante un procedimiento democrático la voluntad de redefinir el estatus político inicial) se entrecruzan una libertad (de expresión, principalmente) y un derecho de participación política (expresión que se realiza mediante un procedimiento democrático), su titularidad, según nuestro sistema de derechos, no puede recaer en un sujeto colectivo sino en cada sujeto individualmente considerado con condición política de ciudadano.

Cuestión distinta es que el bien jurídico que protege (la formulación de un proyecto de cambio del orden constitucional y la realización del mismo) exige un ejercicio colectivo del derecho para dotar de significado cada voluntad individualmente considerada, como lo exigiría, por ejemplo, el derecho de manifestación. La imputación de la propuesta, por lo tanto, corresponde al conjunto de ciudadanos que han participado en la formulación de la misma. Y no siempre este centro de imputación es el pueblo español en su conjunto porque, en el ámbito de los derechos de participación política, además del «pueblo español», pueden reconocerse otros *demos* jurídico-políticos, por ejemplo, cuando se eligen representantes en unas elecciones autonómicas o en unas elecciones locales. En tales casos se ejerce la libertad democrática o cuota de soberanía de forma disgregada. Por lo tanto, no todo acto de soberanía —y tan acto de soberanía es votar los representantes autonómicos como votar en un referéndum de reforma constitucional— comporta un mismo *demos* que se corresponda siempre con la unidad ideal de imputación del poder constituyente.

Siendo, pues, posible la llamada parcial de fracciones del soberano a las que se les puede imputar toma de decisiones políticas, la cuestión es si en el caso del derecho a decidir una posible consulta debería solo formularse a la fracción proponente o bien extenderse a todo el conjunto. La experiencia comparada muestra que no son todos los ciudadanos del Estado matriz los consultados —Canadá o Reino Unido, por ejemplo— sino exclusivamente el territorio que propone el cambio de estatus —Quebec o Escocia— (y en más de la treintena de referendums de secesión que se han realizado internacionalmente). Y en términos de ejercicio del derecho a decidir ello parece lo lógico si lo que pretende conocerse es si existe una mayoría suficiente para formular y proponer un cambio del orden territorial; al menos por dos razones: porque no aportaría nada al momento de

formación de una voluntad de cambio conocer también la del pueblo soberano en su conjunto cuando no es el que propone una ruptura del *statu quo* inicial; y porque el principio de soberanía concentrada no puede hacer inútil la eficacia de los mandatos que encierra el principio democrático constitucionalizado al posibilitar la disolución de una voluntad dentro de otra.

También recurrente en el ámbito de la titularidad es la cuestión de si el derecho se extiende de forma recursiva a *demos* que forman parte de otros (por ejemplo, los municipios de la comunidad proponente). Sin embargo, tal cuestión es más teórica que práctica porque en tales procesos no sólo importa quién expresa una voluntad de cambio del orden constitucional sino también quién tiene capacidad para ejecutar dicha propuesta. Por lo tanto, el ejercicio del derecho a decidir —que fija a quién puede imputarse una propuesta de cambio del orden constitucional—, corresponde a aquel *demos* que ha promovido el cambio y que, además, está capacitado para implementarlo: en el caso que examinamos, Cataluña en su conjunto.

4.2. *El contenido*

Definido en los términos anteriores, el derecho a decidir presenta un contenido conformado por un doble haz de facultades: facultaría para *expresar* mediante un procedimiento democrático la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales. Y facultaría, además, para *realizar* esa voluntad si resulta ser expresión mayoritaria (descripción del contenido del derecho que no se aleja de la propuesta por el Tribunal Constitucional en la STC 42/2014 cuando distingue, como se ha visto, dos momentos de ejercicio del mismo).

Como he expuesto, al no poder imponer el principio de la indisoluble unidad de la nación española, en su interpretación sistemática, una unidad perpetua y al contar la ciudadanía con una autorización constitucional a través del valor «libertad» para interactuar con el orden de valores y principios constitucionalmente reconocidos, el marco constitucional español posibilita, en efecto, la celebración de una consulta, a través de la que pudiera potencialmente formularse la voluntad mayoritaria de formación de un Estado propio por parte de un *demos* territorial que no coincide con el titular de la soberanía en su conjunto.

Y, desde esta primera perspectiva, el derecho a decidir, como libertad, generaría a los poderes públicos la obligación negativa de no interponer obstáculos o de no llevar a cabo actuaciones que limitaran o impidieran el proceso de formulación del posicionamiento colectivo. Y como derecho de participación, les generaría, además, la obligación positiva de poner a disposición de la ciudadanía los instru-

mentos legales necesarios para formular la propuesta y para dotar de unidad y significado político la suma de voluntades que en este sentido se quieren expresar; por ejemplo, convocando un referéndum consultivo o proponiendo cualquier otro instrumento de expresión política conjunta.²³ Obligación, pues, que en el ámbito del derecho a decidir, se traduciría en la del poder público competente de facilitar y garantizar que la fase de formulación de la propuesta se desarrolle a través de un cauce democrático apto para poder ejercer colectivamente el derecho, único modo en que es reconocible.²⁴ El Estado podrá mantener, así, su discrecionalidad sobre qué y cuándo se consulta, pero no podrá sostener una negativa indefinida de convocar una consulta a la ciudadanía de Cataluña sobre su futuro político territorial, por cuanto ello supondría una desvinculación radical de la eficacia positiva que el sistema confiere a cada derecho constitucional.²⁵

El derecho a decidir facultaría, además, para *realizar* esa voluntad si ésta es mayoritaria; es decir, generaría una obligación de toma en consideración de la voluntad democráticamente expresada en forma de consecución negociada. Ésta es la interpretación que la Corte Suprema del Canadá deriva de la interrelación

²³ En términos parecidos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en relación con el derecho de manifestación —de estructura muy similar a la del derecho a decidir por el bien jurídico que protege (expresión y participación) y por ser un derecho individual de ejercicio colectivo— cuando insiste que la prohibición de una manifestación no puede ser más que excepcional y que, en caso de modificar las pretensiones de los manifestantes, se genera una obligación de los poderes públicos de proponer alternativas para facilitar el ejercicio del derecho (STC 63/1987, 64/1989, entre muchas otras).

²⁴ Podría aducirse que no existe regulado ningún referéndum autonómico en la vigente Ley orgánica 2/1980, ni obligación alguna del Estado de regularlo. Pero ninguna de esas objeciones presenta un sólido fundamento: la negativa de convocatoria por inexistencia de regulación legal no se sostiene porque existe una Ley vigente —la Ley orgánica 2/1980— que aunque no prevé el referéndum consultivo autonómico, tampoco lo excluye de su ámbito de aplicación; porque existe una Ley catalana vigente que sí regula el referéndum consultivo en el ámbito de Cataluña; y porque aun considerando que ninguna de las vías anteriores fuese la adecuada, el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales comporta que se dicten las normas oportunas de organización y de procedimiento que obligarían al legislador a regular un procedimiento que posibilite el ejercicio del derecho.

²⁵ En términos parecidos se expresó el Tribunal Constitucional en la STC 31/1994 en relación con las libertades de expresión, cuando afirmó que ni la ausencia de actuación o regulación de la actividad «permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, fundamento jurídico 6; 189/1991, fundamento jurídico 3.) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados *ex Constitutione*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 CE».

entre los principios de democracia, federalismo, constitucionalidad, primacía del derecho y respeto de las minorías que fundamentan el orden democrático constitucional canadiense²⁶, y que son en cierto modo reproducibles en nuestra Constitución: el principio democrático y el de consiguiente respeto por los derechos de las minorías, cuyos derechos y su ejercicio no dependen de las mayorías; el principio de constitucionalidad y de primacía del derecho, en la medida que el proceso de expresión y realización del derecho a decidir sólo puede ejercerse dentro del marco constitucional establecido; y el principio federal, o si se prefiere, el principio autonómico, que en el caso español sirve para reconocer un *demos* político, al que se imputa la suma de voluntades democráticamente expresadas y que deviene sujeto negociador, con obligaciones constitucionales concretas, y con un deber de fidelidad a la Constitución que impone un deber de «recíproco apoyo y mutua lealtad» con el Estado (STC 247/2007) en el proceso negociador.

Evidentemente, no cabe una interpretación unívoca de cuál sea el alcance de la facultad de *realizar* esa voluntad mayoritaria. Ya se ha visto como en la STC 42/2014 el Tribunal Constitucional entiende que lo que encierra es un derecho de propuesta de reforma constitucional que, como consecuencia del «deber de lealtad constitucional», que se concreta en un «deber de auxilio recíproco» entre los poderes públicos, «el Parlamento español deberá entrar a considerarla» en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución. (STC 42/2014, sin aclarar en qué consiste esta toma en consideración). En cambio, desde la perspectiva que aquí se sostiene, el alcance de la facultad de *realizar* esa voluntad mayoritaria, no pasa previamente por una reforma constitucional sino, como apunta la Corte Constitucional del Canadá, por una negociación de buena fe entre los poderes públicos implicados que podría concluir, con sus eventuales condicio-

²⁶ Principios a partir de los que afirma que «Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître. Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession». Aunque tampoco una proposición inversa sería aceptable: «(...) l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée» (Renvoi relatif à la sécession du Québec, 20-8-1998).

nes, en un potencial acto de secesión. La negociación entre las partes impone un diálogo, ahora sí, entre dos mayorías. Un diálogo fundamentado en el principio de buena fe, entendida ésta como una exigencia de respeto a la voluntad democráticamente expresada. Por tanto, no se reconocería buena fe en aquel tipo de negociaciones que forzaran unilateralmente una declaración de secesión, que no tomaran en consideración aquella voluntad en el sentido de rechazar cualquier propuesta de diálogo, o que condicionaran su realización a requisitos —como, por ejemplo, una reforma constitucional con referéndum de todos los españoles— que de hecho supusieran su no consideración. Y lo que se negocia es la propuesta y sus condiciones de realización, la conciliación de diversos derechos y obligaciones, y un juego de concesiones recíprocas con los límites que ahora se tratarán.

4.3. *Los límites: la soberanía reside en el pueblo español*

Si el derecho a decidir se construye a partir del marco constitucional vigente, no puede amparar una facultad de secesión unilateral para el territorio proponente; porque el principio de constitucionalidad y de primacía del derecho, exigen en este proceso la presencia del titular de la soberanía, de acuerdo con el art. 1.2 CE.

Ello sentado, una de las cuestiones más complejas que genera su ejercicio —y que ya he avanzado— es la de entrar a considerar si el sistema exige o no una reforma constitucional previa a cualquier toma en consideración de una propuesta de cambio del orden territorial. Ya se ha visto con anterioridad cuál ha sido la ambivalente posición de la jurisprudencia constitucional al respecto: desde exigir una reforma constitucional previa al pronunciamiento del territorio que reclama celebrar un referéndum territorial (STC 103/2008 y 138/2015), hasta exigir esa reforma una vez formulada la propuesta en tal sentido (STC 42/2014 y algún autor anteriormente citado). La primera salida no tendría, a mi juicio, un acomodo constitucional suficiente, como he tratado de explicar. Pero sí podría tenerlo la segunda, porque en un sistema constitucional de soberanía concentrada como el español cualquier modificación de su *statu quo* exige una intervención del poder soberano.

