

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE  
Mario Caravale

nuova serie

10  

---

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

**Direttore:** Mario Caravale

**Direzione e redazione:** Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

**Comitato direttivo:** Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscati Cesare Pinelli

**Comitato scientifico:** Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

**Redazione:** Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

**Amministrazione:** JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) - email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Abbonamento:** € 35,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:** **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

**Direttore responsabile:** Mario Caravale

**ISSN 0390-6760**

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.**

Stampato in Italia Printed in Italy

# INDICE

## PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO  
*La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale*
- 13 ANTONIO SEGNI  
*L'unità del processo*

## ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI  
*Presentazione*
- 39 PETER HÄBERLE  
*Indirizzo di saluto*

## RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO  
*Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola*
- 49 DIAN SCHEFOLD  
*Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania*
- 61 GUIDO ALPA  
*Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile*
- 67 MARCO D'ALBERTI  
*Comparazione giuridica tra storia ed esperienza*

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO  
*Culture costituzionali, storia e comparazione*
- 107 ANGELO SCHILLACI  
*«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola*
- 129 ALESSANDRO SOMMA  
*Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori*
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO  
*Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional*
- 199 ANDREA LONGO  
*Osservando la marea*
- 213 MASSIMO BRUTTI  
*Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando*
- 231 MARCO BENVENUTI  
*Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale*
- 257 GIOVANNA MONTELLA  
*Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband*
- 267 GIANLUCA BASCHERINI  
*A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto*
- 283 FRANCESCO CERRONE  
*L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)*
- 301 FEDERICO NANIA  
*Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese*

#### LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI  
*Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola*

- 339 LUISA AVITABILE  
*Una riflessione su libertà e diritti fondamentali*
- 351 ROBERTO NANIA  
*Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo*
- 369 FABRIZIO POLITI  
*“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali*
- 389 SALVATORE PRISCO  
*Linee di un ritratto intellettuale*
- 405 GIORGIO REPETTO  
*Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali*
- 423 ANDERA BURATTI  
*Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti*
- 443 CLAUDIO CONSOLO  
*Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo*
- 455 ENRICO DEL PRATO  
*Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista*
- 467 LAURA MOSCATI  
*Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento*
- 485 ELISA OLIVITO  
*Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*
- 499 MIGUEL AZPITARTE  
*Los derechos fundamentales en tiempos de crisis*
- 511 MARIA IRENE PAPA  
*La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI  
*La Commissione di Garanzia*

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO  
*Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana*

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI  
*Paolo Ridola e la forma di governo*
- 587 MASSIMO SICLARI  
*Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola*
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI  
*Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola*
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA  
*Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo*
- 621 CESARE PAGOTTO  
*Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo*
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI  
*Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)*
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI  
*La rappresentanza politica nella forma di governo*
- 691 RENATO IBRIDO  