En esta línea, también he apuntado que el proceso democrático que debe encauzar el ejercicio del derecho a decidir debería garantizar, además de la participación del titular de la soberanía, los derechos que asisten a las minorías en un Estado democrático. Los criterios de resolución de tal conflicto deben permitir, pues, una adecuada ponderación entre ambos principios, de modo que no pueda imponerse unilateralmente el proyecto político propuesto, pero que tampoco devenga irrealizable *ad aeternum* por estar sostenido por una mayoría que se diluye en el conjunto del titular de la soberanía, como sucedería con toda probabilidad

si la participación del pueblo español se llevara a cabo en esta fase mediante el referéndum que acompaña a la reforma constitucional, como exige la STC 42/2014.

Una posible fórmula de equilibrio la podría ofrecer el propio sistema de democracia representativa instaurado por la Constitución española, en el que la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (art. 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos parlamentos de las comunidades autónomas, y en el que priman los mecanismos de democracia representativa (STC 76/1994, 119/1995). Realizar el derecho a decidir a través de los representantes políticos en un proceso negociador constituiría una fórmula respetuosa con el contenido del derecho que aquí propongo y con las exigencias de equilibrio de bienes constitucionalmente protegidos que impone el procedimiento democrático a través del que se debe ejercer.

Existe, pues, un claro límite al derecho a decidir: la imposibilidad de secesión unilateral. Y existe un límite a ese límite: la participación del titular de la soberanía en el proceso de ejercicio del derecho a decidir no puede ejercerse de forma tal que niegue de plano el conjunto de facultades que constitucionalmente el derecho a decidir otorga a sus titulares.

5. A MODO CONCLUSIVO

El derecho a decidir, concebido como derecho subjetivo derivable de una actualización del texto constitucional, puede definirse como un derecho individual de ejercicio colectivo de los miembros de una comunidad territorialmente localizada y democráticamente organizada que permite expresar y realizar mediante un procedimiento democrático la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de dicha comunidad, incluida la posibilidad de constituir un Estado independiente.

Tal derecho se hace reconocible en los textos de las Constituciones democráticas a partir de las demandas ciudadanas y emana directamente del principio democrático sobre el que se fundamenta cada orden constitucional. Por ello, aunque presenta conexiones con el derecho a la autodeterminación y con el principio de protección de los derechos de las minorías, su construcción debe hacerse caso a caso y a partir de cada ordenamiento interno concreto.

El Derecho Comparado aporta el ejemplo de numerosos casos de minorías permanentes de base territorial con déficits de acomodación cuyas tensiones en el seno de sus respectivos Estados se han canalizado a través del derecho a decidir (así designado o no) en los términos definidos, de manera pacífica y efectiva, generalmente mediante la celebración de un referéndum.

La Constitución Española, en la medida que contiene los principios propios de una democracia liberal, ampara sin necesidad de reforma —y precisamente porque materialmente no es posible y requiere de una interpretación evolutiva que defienda una concepción substantiva de democracia— la realización de una consulta a los ciudadanos de Cataluña sobre su futuro político. Así, salvo que se defienda que la Constitución instaure una democracia militante, no parece sostenible que la formulación de una propuesta de cambio del orden territorial, incluida la secesión, sea una propuesta inconstitucional: el principio de la indisoluble unidad de la nación española —que no es un metaderecho fundamental del Estado o del titular de la soberanía— ni impone la unidad perpetua, ni imposibilita, en consecuencia, el desmembramiento territorial, siempre que el proyecto político secesionista se defienda por cauces democráticos.

El derecho a decidir es de titularidad individual —pues su naturaleza jurídica presenta rasgos entremezclados de libertad y de derecho de participación política— pero exige un ejercicio colectivo para dotar de significado cada voluntad individualmente considerada. De este modo, la imputación de la propuesta de cambio del orden territorial corresponde al conjunto de los ciudadanos que pretenden formularla, y solo a ellos (y siempre que sean capaces de asumir sus consecuencias), pues en caso contrario el principio de soberanía concentrada inutilizaría la eficacia de los mandatos que encierra el principio democrático constitucionalizado.

El doble haz de facultades que protege el derecho a decidir —la formulación y la realización de la voluntad de redefinir el estatus político y el marco institucional fundamentales de una comunidad territorial— obliga a los poderes públicos no sólo a no interferir en el ejercicio del derecho sino poner a disposición de la ciudadanía los instrumentos legales necesarios para poder formular y dotar de unidad y significado político la suma de voluntades que en ejercicio del derecho a decidir se quieren expresar. El Estado podrá mantener, así, su discrecionalidad sobre qué y cuándo se consulta, pero no podrá sostener una negativa indefinida de convocar una consulta a la ciudadanía de Cataluña sobre su futuro político territorial, por cuanto ello supondría una desvinculación radical de la eficacia positiva que el sistema confiere a cada derecho constitucional. También obliga a los poderes públicos a tomar en consideración la opinión mayoritariamente expresada si ésta discrepa del *statu quo* territorial constitucionalmente establecido.

La inexistencia de un recurso de amparo por omisión en nuestro ordenamiento puede dificultar la defensa del derecho a decidir ante el no cumplimiento de las obligaciones descritas a nivel interno. Pero convendrá seguir como evoluciona

en un futuro próximo esta cuestión en el marco del Derecho Internacional. De momento, en tal ámbito, se ha reconocido que no es contraria a las normas internacionales una declaración unilateral de independencia no amparada en el derecho a la autodeterminación (dictamen sobre Kosovo). Habrá que ver si, además, el incumplimiento de las obligaciones constitucionales internas que pueden derivarse del derecho a decidir, no acaban por generar una versión más amplia del derecho a la autodeterminación reconocido internacionalmente que ampare, también, el derecho a una secesión correctiva si tal incumplimiento operase —en el sentido indicado por Buchanan—²⁷ como la producción de una causa justa.

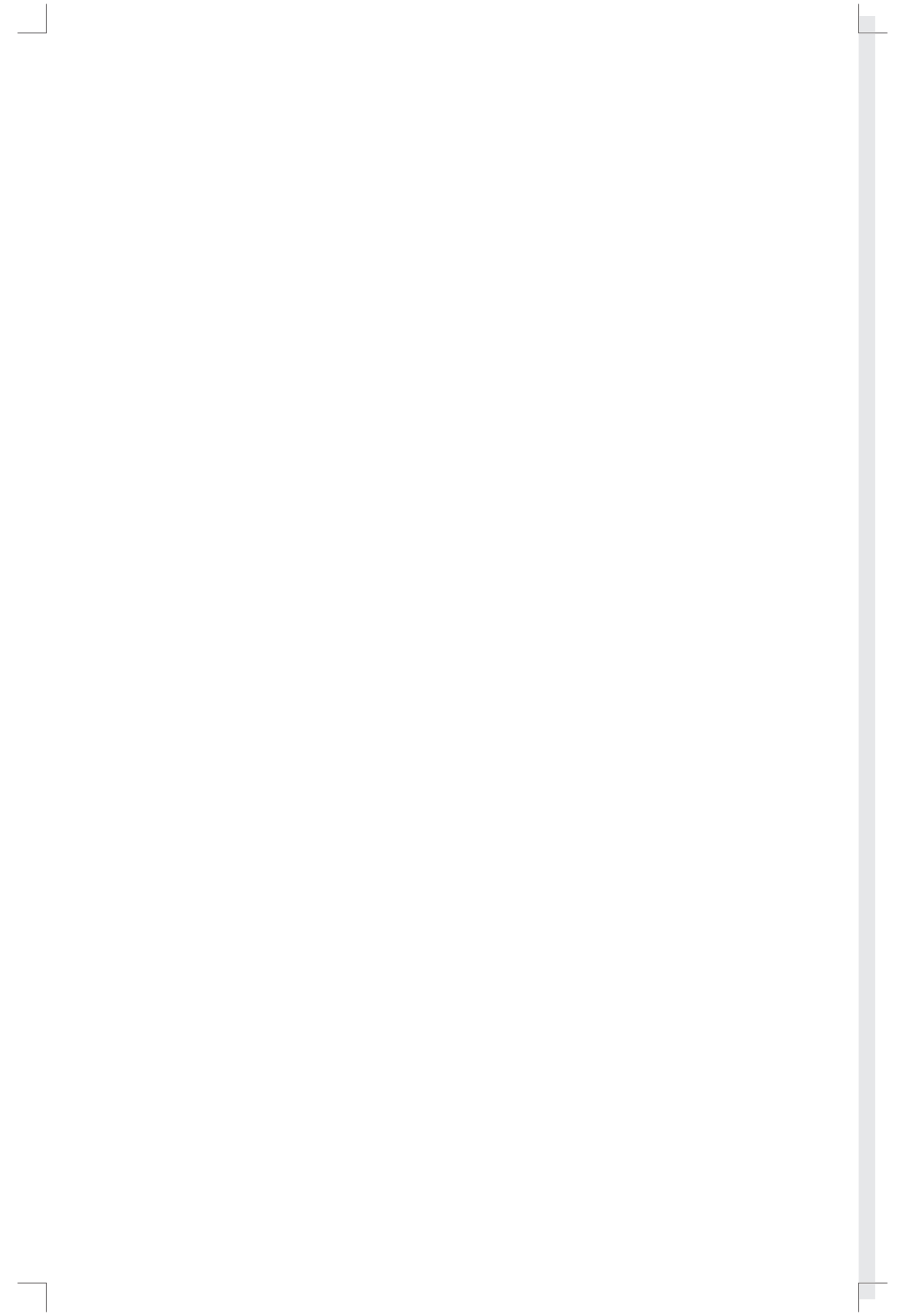
6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis. «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en Gumersindo Trujillo; Luis López Guerra; Pedro González Trevijano: *La experiencia constitucional (1978-2000)* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. «Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España», *REAF*, núm. 22, 2015, págs. 133-186.
- ANDERSON, George. *Federalisme: una introducció*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2008.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Á.: «Sobre la configuración del modelo territorial de Estado y el bloque de constitucionalidad», en M.A García Herrera (coord.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, 1997; págs. 533-553
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè y CORRETJA, Mercè. «El derecho a decidir en Cataluña: cronología de la construcción de un nuevo derecho democrático» [en línea]. *Federalismi.it*, núm. 27, 2015. URL: http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=28881&content=El+derecho+a+decidir+en+Catalu%C3%B1a:+cronolog%C3%ADA+de+la+construcci%C3%B3n+de+un+nuevo+derecho+democr%C3%A1tico&content_author=%3Cb%3EMerc%C3%A8+Barcel%C3%B3+i+Serramalera%3C/b%3E+y+%3Cb%3EMerc%C3%A8+Corretja%3C/b%3E [Consulta: 08-07-15]
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè [et alter]. *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier, 2015.
- BAYONA ROCAMORA, Antoni. «El 'dret a decidir' i els valors fundacionals de la Unió Europea», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 20, 2014, p. 132-173.

²⁷ Allan Buchanan: *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político*. Barcelona: Ariel, 2013.

- BETHGE, Herbert. «Grundrechtsverwicklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1/ 2, 1982; p. 1-7.
- BERAN, Harry. «A democratic theory of political self-determination for a new world order», 1998. en LEHNING, Percy. *Theories of Secession*. London: Routledge, 1998.
- BOIX PALOP, Andrés: «La rigidez del marco constitucional español respecto del reparto territorial del poder y el proceso catalán de ‘desconexión’», en J. Cagiao y Conde, G. Ferraiuolo: *El encaje constitucional del derecho a decidir*, Madrid, 2016.
- BUCHANAN, Allan. «Theories of Secession». *Philosophy and Public Affairs*, p. 31-61. Oxford: Wiley Periodicals Inc, 1997.
- JUSTICE, *Legitimacy, and Self-determination: Moral Foundations for International Law*. Oxford: Oxford University Press. [*Secesión: causas y consecuencias del divorcio político*. Barcelona: Ariel, 2013].
- BURGUES, Michael i GAGNON, Alain, *Democràcies federals*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
—*La democracia posible*. Barcelona: Paidós, 2008.
- FOSSAS ESPADALER, Enric: «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», *REDC*, núm. 101, 2014, págs. 273-300
- FRANKERBERG, Günter. «Angst im Rechtsstaat». *Kritische Justiz*, núm. 4. Colonia: C.H. Beck, 1977.
- INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS, «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes poden ser consultats sobre llur futur polític», *Tres informes sobre el pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*. p. 395-450. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2013.
- KEATING, Michael. «The Scottish Independence Referendum and After», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 21, 2015.
- LAPONCE, Jean. *Le Référendum de souveraineté. Comparaisons, critiques et commentaires*, PUL Diffusion, 2010.
- LLIBRE *Blanc de la Transició Nacional de Catalunya*. Consultable en castellano en: http://web.gencat.cat/es/actualitat/detall/20140930_Llibre-blanc-sobre-la-Transicio-Nacional-de-Catalunya-00001
- LÓPEZ, Jaume. «'Dret a decidir?' Sobre les bases normatives d'un nou principi polític i la seva aplicació al cas català», *Fòrum sobre el Dret a Decidir (II). Els drets de les minories. La construcció jurídica i política del dret a decidir*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, IEA 94, 2015.

- PEGORARO, Lucio. «Para una clasificación 'dúctil' de 'democracia militante'», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 96, 2013, p. 193-225.
- REQUEJO, Ferran i CAMINAL, Miquel. *Liberalisme polític i democràcies plurinacionals*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2009.
- RIDAO, Joan: *El dret a decidir. La consulta sobre el futur polític de Catalunya*. Barcelona, IEA, 2014.
- TAILLON, Patrick. *Le référendum expressions directe de la souveraineté du peuple?. Essai critiques ur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*. Paris: (Tesi doctoral), 2011.
- TEORÍA y Realidad constitucional, núm. 37, 2016. Monográfico: «La cuestión catalana».

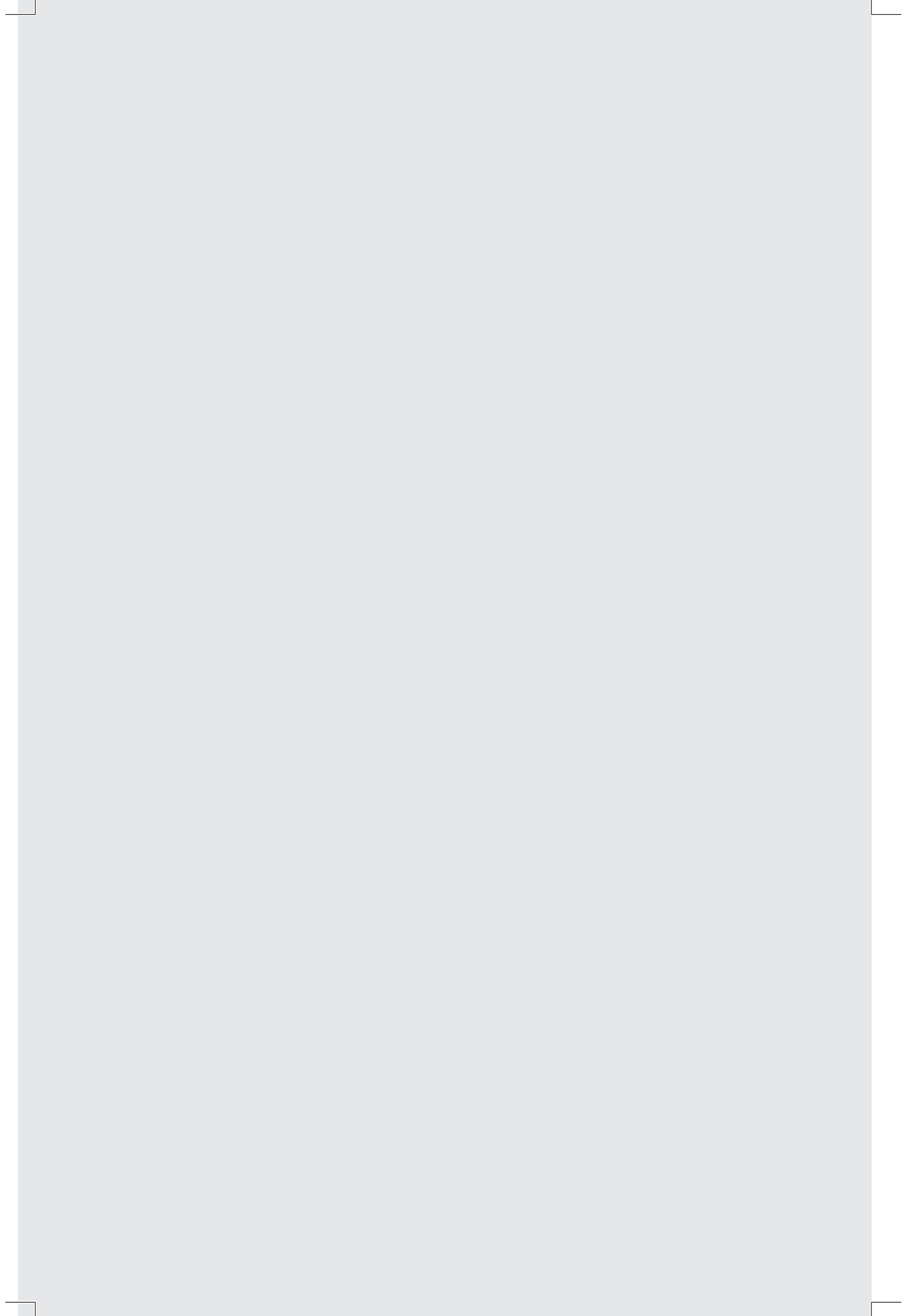


La reconfiguración del derecho a la educación de las personas con discapacidad

José Julio Fernández Rodríguez

SUMARIO

1. Introducción.
2. El modelo social en la discapacidad.
 - 2.1. Sentido y alcance.
 - 2.2. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la normativa española.
3. La educación como pieza clave en el nuevo paradigma.
4. El viejo y el nuevo derecho a la educación: el derecho a una educación inclusiva e integradora.
 - 4.1. Titularidad.
 - 4.2. Acceso y ejercicio.
 - 4.3. Contenido.
5. Los apoyos en la enseñanza.
6. *Excursus* sobre la accesibilidad.
7. La educación como sensibilización.
8. Reformas en el derecho vigente.
9. Conclusiones.
10. Bibliografía.



I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los temas de derechos fundamentales debe ser una constante en el mundo académico e intelectual. Solo así se podrán mantener actualizados y eficaces en el seno de la sociedad en la que se aplican. Las regulaciones de los derechos tienen que estar vivas, huyendo de disfuncionales petrificaciones, y ser porosas a las nuevas percepciones y necesidades sociales. Los elementos culturales y metajurídicos también deben jugar un papel a la hora de la conformación del contenido y alcance de tales derechos, si bien no pueden desplazar las exigencias de la técnica jurídica.

Pues bien, consideramos que la cuestión del contenido y la titularidad del derecho a la educación de las personas con discapacidad debe ser objeto de reflexión en el marco del nuevo paradigma en el que se ubican tales personas. Nuestros años en el *ombudsman* autonómico gallego nos hicieron ver con una nitidez palmaria este nuevo contexto, al tiempo que nos convencieron sobremanera de que los derechos de las personas son categorías en movimiento (tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en la legislación), que exigen atención constante para que no pierdan efectividad. De igual modo, evidenció que la percepción social que existe en cada tiempo incide en este sentido. El tema que ahora abordamos es un buen ejemplo de ello.

No cabe duda de que la educación de las personas con discapacidad es uno de los elementos que certificarán la calidad de nuestro estado social y, por ende, de nuestra democracia. Los avances en la búsqueda de la igualdad y en la integración de las personas con discapacidad (un 10 % de la población) han sido de relevancia en los últimos tiempos, si bien persisten situaciones que denotan que nos queda mucho trecho que recorrer.¹ Estamos en deuda con un colectivo tradicionalmente

¹ Las grandes diferencias que en esta cuestión existen entre las diversas partes del planeta se deben, sobre todo, a los disímiles niveles de educación. Naciones Unidas habla de que un 90% de

invisibilizado y discriminado, cuando en realidad es un colectivo que engrandece a la sociedad y evidencia las fortalezas de la diversidad. Este artículo pretende aportar un grano de arena en el elevado propósito de la igualdad, la inclusión y la integración de estas personas.

2. EL MODELO SOCIAL EN LA DISCAPACIDAD

2.1. *Sentido y alcance*

Es relevante, antes de entrar en otro tipo de consideraciones, detenernos, aunque sea brevemente, en lo que se ha venido en llamar el paradigma o modelo social, un nuevo marco para entender, ubicar y aplicar a las personas con discapacidad. A lo largo de la historia ha habido diversos modelos en el tratamiento de la discapacidad, producto del distinto entendimiento y consideración que había de la misma. Esquemáticamente podemos aludir a tres: el modelo de prescindencia, el modelo médico y el modelo social.²

El modelo de la prescindencia consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias. Para llegar a esa conclusión se empleaban argumentos diversos, como que esas personas no satisfacían las necesidades de la comunidad y eran una carga para la misma, o que eran producto de un castigo divino. Las consecuencias eran el infanticidio o la marginación y la apelación a la caridad.

Por su parte, el modelo médico partía de que la discapacidad era una cuestión médica e individual, cuya causa son las limitaciones que sufren las personas con deficiencias. Por lo tanto, lo que pretendía era tratar tal deficiencia con el objetivo de rehabilitar a esas personas e incorporarlas a la sociedad. El discapacitado se consideraba un enfermo que había que normalizar. Si no era posible una adaptación suficiente había que segregarlo, lo que daba lugar, entre otras cosas, al sistema de centros especiales. Esta visión tenía relevantes consecuencias jurídicas, como la restricción de los derechos de tales personas que no superaban las desviaciones y la mengua de su capacidad de obrar. Las actitudes que se generaban eran paternalistas y de sobreprotección. Como señala Cuenca Gómez, la pervivencia del modelo médico explica que el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad haya sido «hasta épocas muy recientes más teórico que real».³ Por desgracia aún encontramos distintas manifestaciones de este modelo.

los niños y niñas con discapacidad no asiste a la escuela (<https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/discapacidad-y-educacion.html>, consulta el 15 de septiembre de 2016)

² PALACIOS (2008).

³ CUENCA GÓMEZ (2012): 32.

La superación del modelo médico se lleva a cabo por el modelo social, configurado paulatinamente por los activistas, las organizaciones de personas con discapacidad, la doctrina y los profesionales especializados desde hace más de treinta años. Este cambio ya encuentra concretizaciones en los años setenta del pasado siglo en Estados Unidos y en algunos países de Europa, y en los años ochenta en España. La cuestión problemática se traslada del individuo a la sociedad, que es la que impone las limitaciones que llevan a la exclusión y a la discriminación. Tales limitaciones no son naturales ni insalvables sino que son producto de una construcción social. La persona con discapacidad no es un enfermo sino un ciudadano más que no tiene que ser «normalizado». No hay que centrarse en la prevención de la «deficiencia», sino en la prevención de la discriminación. No se trata simplemente de rehabilitar, sino de habilitar y rehabilitar para conseguir el mayor grado de autonomía posible. Como se percibe, la terminología es este campo no es inofensiva. Desde estos presupuestos los derechos deben reinterpretarse y readaptarse para que puedan ser ejercidos efectivamente por este colectivo. De este modo, se trata de fomentar la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad, que no tienen que adaptarse sino que la sociedad las debe incluir. Así las cosas, hay que procurar que estas personas ejerzan por sí mismas los derechos, con los apoyos necesarios, y no por medio de otras interpuestas o sustitutas. En esta línea se halla la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que entiende que para lograr la igualdad a veces se requieren medidas como la prestación de asistencia con el fin de apoyar la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.⁴ Como puede percibirse, la configuración de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y el sistema de tutela y sustitución en el ejercicio de derechos,⁵ se construyeron desde otros postulados. Tampoco el sistema de graduación de determinado porcentaje de discapacidad, para acceder o no a recursos y ayudas (por ejemplo, el 33%), responde a este mo-

⁴ Naciones Unidas (2010): 20.

⁵ Nuestra legislación civil no arbitra mecanismos de apoyo en ese terreno (CUENCA GÓMEZ, 2012, 161) sino que prevé la incapacitación que limita la capacidad de obrar basándose en rasgos que identifican al incapaz (las enfermedades o deficiencias del art. 200 del Código Civil), y no por la situación en la que se encuentra (CUENCA GÓMEZ, 2012, 192). La Convención de 2006 es un avance en este campo al dejar atrás el sistema de sustitución en la toma de decisiones y optar por un modelo de apoyos en esa toma de decisiones (art. 12 Convención de 2006). También el Texto Refundido que aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2013 es positivo pues afirma, al referirse al respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, que en todo caso se deberá asegurar «la prestación de apoyo para la toma de decisiones» (art. 6.2).

delo social (pues pivota en la «deficiencia», y no en las limitaciones sociales que llevan a la exclusión).

Este entendimiento de la discapacidad desde el modelo social es más acorde con la previsión constitucional española de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 Constitución), y con el principio de dignidad de la personas (art. 10.1 Constitución), además de cohonestarse mejor con la igualdad formal (art. 14 Constitución). Eso sí, siempre que hagamos una interpretación adecuada para ello. Esto nos lleva a una cuestión hermenéutica de calado, que se refiere a la distinta manera de afrontar el tema de los derechos de las personas discapacitadas, entre el proceso de generalización de los mismos y el proceso de especificación. Es cierto que el primer enfoque es más acorde con el modelo social,⁶ y que la adopción sin matices del enfoque de especificación podría contribuir a la estigmatización de las personas con discapacidad al perpetuar su imagen como sujetos especiales fuera de lo normal.⁷ Sin embargo, creemos que en el marco global de la generalización de los derechos, que huya de excesos a la hora de atribuir derechos propios de determinados colectivos o sujetos por sus rasgos especiales, es recomendable mantener cierta especificación en lo que ahora nos ocupa. Sólo así se removerán efectivamente los obstáculos que presionan a las personas con discapacidad e impiden su progreso. Por ello, nuestro planteamiento con relación a su derecho a la educación parte de su generalidad pero también incluye elementos específicos que los singularizan, tal y como comentamos *infra*.

Nuestra visión de este modelo social está muy conectada con la centralidad de los derechos humanos, lo que tal vez no sucedía en las iniciales defensas de dicho modelo, que giraban casi en exclusiva en torno al contexto social que determina la discapacidad. Nosotros también creemos que los temas médicos y las peculiaridades previas tienen que ser considerados.⁸ De esta forma, el eficaz ejercicio de los derechos humanos por parte de estas personas es la verdadera guía del paradigma desde el cual hay que abordar estas cuestiones y que considera que la diferencia

⁶ CUENCA GÓMEZ (2012): 36.

⁷ ASIS ROIG (2007): 34.

⁸ De hecho, la definición de discapacidad que emplea tanto la Convención de 2006 (art. 1) y el Texto Refundido que aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2013 (arts. 2.a y 4), integra tanto el elemento personal de las deficiencias previas como el componente social de las barreras que limitan la participación. Así, para la Convención «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

entre personas es positiva. Por ello, incluimos lo que algunos han llamado ya modelo de derechos humanos en el modelo social.

También otras posiciones, como las que aluden al modelo de la diversidad, las englobamos en nuestro entendimiento del modelo social y de derechos humanos. Esta postura de la diversidad quiere ser una evolución del modelo social al subrayar que las personas con discapacidad enriquecen a la sociedad. En este caso, la terminología se inclina por la expresión personas con diversidad funcional.⁹

2.2. La Convención sobre los derechos las personas con discapacidad y la normativa española

Sin duda, el elemento jurídico definitivo para superar las periclitadas visiones del modelo médico y asentar el modelo social y de derechos humanos ha sido la aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.¹⁰ El instrumento de ratificación de España es de 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008). El confesado propósito de dicho tratado internacional, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad» de los derechos de las personas con discapacidad, además de «promover el respeto de su dignidad inherente» (art. 1 Convención). Como señala Carnerero Castilla, la Convención del 2006 pone el acento, no tanto en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, «como garantizar su disfrute».¹¹ En esta línea, los estados partes se comprometen a «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos» de estas personas, y a tomar todas las medidas para «modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas» que constituyan una discriminación contra las personas con discapacidad (art. 4.1 a y b Convención). En este tratado se prevé un procedimiento de control obligatorio, que consiste en la presentación periódica ante el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de informes sobre las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones dimanadas de

⁹ PALACIOS y ROMAÑACH (2006).

¹⁰ La entrada en vigor de esta Convención internacional tuvo lugar el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión (art. 45.1 Convención), el 3 de mayo de 2008. Dicha Convención también puede ser suscrita por organizaciones internacionales, lo que permitió que fuera ratificada por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010.

¹¹ CARNERERO GARCÍA (2016): 44.

la Convención y sobre los progresos realizados al respecto (art. 35 Convención). Además, el Protocolo facultativo aprobado junto a la Convención establece la competencia del citado Comité para recibir y analizar comunicaciones de personas o grupos que aleguen ser víctimas de una violación de las disposiciones de la Convención, por parte de estados partes de ese protocolo (España también lo es al ratificarlo a la vez que la Convención). Igualmente, permite al Comité encargar a uno de sus miembros llevar a cabo investigaciones ante informaciones que revelen violaciones por un estado parte de los derechos de la Convención.

La normativa española anterior ya había, en cierto sentido, anticipado el nuevo modelo en leyes que desarrollaban los preceptos constitucionales 9.2, 10.1, 14 y 49,¹² aunque en realidad estas leyes eran más tributarias del modelo médico que de cualquier otro. Así podemos recordar las actualmente derogadas leyes 13/1982, de 7 de abril, sobre la integración social de los minusválidos (*sic*);¹³ y 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad. También se encuentra derogada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

De la misma forma, tenemos que citar la conocida Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. La difícil práctica aplicativa de la misma ha priorizado lo relativo a la dependencia, a veces en detrimento de la autonomía, aunque tal vez la insatisfacción que provoca a la doctrina radica más bien en su propio planteamiento. En efecto, la dependencia «se contempla como un fenómeno que tiene su origen en las limitaciones funcionales de los individuos», sin tomar en consideración las limitaciones impuestas por la propia sociedad.¹⁴ Se trata de una ley, por lo tanto, inspirada fundamentalmente en el modelo médico, que ofrece prestaciones y servicios de índole asistencialista, alejados de la idea de vida independiente.

¹² El art. 49 de la Constitución se dedica expresamente a este colectivo, estableciendo la obligatoria existencia de políticas públicas que les favorezcan y encargando a los poderes públicos su protección para que puedan disfrutar de los derechos constitucionales. En una clara muestra de redacción periclitada proveniente del modelo médico, este precepto alude a «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos».

¹³ La disposición adicional octava de la Ley 39/2006 establece que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». Por lo tanto, desde ese momento el nombre de esa Ley 13/1982 sería el de integración social de las personas con discapacidad.

¹⁴ CUENCA GÓMEZ (2012): 109.

De todos modos, la Convención ha sido, como dijimos, el elemento determinante de avance en el predio jurídico, amplificado en nuestro caso por la cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución. Como afirma Cuenca Gómez, en virtud de lo señalado en dicho precepto constitucional, la Convención de 2006 «tiene un relevante impacto en la comprensión de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma básica y en su aplicación en el contexto de las discapacidad».¹⁵ Este tratado internacional implica por sí mismo el cambio de paradigma al que aludíamos antes.¹⁶

Las nuevas leyes españolas han seguido la senda que marca dicha Convención. Así, se aprobó una ley específica de adaptación normativa a tal Convención, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que afectó a diecinueve leyes, relativas a sanidad, trabajo, reproducción asistida, empleo público, protección civil, contrato de seguro, propiedad horizontal, comercio electrónico, carrera militar o contratación pública. La normativa actual de referencia es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

3. LA EDUCACIÓN COMO PIEZA CLAVE EN EL NUEVO PARADIGMA

El modelo social desde el cual debe tratarse la discapacidad persigue, como fin último, dotar de autonomía a las personas para que puedan desarrollar su personalidad. La idea de dignidad lleva a ello, pues solo así se realiza la persona.

De esta forma, la conexión con nuestras previsiones constitucionales es evidente: por un lado, el art. 10.1 de la Constitución alude al «libre desarrollo de la personalidad» como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social; y por otro, el art. 27 de la Constitución afirma que la educación tiene por objeto el «pleno desarrollo de la personalidad». La LO 8/1985 insiste en ello en los arts. 1.1 y 2.a y 6.3.a; e igualmente la LO 2/2006 en sus arts. 1.b, 2.1.a y 16.2. En idéntico sentido, la Declaración Universal de derechos humanos (art. 26.2) y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 13.1).

En semejante línea se halla la citada Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre cuyos principios se cita «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas» (art. 3.a Convención). De igual modo, la Carta de derechos fun-

¹⁵ CUENCA GÓMEZ (2012): 22.

¹⁶ La doctrina ha insistido en la conexión de la Convención con el entendimiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Por ejemplo, PALACIOS y BARFFI (2007), KANTER (2007), MACKAY (2007), o de nuevo KANTER (2014).

damentales de la Unión Europea indica en su art. 26, bajo el rótulo de integración de las personas discapacitadas, que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

La autonomía perseguida tiene tanto un sentido negativo —referido a la no invasión del estado y de terceros—, como positivo —que reclama la intervención del estado y de la sociedad para promover precisamente el poder de elección de la persona—. ¹⁷ Y en conexión con esta autonomía encontramos el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, para cuya realización la educación semeja también imprescindible. El art. 19 de la Convención de 2006 preceptúa que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones que los demás. El Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 regula en un apartado específico el derecho a la vida independiente, donde habla de accesibilidad y de medidas de acción positiva como las encaminadas a facilitar el estacionamiento de vehículos, la compensación por gastos de transporte o la reserva de viviendas (arts. 22 y ss.).

Así las cosas, la educación que reciban las personas con discapacidad es la que permitir  una futura vida autónoma y, por ende, su integración y el desarrollo de su personalidad. De este modo, estarán habilitados para tomar sus propias decisiones en el futuro. Ello sólo se podrá lograr si tal educación presenta suficiente calidad para conseguir esos objetivos. De ahí que afirmemos que la educación es la verdadera pieza clave del modelo social.

4. EL VIEJO Y EL NUEVO DERECHO A LA EDUCACIÓN: EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA E INTEGRADORA

El viejo entendimiento del derecho a la educación de las personas con discapacidad daba lugar a que la intervención para estos alumnos respondiera a la idea de segregación, o sea, a la atención en centros de educación especial.

En cambio, la nueva visión del derecho a la educación, desde los postulados del paradigma social y de derechos humanos, desemboca en el modelo de la inclusión e integración, que exige que estas personas realicen los procesos de enseñanza-aprendizaje en centros ordinarios, con apoyos si resultan necesarios y con ajustes razonables. Como afirma la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, su marginación y exclusión de la educación no

¹⁷ CUENCA GÓMEZ (2012): 128-129.

es el resultado de su incapacidad para aprender, sino de la insuficiente formación del profesor o de la inaccesibilidad de las aulas.¹⁸ Queda así patente que desde esta nueva perspectiva las condiciones ambientales son las que actúan como barreras para el pleno ejercicio de este derecho.

Se percibe, desde un punto de vista diacrónico, una evolución desde la exclusión hasta la inclusión en el ámbito educativo, pasando por la segregación y por reformas integradoras antes de llegar a las verdaderas reformas inclusivas. De todos modos, dicha evolución no es ni mucho menos lineal.¹⁹ El cambio de percepción y la aparición de una nueva conciencia social están auspiciados por la UNESCO, que en 1990 organiza en Jomtien (Tailandia) una conferencia para promover la educación para todos. Ahí se halla el germen de la inclusión tal y como hoy la conocemos. El siguiente hito fue la conferencia de Salamanca de la UNESCO, en 1994, donde se asume generalizadamente esta orientación inclusiva. El «nuevo» derecho a la educación inclusiva se basa doctrinalmente en una perspectiva ética de derechos humanos, en una lectura en clave social de la discapacidad y en la idea de la escuela como comunidad de apoyo.²⁰ La inclusión es un proceso que busca la presencia, la participación y el éxito de todos los estudiantes (no de determinados alumnos), aunque pone «particular énfasis en aquellos grupos de alumnos que podrían estar en riesgo de marginalización, exclusión o fracaso escolar».²¹

La previsión constitucional española sobre la educación, ubicada en el art. 27, se aprueba en un momento en que empieza la evolución del viejo derecho a la educación a las nuevas percepciones del mismo, aunque es cierto que está más bien anclada en un tiempo en que se defendía en nuestro país la segregación del modelo médico. Así las cosas, si bien la literalidad de este artículo constitucional sigue siendo la misma, necesita una reconfiguración interpretativa para adaptarlo al paradigma social, que signifique inclusión e integración.

Este art. 27 de la Constitución contiene un abigarrado conjunto de cuestiones, a partir de las cuales se ha producido un desarrollo normativo y jurisprudencial que conforma una situación compleja y poliédrica.²² Estamos ante un conjunto normativo que garantiza «la formación como ciudadano en un estado social y

¹⁸ Naciones Unidas (2010): 8.

¹⁹ PARRILLA LATAS (2003): 11 y ss.

²⁰ PARRILLA LATAS (2003): 19 y ss.

²¹ ECHEITA y AINSCOW (2011): 32 y ss.

²² Los principios a los que responde el sistema educativo son el de no monopolio por el estado, el de gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica, el de participación, el de responsabilidad educativa de los poderes públicos, el de autonomía universitaria y el de reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas.

democrático de derecho, a través de distintas técnicas normativas que constituyen su contenido».²³

Como es sabido, el párrafo primero de dicho precepto establece que «todos tienen derecho a la educación», un enunciado que denota que estamos ante un derecho universal. La dimensión social prestacional del mismo es evidente, lo que se traduce en la obligación del estado del satisfacer las «cuatro A», esto es, hacer la educación asequible, accesible, aceptable y adaptable.²⁴ Aunque sólo la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (art. 27.4 Constitución; art. 1.1 LO 8/1985; art. 26.1 Declaración Universal de derechos humanos —instrucción elemental y fundamental como gratuita, instrucción elemental como obligatoria—; art. 13.2 Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales —educación primaria—),²⁵ el derecho a la educación no se agota en su nivel básico ya que también existe un derecho a acceder a niveles superiores de educación en función de las propias aptitudes sin que en el acceso puedan existir discriminaciones «debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno» (art. 1.2 LO 8/1985).²⁶ Al mismo tiempo se ampara el aprendizaje a lo largo de toda la vida y el principio de educación permanente (art. 5 LO 2/2006).

La LO 2/2006 le dedica un apartado a los «alumnos que presentan necesidades educativas especiales»,²⁷ lo que ya da muestras de una terminología superable,²⁸ aunque contienen relevantes elementos de la educación inclusiva. Así se indica que la escolarización del alumnado con tales necesidades «se regirá por los principios de normalización e inclusión», y se parte de que la regla general es la escolarización en centros ordinarios. La escolarización en centros de educación especial sólo se llevará a cabo cuando las necesidades «no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios» (art. 74.1). De todos modos, esta redacción es un tanto contemplativa, por lo que

²³ ALÁEZ CORRAL (2006): 92

²⁴ COTINO HUESO (2012): 163 y ss,

²⁵ La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad, desarrollándose entre los seis y dieciséis años de edad (art. 4.2 LO 2/2006). Esta educación básica está constituida por la educación primaria y la educación secundaria obligatoria (art. 3.3 LO 2/2006).

²⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002): 77.

²⁷ Según el art. 73 de la LO 2/2006 «se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta».

²⁸ Volvemos a la cuestión de la terminología, que no es intrascendente: no debe haber niños y niñas «especiales» y niños y niñas «comunes» (lo que podría entenderse como «normales»).

resulta benévola con la posibilidad de mantener la educación especial. Además, para facilitar la integración social y laboral, establece que las administraciones públicas «fomentarán ofertas formativas adaptadas a sus necesidades específicas» (art. 75.1).

En cambio, la Convención de 2006 supone una apuesta muy decidida y enérgica a favor de la educación inclusiva. Además de lo que ya comentamos *supra*, dedica un artículo a educación, el 24, en el que se alude a «un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida», que desarrolle plenamente el potencial humano, el sentido de la dignidad y autoestima y el respeto por los derechos humanos; que desarrolle al máximo la personalidad, la creatividad y las aptitudes de las personas con discapacidad; y que haga posible su participación efectiva en una sociedad libre. Al mismo tiempo obliga a los estados partes a que estas personas no queden excluidas del sistema general de educación; a que puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita; a que se hagan ajustes razonables en función de sus necesidades individuales; y a que se presten los apoyos necesarios que comentamos *infra*.²⁹

El Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 afirma que la educación inclusiva forma parte del proceso de atención integral de las personas con discapacidad (art. 16). El derecho a la educación es objeto de un apartado específico, en el que se recoge que las personas con discapacidad tienen derecho «a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones que los demás» (art. 18.1). Las administraciones educativas, en la línea marcada por la Convención, deben asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos, «así como la enseñanza a lo largo de la vida», regulando apoyos y ajustes razonables (art. 18.2). La escolarización en centros de educación especial será excepcional (art. 18.3).

El derecho a la educación de las personas con discapacidad, como asevera Lema Añón, además de su valor intrínseco, también ha de ser tenido en cuenta como instrumento de integración en igualdad de oportunidades.³⁰ Ello es coherente con las notas de inclusividad y enseñanza a lo largo de toda la vida que maneja la Convención. Para analizar mejor otros aspectos de esta cuestión abrimos acto seguido tres subapartados referidos a titularidad, acceso y ejercicio, y a contenido, que son parcelas donde vemos especificidades. Con relación al objeto, entendemos que no hay peculiaridades pues el derecho a la educación inclusiva persigue

²⁹ Una tentativa de diferenciar entre apoyos y ajustes razonables puede verse en ALONSO PARRERO (2015): 383 y ss.

³⁰ LEMA AÑÓN (2010): 380.

desarrollar el potencial humano y la personalidad respetando los derechos humanos, tanto cuando ejercen el derecho personas con discapacidad como cuando lo hacen otras.³¹

4.1. *Titularidad*

Como afirma Aláez Corral, todas las personas tienen idéntica capacidad jurídica iusfundamental derivada de la dignidad de las mismas. Sin embargo, la titularidad de derechos fundamentales puede estar condicionada en algunos casos a ciertos requisitos, como el de nacionalidad.³² Aquella capacidad también le corresponde a las personas con discapacidad, si bien la tradicional configuración heredada puede desembocar en una restricción de la capacidad de obrar iusfundamental y la intervención del tercero (heteroejercicio). Ya criticamos esta construcción y abogamos por un modelo de autoejercicio con apoyos. De todos modos, en lo que ahora nos interesa, el derecho a la educación, el discapacitado en todo caso será el que ostente y ejercite el derecho pues sólo él tiene que ser el que reciba el aprendizaje.³³

Hemos visto que todas las personas tienen derecho a la educación, lo que determina que estemos ante un derecho universal.³⁴ Ello cobra suma relevancia cuando estamos hablando de personas o colectivos tradicionalmente discriminados, pues su formación educativa será esencial para superar los obstáculos que les afectan negativamente.

³¹ Sobre las diferencias entre objeto y contenido de los derechos fundamentales, puede verse el capítulo al respecto de VILLVERDE MENÉNDEZ en VV. AA. (2004): 103 y ss.

³² VV. AA. (2004): 84 y ss. La capacidad jurídica iusfundamental se conecta con la abstracta capacidad del individuo y la titularidad se refiere a la concreta atribución de un derecho que efectúa el ordenamiento.

³³ Los apoyos que reciba para ejercitar el derecho, y que veremos *infra*, no suponen que tenga restringida su capacidad (de obrar) en el derecho a la educación sino que hay que entenderlos como reflejo de un modelo de capacidad genérica con asistencia.

³⁴ La LO 8/1985, reguladora del derecho a la educación, tras afirmar que «todos los españoles» tienen este derecho (art. 1.1), precisa que «los extranjeros residentes en España» también son titulares del mismo (art. 1.3). Por su parte, el art. 13 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 reconoce «el derecho de toda persona a la educación». A su vez, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, en su art. 3, sostiene que «los estados partes se comprometen a: (...) conceder a los súbditos extranjeros residentes en su territorio el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales». En el ámbito del Consejo de Europa el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1952 indica que «a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción». Y en la Unión Europea el art. 14 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea preceptúa que «toda persona tiene derecho a la educación».

Desde el modelo social hay que defender con rotundidad que las personas con discapacidad son auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones. Es importante subrayar esta idea pues el reconocimiento de derechos genéricos que efectúan múltiples constituciones y tratados (al modo del enunciado «todas las personas») ha sido insuficiente para afianzar los derechos de este colectivo y superar su histórica exclusión. Por ello la Convención de 2006 insiste en esta titularidad también por parte de las personas con discapacidad. Precisamente su propósito es promover y garantizar en igualdad el ejercicio de los derechos humanos por todas esas personas (el ya citado art. 1), que tienen derecho a acceder a los derechos.

Incluso, entendemos que existe una titularidad específica de este nuevo derecho a la educación inclusiva e integradora por parte de las personas con discapacidad, pues la cualidad del mismo y de tales personas lleva a ello.

4.2. *Acceso y ejercicio*

El acceso y ejercicio del derecho a la educación por personas con discapacidad obliga a adoptar unas medidas determinadas para hacer frente a su diversidad. La enseñanza debe tener la diversidad como principio fundamental, lo que a veces requiere adoptar «las medidas organizativas y curriculares pertinentes» (art. 4.3 LO 2/2006).

Es cierto que las medidas para atender la diversidad se pueden aplicar a todo el alumnado, es decir, no están pensadas específicamente para las personas con discapacidad. Pero para nosotros también es evidente que estas personas siempre necesitarán de tales refuerzos y medidas, más allá de los recursos de la docencia ordinaria. En este sentido, Cifuentes señala, por un lado, que los niños con problemas en su desarrollo necesitan básicamente lo mismo que los demás (referencias estables en su medio físico y social que le aporten seguridad, un ambiente rico en estímulos y posibilidades de aprendizaje, bienestar corporal y psíquico, y vínculos familiares como primeros referentes afectivos), pero además «necesitan ayudas específicas en relación con su problema o discapacidad».³⁵ Estas medidas variarán con base en el tipo de discapacidad, como veremos más abajo en el apartado v.

Para una mejor comprensión de lo que esto significa optamos por introducir dos subapartados diferentes, uno relativo al acceso (éste) y otro al contenido (el siguiente). Por lo tanto, vemos un elemento cualitativo y cuantitativo diferenciador que nos lleva a hablar de una forma de acceso y ejercicio específico, y también

³⁵ CIFUENTES (2008): 25.

de un contenido específico en la reconfiguración del derecho a la educación que estamos planteando.

El acceso y ejercicio del derecho a la educación están presididos por las ideas de accesibilidad universal y apoyos necesarios. En todo caso se tratará de «ajustes razonables», que la Convención de 2006 conceptúa como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2). Esto significa, por ejemplo, que sobre la escuela recae la carga de la prueba si no da cabida a un estudiante con una discapacidad, viéndose obligada a probar que responder a las necesidades de tal estudiante supondría una carga excesiva teniendo en cuenta factores como la salud, la seguridad o el costo.³⁶ Los estados partes de la Convención de 2006 están obligados a efectuar esos ajustes razonables en la educación en función de las necesidades individuales de las personas con discapacidad (el ya citado art. 24.2.c). Los ajustes razonables funcionan como límite al derecho: si resulta desproporcionado hacer las modificaciones, estas no se acometerán dando lugar, previsiblemente, a la imposibilidad de aplicar y ejercer el derecho a la educación inclusiva.

En idéntico sentido el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 exige a las administraciones educativas prestar atención a la diversidad de necesidades «mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables» (art. 18.2). La LO 8/1985 se refiere a «ayudas y apoyos precisos» ante las «necesidades educativas especiales» (art. 6.3.h). También la LO 6/2001 establece que las universidades deben contar con estos medios, apoyos y recursos (disposición adicional 24.3).

Estos apoyos son de índole variada, y van desde la previsión de formas alternativas para cumplir los requisitos de acceso, asistencia tutorial o asistencia tecnológica. Así, un primer grupo de recursos de apoyo harán posible este acceso y ejercicio, como la eliminación de las barreras, el lenguaje de signos, el Braille y los cuidadores o asistentes personales.³⁷ Como se ve, estas adaptaciones de acceso pueden ser espaciales, materiales y de comunicación. La Convención de 2006 impone a los estados partes a adoptar medidas para «ofrecer formas de asistencia humana

³⁶ Estos son los ejemplos que se citan en Naciones Unidas (2010): 21.

³⁷ La Convención de 2006 obliga a los estados partes a adoptar medidas para facilitar el aprendizaje del Braille, de la escritura alternativa, de medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos (art. 24.3.a), y de la lengua de señas (art. 24.3.b).

o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público» (art. 9.e).

De igual modo, la organización del espacio didáctico de determinada manera también puede considerarse en este apartado, igual que los ajustes en la evaluación del aprendizaje. Así las cosas, en los exámenes hay que permitir usar instrumentos y aparatos que posibiliten al alumno reflejar sus conocimientos y, si procede, ampliar el tiempo de la prueba. En un sentido similar, las pruebas de acceso responden a la misma idea. El art. 38.3 de la LO 2/2006 obliga a que los procedimientos de admisión a la universidad se realicen «en condiciones de accesibilidad para los alumnos y alumnas con discapacidad». También el art. 74.5 de la LO 2/2006 preceptúa que las administraciones educativas favorecerán que el alumnado «con necesidades educativas especiales puedan continuar su escolarización de manera adecuada en las enseñanzas postobligatorias, así como adaptar las condiciones de realización de las pruebas establecidas en esta Ley para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran».

La gratuidad de la enseñanza de las personas con discapacidad es otro recurso para facilitar el acceso (art. 19 Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013; disposición adicional 24.6 LO 6/2001), así como la posible ampliación del número de convocatorias en los estudios universitarios (art. 20.c Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013). En cambio, otros recursos se centran más bien en el contenido del derecho, que es a lo que nos referimos a continuación.

4.3. *Contenido*

Obviamente el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva e integradora tiene como primer contenido los propios del derecho a la educación en general. Así, resultan esenciales el acceso a las enseñanzas regladas, la permanencia en los centros de enseñanza si se cumplen determinados requisitos, la valoración objetiva del rendimiento escolar, la gratuidad en los niveles básicos y la enseñanza en la lengua propia.³⁸ Además, la educación constitucionalmente exigida tiene que orientarse a los fines previstos en el art. 27.2 CE, donde se menciona el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, además del pleno desarrollo de la personalidad ya citado *supra*. También las personas con discapacidad tienen los derechos de participación

³⁸ Díez Revorio (1998): 281 y ss. En un sentido similar Embid Irujo (1983): 653 y ss.

en el control y en la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE), un derecho diferente pero muy relacionado con la educación.

Pero además de lo dicho, el derecho a la educación de las personas con discapacidad presenta un contenido adicional y específico, imprescindible para conseguir los fines de autonomía y desarrollo de la personalidad de tales personas. Adviértase que hablamos de contenido específico, no especial, porque lo específico es una exigencia de la diversidad y lo especial podría verse como una consecuencia de la superada segregación.

De este modo, el contenido del derecho a la educación se rellena de contenidos más específicos (como, por cierto, también ocurre con otros derechos como el derecho al empleo o a la salud).³⁹ Quizá los recursos más destacados en este sentido sean las adaptaciones curriculares.⁴⁰ Tales adaptaciones deben ser no significativas, es decir, no afectarán a elementos prescriptivos del currículo (como objetivos, contenidos o criterios de evaluación), siempre que estos se consideren esenciales. Esto lleva a una cuestión adicional y, en cierto modo, previa. Nos referimos a que tales adaptaciones exigen reflexionar al profesorado sobre lo que enseña, manteniendo las competencias básicas (hay que tratar de que las personas con discapacidad aprendan lo mismo que el resto), pero diferenciando entre lo esencial y lo prescindible. De igual forma, las adaptaciones de contenido podrán cambiar la metodología de enseñanza.

También los servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación pueden considerarse un contenido específico de la educación que persigue que las personas con discapacidad logren la máxima independencia y «capacidad física, mental, social y vocacional» (art. 26.1 Convención de 2006; en la misma línea, art. 14 Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016).

Además, de la Convención de 2006 podría derivarse un derecho específico de estas personas a la participación plena y la inclusión en sociedad, más allá de la educación que ahora comentamos, y también más allá del general derecho a la participación en la vida política y pública de todas las personas. A favor de esta participación específica se expresan el art. 9.2 de la Constitución; los arts.

³⁹ MEGRET (2008): 504.

⁴⁰ La LO 2/2006, al referirse a la educación secundaria obligatoria, contempla «programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo» (art. 22.5). También se alude, en la educación primaria, en la secundaria, en el bachillerato y en la formación profesional, a medidas de flexibilización y alternativas metodológicas «en la enseñanza y evaluación de la lengua extranjera para el alumnado con discapacidad, en especial para aquél que presenta dificultades en su expresión oral» (arts. 19.4, 26.6, 34.2 y 42.6).

3.c, 19, 26, 29 y 30 de la Convención de 2006; y los arts. 4, 7, 12, 13, 14, 17, 22, 23, 28, 35, 53, 54 y 62 del Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2013.

Los ajustes específicos en el ámbito del contenido también tienen que ser razonables, en el sentido que vimos en el subapartado anterior. Ello determina, de nuevo, la presencia de un límite específico al derecho, que puede dar lugar a su no aplicación cuando se justifique la desproporción del esfuerzo que la administración educativa tendría que efectuar.

5. LOS APOYOS EN LA ENSEÑANZA

En los dos subapartados anteriores ya hemos visto de manera parcelada esta cuestión de los apoyos. Ahora hacemos unas reflexiones adicionales desde un punto de vista global, que conectamos con los diversos tipos de discapacidad y con las estrategias que hay que seguir con los mismos.

En un sentido general, los apoyos se refieren tanto a productos y objetos como a lo que podríamos denominar planes, programas y estrategias. Por producto de apoyo para persona con discapacidad se entiende «cualquier producto (incluyendo dispositivos, equipo, instrumentos y software) fabricado especialmente o disponible en el mercado, utilizado por o para personas con discapacidad destinado a facilitar la participación; proteger, apoyar, entrenar, medir o sustituir funciones/estructuras corporales y actividades; o prevenir deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación».⁴¹ En cambio, lo que hemos calificado como planes, programas y estrategias son de los más heterogéneo, incluyendo medidas organizativas y ajustes curriculares.⁴²

La Convención de 2006 impone a los estados partes prestar el apoyo necesario a las personas con discapacidad para facilitar su formación efectiva en el marco del sistema general de educación (art. 24.2.d); y facilitar las medidas de apoyo personalizadas y efectivas «en entornos que fomenten la máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión» (art. 24.2.e). Ya citamos otros preceptos que contemplan estos apoyos (art. 18.2 Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013; art. 6.3.h LO 8/1985; disposición adicional 24.3 LO 6/2001).

⁴¹ Norma UNE-EN ISO 9999 V2 Productos de apoyo para personas con discapacidad. Clasificación y terminología (2012). Un catálogo general de productos de apoyo puede verse en http://www.ceapat.es/ceapat_01/cat_apo/catalogo/index.htm

⁴² Sobre organización y diseño curricular y recursos didácticos *vid.* CASANOVA RODRÍGUEZ y CABRA DE LUNA (2009).

Así las cosas, en la enseñanza impartida a las personas con discapacidad habrá que tener en cuenta toda una variedad de apoyos y refuerzos, que buscan atender a la diversidad que ellas suponen y que evidencian un elemento prestacional esencial. Estos apoyos darán eficacia a la educación y posibilitarán que ésta dote al alumno de las habilidades para construir una futura vida autónoma con la que desarrollar su personalidad. Tales apoyos son los que permiten realmente hablar de educación inclusiva. En efecto, como afirma Cotino Hueso, «no sólo se trata de integrar a los discapacitados en las escuelas ordinarias, sino que exige el apoyo adicional».⁴³ De lo contrario, el alumno quedará aislado en el sistema ordinario. La igualdad en el reconocimiento de derechos reclama garantizar el acceso a los apoyos que estas personas puedan necesitar. Lo contrario sería una inadmisibles discriminación basada en la discapacidad. Como establece el art. 5.3 de la Convención de 2006, a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, «los estados partes adoptarán todas las medidas pertinente para asegurar la realización de ajustes razonables».

Los apoyos se concretan en función del tipo de discapacidad. Existen diversas formas de clasificar las discapacidades, si bien no vamos a entrar en ello al no tratarse de una cuestión de naturaleza jurídica. Se habla de tres grandes grupos (personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas), a partir de los cuales se elaboran clasificaciones más detalladas. Así, a título ilustrativo, podemos aludir a discapacidad física, deficiencia auditiva, deficiencia visual, discapacidad psíquica, y deficiencias sociales severas (autismo y otros trastornos profundos del desarrollo). No se trata de compartimentos estancos, pues a la hora de establecer los ajustes necesarios habrá que ver las dificultades concretas a las que se enfrentan esas personas, que incluso varían a lo largo del tiempo y se solapan, y no actuar de manera apriorística. Por ejemplo, las dificultades de comunicación y de lenguaje, o de lectoescritura, se pueden producir en varios tipos de discapacidad.

De este modo, hay que protocolizar los distintos apoyos que reclaman la inclusión e integración de estas personas en función de su discapacidad. Estos protocolos también incorporarán recomendaciones de actuación y comunicación. Por ejemplo, para la discapacidad visual habrá que contemplar reglas de comunicación específicas para saludar a la persona ciega, conversar con ella o señalarle la situación de los objetos. En cuanto a la metodología didáctica, hay que permitir el uso de material para grabar la clase, la información visual debe ser verbalizada y las entregas de material hay que hacerla con suficiente antelación. Las ayudas

⁴³ COTINO HUESO (2012): 284.

en el desplazamiento incluyen retirar obstáculos (como paragüeros o papeleras) y ofrecer la técnica del guía. Por su parte, para la discapacidad auditiva hay que emplear medios de información alternativos que substituyan la vía de transmisión auditiva, vocalizar con claridad para favorecer la lectura labial, impartir la clase delante del alumno y no dando paseos por el aula, facilitar intérpretes de lengua de signos o recursos técnicos precisos. Y así sucesivamente con los distintos tipos de discapacidad.

Una cuestión relevante, que completa lo que estamos comentando, radica en la necesidad de que el profesorado esté debidamente capacitado para impartir una docencia a personas con estos apoyos.⁴⁴ En este orden de cosas, la Convención de 2006 exige que los estados partes empleen a maestros cualificados en lengua de señas o Braille y formen profesionales que trabaje en todos los niveles educativos (art. 24.4). En la misma línea, el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 se refiere a la formación continua del profesorado y de los profesionales de la educación para atender «las necesidades educativas especiales del alumnado con discapacidad» (art. 20.d). En este ámbito, los servicios de orientación educativa apoyarán a los centros docentes en la «orientación, evaluación e intervención educativa» (art. 21.1).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la implementación de estos apoyos y refuerzos no se puede hacer de manera aislada o descontextualizada. Todo lo contrario. Se afirma desde la pedagogía que la colaboración es una estrategia de inclusión y una clave para avanzar en la búsqueda de respuestas a la diversidad.⁴⁵ De este modo hay que buscar ámbitos de colaboración entre profesores y alumnos, entre los propios alumnos, entre profesores, entre centros escolares, interprofesional o entre escuela y comunidad. La educación inclusiva, sostiene Parrilla Latas, «exige la creación de comunidades de convivencia para todos, donde los alumnos puedan sentirse miembros no sólo presenciales, sin valorados y con participación real en la vida social del aula».⁴⁶ La evaluación multidimensional del alumnado y de su entorno es la que determinará las necesidades presentes y los servicios y apoyos que habrá que prestar. De este modo, los profesionales del ámbito educativo tienen que tener en cuenta «los tratamientos externos a la hora de planificar los apoyos especializados en la escuela»,⁴⁷ lo que supone un paso más de la mencionada colaboración y entra dentro de la coordinación. Con esta coordinación se

⁴⁴ Naciones Unidas (2010): 38.

⁴⁵ PARRILLA LATAS (2008): 29.

⁴⁶ PARRILLA LATAS (2008): 33.

⁴⁷ CIFUENTES (2008): 26.

evitará multiplicar las intervenciones y organizar mejor los horarios evitando el mismo día intervenciones especializadas dentro y fuera de la escuela. Además, se logrará reducir el número de profesionales participantes, «colaborando los apoyos especializados con los tutores del aula en la elaboración y puesta en marcha de las adaptaciones curriculares, pero limitando las intervenciones directas a los casos verdaderamente imprescindibles y priorizando los abordajes más globales».⁴⁸ La perspectiva comunitaria que incorpora la educación inclusiva aconseja la creación de grupos de apoyo entre el profesorado, de redes de apoyo en el aula, de aprendizaje cooperativo y de tutorías entre alumnos.

6. EXCURSUS SOBRE LA ACCESIBILIDAD

En íntima conexión con el ejercicio efectivo del derecho a la educación por parte de personas con discapacidad se encuentra la cuestión de la accesibilidad. Sin estar cubierta la misma se dificulta sobremanera, o se imposibilita, el mencionado ejercicio. La cuestión de la accesibilidad es de amplísimo calado, por lo que ahora nos limitamos a efectuar simplemente alguna consideración adicional a lo ya dicho *supra*. Aunque nuestra óptica es la propia del derecho a la educación, no cabe duda de que la accesibilidad es una condición también para el disfrute de todos los derechos, incluido el de participación.

El art. 2.k del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 entiende que la accesibilidad universal es «la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible». Su adopción implica la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las persona». A este respecto, el art. 2 de la Convención de 2006 entiende el «diseño para todos» como «el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado».

La relevancia de la cuestión de la accesibilidad se evidencia en la medida que es uno de los principios que rigen a la Convención de 2006 (art. 3.f). Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para «asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones

⁴⁸ CIFUENTES (2008): 27.

abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales» (art. 9.1). Estas medidas incluirán la eliminación de obstáculos y barreras en edificios, vías públicas y transportes, y en los servicios de información y comunicaciones.

En España, las ya derogadas leyes 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, y 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, sirvieron para impulsar diversas políticas públicas a favor de tal accesibilidad. Incluso, la también derogada Ley 49/2007, de 26 de diciembre, estableció infracciones y sanciones en este ámbito. Realmente quedó mucho por hacer tras la vigencia de este corpus normativo.

El vigente Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, siguiendo de nuevo a la Convención de 2006, convierte a la accesibilidad universal en uno de sus objetos. En el apartado correspondiente al derecho a la vida independiente aborda un elevado número de cuestiones de accesibilidad. De este modo, sostiene con rotundidad que «los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal» (art. 22.1). Al mismo tiempo, hace distintas previsiones en accesibilidad en el ámbito de los productos y servicios de la sociedad de la información y medios de comunicación social (art. 24), de los espacios públicos urbanizados (art. 25), de edificación (art. 26), en el ámbito del transporte (art. 27), en las relaciones con las administraciones públicas (art. 28), y en el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (art. 29).

Por su parte, la LO 2/2006 impone a las administraciones educativas «adecuar las condiciones físicas, incluido el transporte escolar, y tecnológicas de los centros», además de dotarlos «de los recursos materiales y de acceso al currículo adecuados a las necesidades del alumnado que escolariza, especialmente en el caso de personas con discapacidad» (art. 110). El objetivo es que no se genere un factor de discriminación y que se garantice una atención inclusiva y universalmente accesible a todos los alumnos. También la LO 6/2001 exige que los edificios, instalaciones y dependencias de las universidades, incluidos los espacios virtuales, deberán ser accesibles para todas las personas (disposición adicional 24.4).

En este orden de cosas, existe una amplia normativa administrativa que incide en el tema, como la que se refiere a las exigencias para la edificación,⁴⁹ el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones,⁵⁰ el acceso a las

⁴⁹ El Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, modifica el Código Técnico de Edificación en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

⁵⁰ Real Decreto 505/2007, de 20 de abril.

tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y los medios de comunicación social,⁵¹ o a los distintos modos de transporte.⁵² Carnerero Castilla, comentando las observaciones de 2011 que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad hace al informe que presentó España ese año, considera que la preocupación por el acceso a edificios no radica en la fijación de los requisitos, que ya están previstos, sino en el «escaso cumplimiento de los mismos», sobre todo en el nivel regional y local, en el sector privado y en la adaptación de las instalaciones ya existentes.⁵³

También debemos recordar que la Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS), un órgano permanente del Consejo Nacional de la Discapacidad, está encargado de promover no sólo la igualdad de oportunidades y la no discriminación, sino también la accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 56 Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013). Igualmente, el Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), que depende el IMSERSO, tiene entre sus objetivos conseguir una accesibilidad universal tanto en los ámbitos de la vivienda como en los entornos y espacios, los productos, los equipamientos y los servicios.⁵⁴

Esperemos que las nuevas normas y una mayor concienciación en este sentido den un impulso decisivo al tema de la accesibilidad en España, falto, como dijimos, de implantación en la práctica. Incluso, la importancia que posee la accesibilidad, como presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, también se refleja en las voces que afirman que configura por sí misma un nuevo derecho, distinto de los anteriormente existentes.

7. LA EDUCACIÓN COMO SENSIBILIZACIÓN

En los apartados anteriores nos centramos en el derecho a la educación ejercido por las personas con discapacidad. Ahora resulta oportuno llamar la atención de otro sentido de la educación en este campo: la educación como sensibilización hacia las personas con discapacidad y su propia visibilización. Ello debe originar un mayor compromiso por parte de la sociedad en general y la superación de antiguos estereotipos y exclusiones. Como apunta de Asís Roig, «la atención a la educación es importante porque a través de ella es posible extender la compren-

⁵¹ Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre.

⁵² Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre.

⁵³ CARNERERO CASTILLA (2016): 57.

⁵⁴ Este Centro se creó mediante Orden Ministerial de 7 de abril de 1989. En 2006 pasa a formar parte de la red de centros de referencia estatal (CRE) que establece la Ley 39/2006 en su art. 16.1.

sión de la discapacidad como un ejemplo de la diversidad humano y como una situación en la que se encuentran las personas producida en muchas ocasiones por estructuras y hábitos sociales».⁵⁵

En este sentido, las políticas públicas y campañas de sensibilización deberían implementarse en todos los niveles educativos, obligatorios y no, de menores y de adultos. De esta forma podría generarse una sinergia adicional, por el potencial efector multiplicador de la educación. Además, tiene que implicar una visión horizontal y transversal en la generalidad de los contenidos que se imparten en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

La Convención de 2006 regula la «toma de conciencia» estableciendo en su art. 8 que los estados partes adoptarán medidas para «sensibilizar a la sociedad», «luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas», y promover la toma de conciencia «respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad».

El ejemplo de esta Convención es seguido por el art. 59 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, que preceptúa que los poderes públicos promoverán «actividades de información, campañas de toma de conciencia», en colaboración con organizaciones de las personas con discapacidad. Se trata de que la sociedad en su conjunto colabore con la inclusión de este colectivo.

Desde otro punto de vista más específico, la LO 2/2006, cuando se refiere a los objetivos de la educación primaria, alude a conocer, comprender y respetar, entre otras cosas, las diferencias entre las personas y la no discriminación de personas con discapacidad (art. 17.d). Y cuando regula el bachillerato, en sus objetivos señala «impulsar la igualdad real y la no discriminación de las personas con discapacidad» (art. 33.c).

Esta visibilización no solo provendrá de políticas públicas educativas e informativas, sino también del incremento de la participación de las personas con discapacidad, a la que nos referíamos antes.

Una ayuda importante en este proceso será la actuación de los medios de comunicación, que deben huir del morbo y del paternalismo para centrarse en la normalidad de la vida de estos ciudadanos y ciudadanas e integrar a este colectivo en todo tipo de informaciones y no sólo en las referidas en concreto a la discapacidad. La normativa reguladora de la comunicación audiovisual, con relación a las personas con discapacidad, prevé derechos y deberes de accesibilidad, la

⁵⁵ ASIS ROIG (2015): 94.

obligación de normalización y visibilización, y prohibiciones en materia de publicidad, aunque con distintas carencias y déficits.⁵⁶ Así, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación audiovisual, regula en su art. 8 los derechos de las personas con discapacidad, donde se entra, entre otras cosas, en el tema de la accesibilidad, en el subtítulo, en la lengua de signos, y en la imagen ajustada y normalizada que hay que ofrecer de estas personas.

Eso sí, se limita a las personas con deficiencias sensoriales (visuales y auditivas) y no hace previsiones para los discapacitados sensoriales, físicos y mentales. Además, no obliga a que los medios que indica estén disponibles de manera continuada durante toda la programación.

En suma, dar pasos en semejante sensibilización nos acercará a la necesaria actitud de compromiso que la sociedad debe manifestar con las personas con discapacidad. En este sentido, quizá los operadores jurídicos tienen un papel más relevante que jugar que otras personas pues de ellos depende la aplicación de la normativa existente y de la nueva interpretación que debería derivarse de la Convención de 2006.

8. LA NECESIDAD DE REFORMAS EN EL DERECHO VIGENTE

El modelo social y de derechos humanos que reclamamos para tratar las cuestiones relativas a las personas con discapacidad, reclama todavía distintas reformas legislativas para adecuar mejor nuestro ordenamiento al mismo. Es cierto que mucho se ha avanzado, de la mano de la Convención internacional de 2006 y del Texto Refundido español de 2013, pero aún vemos que resta trecho por recorrer. El citado art. 4.1.b de la Convención obliga a los estados partes, como España, a «tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad».

No podemos detenernos en este punto en exceso para no extender en demasía este trabajo. Apuntaremos de forma sucinta únicamente lo que estimamos de mayor relevancia o repercusión.

Es aconsejable modificar la Constitución: el art. 27 de la Constitución, por un lado, debe incorporar el concepto de educación inclusiva e integradora, y, por otro, aludir expresamente a la educación de las personas con discapacidad; el art. 49 tiene que eliminar la referencia a los «disminuidos» y superar el modelo médico o rehabilitador de la «atención especializada» compensatoria y reparadora.

⁵⁶ NARANJO ROMÁN (2015): 243 y ss.

Lege ferenda ese precepto debería aludir a la inclusión y a la autonomía, para lo que se pueden requerir apoyos y ajustes razonables.

Asimismo, debemos desterrar la terminología inadecuada que pervive en la legislación. Es el caso de «necesidades educativas especiales», que puede dar lugar a contraponer necesidades especiales y necesidades ordinarias.

También habría que replantear la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, en la que se ha basado el ordenamiento jurídico para establecer restricciones al ejercicio de los derechos y que se construye para proteger la seguridad del tráfico jurídico. Frente a ello, es conveniente avanzar hacia un entendimiento genérico de la personalidad y capacidad que enfatice la asistencia en la toma de decisiones (y no la sustitución en la toma de decisiones propia del modelo médico, centrado en esta cuestión en los aspectos patrimoniales). El art. 12 de la Convención de 2006, que parte de la capacidad de estas personas, es una buena guía en este sentido, al exigir que los estados parte adopten «las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 12.3 Convención).

De igual forma, hay que aprobar una ley orgánica de derechos de estas personas. El Real Decreto Legislativo 1/2013 fue un paso adelante, pero formalmente, como exigencia del modelo social y de derechos humanos que tenemos que imponer definitivamente, estimamos que es necesario aprobar una ley orgánica. Y también, desde esta primera perspectiva general, sería conveniente reformar la normativa de dependencia para separar las medidas propias de dependencia de las actuaciones referidas a la autonomía; revisar la regulación que permite la privación del derecho de sufragio por razón de discapacidad; y acabar con la esterilización forzosa de personas con discapacidad (permitida por el art. 156 del Código Penal).

En fin, aunque ya no estemos en el ámbito de las reformas legislativas, hay que reclamar que se avance de manera definitiva en los planes de eliminación de las barreras arquitectónicas que aún permanecen.

9. CONCLUSIONES

El diseño teórico del nuevo entendimiento y formulación del derecho a la educación es esencial para perseguir de modo eficaz la autonomía de las personas con discapacidad y su participación plena y en igualdad en la sociedad.

La Convención de 2006 ayuda a un cambio hermenéutico, que ofrezca una nueva forma de ver los derechos ya existentes. Al mismo tiempo, se puede hablar de nuevos derechos derivados de ese Tratado Internacional, como el de movilidad

personal (art. 20), el derecho a la habilitación y rehabilitación (art. 26), el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad.⁵⁷

El derecho a la educación, un derecho ya existente, debe ser reconfigurado en el ámbito de las personas con discapacidad, con base en los elementos específicos que presenta en la titularidad, el acceso, el ejercicio y el contenido. Incluso, el concepto de «ajustes razonables» da lugar a que en el tema de los límites también veamos especificidades. Se trata de reconocer y aceptar las diferencias y respetar la diversidad. En cambio, como ya dijimos, en cuanto a su objeto no hay peculiaridades.

Al mismo tiempo, cobra singular relieve la práctica desempeñada por el personal docente, que desde una correcta formación debe aplicar las previsiones teóricas previstas al alumnado; y la sensibilización del conjunto de la comunidad educativa (padres, profesores, alumnado, personal administrativo, directivos...), que deben tratar desde la normalidad, y no desde la especialidad ni el paternalismo, a las personas con discapacidad.

Por lo tanto, la reconfiguración que hemos propuesto del derecho a la educación alumbra un nuevo derecho a la educación de las personas discapacitadas inclusivo e integrador, que busca dotarles de autonomía para su vida independiente. Y las reformas que hemos propuesto desde el modelo social y de derechos humanos serían un paso relevante en la sociedad democráticamente avanzada que pretendemos.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ Corral, B. (2006). El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos. En M. de Esteban Villar, M. A. Sancho Gargallo, R. Caballero Sánchez, J. M. Rodríguez de Santiago (coords.). *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas* (pp. 89-108). Madrid: Fundación Europea Sociedad y Educación.
- ALONSO Parreño, M. J. (2015). Derecho a la educación. En F. Arenas Escribano y M. A. Cabra de Luna (coords.). *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (pp. 367-396). Madrid: La Ley.
- ASIS Roig, R. de (2007). Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. En I. Campoy Cer-

⁵⁷ CUENCA GÓMEZ (2010): 173-174.

- vera y A. Palacios (coords.). *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina* (pp. 17-50). Madrid: Dykinson.
- ASIS Roig, R. de (2015). El encaje de la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad en el texto refundido. En F. Arenas Escribano y M. A. Cabra de Luna (coords.). *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (pp. 73-99). Madrid: La Ley.
- CARNERERO Castilla, R. (2016). La protección en España de los derechos de las personas con discapacidad: su supervisión internacional por parte de las Naciones Unidas. En A. G. López Martín y J. Chinchón Álvarez (coords.). *Nuevos retos y amenazas a la protección de los derechos humanos en la era de la globalización* (pp. 43 a 63). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASANOVA Rodríguez, M. A. y Cabra de Luna, M. A. (coords.) (2015). *Educación y personas con discapacidad: presente y futuro*. Madrid: Fundación Once.
- CIFUENTES, M. C. (2008). La multipluralidad de intervenciones con los niños y las niñas con problemas. En VV. AA. *Educación desde la discapacidad* (23-27). Barcelona: Graó.
- COTINO Hueso, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CUENCA Gómez, P. (2012). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Madrid: Universidad de Alcalá.
- ECHEITA, G. y Ainscow, M. (2011). La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para el desarrollo de una revolución pendiente. *Téjuelo. Didáctica de la lengua y la literatura*, 12, 26-46.
- EMBED Irujo, A. (1981). El contenido del derecho a la educación. *Revista española de derecho administrativo*, 31, 653-682.
- DÍAZ Revorio, F. J. (1998). El derecho a la educación. *Parlamento y Constitución*, 2, 267-305.
- FERNÁNDEZ Rodríguez, J. J. (2002). Educación y enseñanza en la Constitución española. *Revista Jurídica. Órgano oficial del Colegio de Abogados de la Libertad (Trujillo-Perú)*, 135, 73-99.
- KANTER, A. S. (2007). The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 287-321.
- KANTER, A. S. (2014). *The development of disability rights under international law: from charity to human rights*. Londres: Routledge.

- LEMA Añón, C. (2010). Educación y discapacidad. En P. Cuenca Gómez (editora). *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (371-411)
- MACKAY, D. (2007). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2), 323-331.
- MÉGRET, F. (2008). The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? *Human Rights Quarterly*, 30, 494-516.
- NACIONES Unidas (2010). *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities Guidance for human rights monitors*. Nueva York / Ginebra: Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf
- NARANJO Román, R. (2015). Derechos de las personas con discapacidad y medios de comunicación audiovisual. En M. Medina Guerrero (coord.). *La protección de los derechos constitucionales en la regulación del audiovisual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ López, M. (2009). La Convención de la ONU sobre las personas con discapacidad y su repercusión en el ámbito educativo. Breve aproximación a sus consecuencias en el Derecho español y gallego. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13, 467-480. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7563/AD_13_art_23.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- PALACIOS, A. y Romañach, J. (2006). *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad de la diversidad funcional*. Santiago de Compostela: AIES.
- PALACIOS, A., y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- PARRILLA Latas, A. (2002). Acerca del origen y sentido de la educación inclusiva. *Revista de educación*, 327, 11-29.
- PARRILLA Latas, A. (2008). La voz de la experiencia: la colaboración como estrategia de inclusión. En VV. AA. *Educar desde la discapacidad* (29-27). Barcelona: Graó.
- SUÁREZ Riveiro, J. M. (2011). *Discapacidad y contextos de intervención*. Madrid: Sanz y Torres.

- VERDUGO, M. A. (2005). Personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías. En M. A. Verdugo Alonso (dir.). *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras* (1-xxx). Madrid: Siglo XXI.
- VV. AA. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

LEGISLACIÓN

- NACIONES Unidas. Declaración Universal de derechos humanos. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spn>
- NACIONES Unidas. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. 19 de diciembre de 1966. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- NACIONES Unidas. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>
- UNESCO. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. 14 de diciembre de 1960. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- UNIÓN Europea. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 7 de junio de 2016, C 202. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>
- ESPAÑA. Constitución. 29 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424, núm. 311. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229
- ESPAÑA. Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 1985, núm. 159, pp. 21015-21022, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12978>
- ESPAÑA. Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de diciembre de 2001, núm. 307, pp. 49400-49425. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2001-24515>
- ESPAÑA. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de mayo de 2006, núm. 104, pp. 17158-17207. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-a-2006-7899>
- ESPAÑA. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personal en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado*,

15 de diciembre de 2006, núm. 299, pp. 44142-44156. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2006-21990>

ESPAÑA. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación audiovisual. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de abril de 2010, núm. 79, pp. 30157-30209. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2010-5292>

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 2013, pp. 95635-95673. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2013-12632&tn=1&vd=&p=20150625>



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE
GRAFINSA, EN OVIEDO, EL 19 DE MARZO DE 2017,
CCV ANIVERSARIO DE LA PROMULGACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ



FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

VOLÚMENES PUBLICADOS

Fundamentos n.º 1

SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN

Coordinador: Ramón Punset Blanco

Fundamentos n.º 2

MODELOS CONSTITUCIONALES EN LA HISTORIA
COMPARADA

Coordinador: Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

Fundamentos n.º 3

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Coordinador: Francisco J. Bastida Freijedo

Fundamentos n.º 4

LA REBELIÓN DE LAS LEYES. *Demos y nomos*: LA
AGONÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés

Fundamentos n.º 5

LA DIVISIÓN DE PODERES

Coordinador: Ramón Punset Blanco

Fundamentos n.º 6

**CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN
EN LA HISTORIA**

Coordinadores: Ignacio Fernández Sarasola y Joaquín Varela
Suanzes-Carpegna

Fundamentos n.º 7

EL PUEBLO DEL ESTADO

Coordinador: Benito Aláez Corral

Fundamentos n.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera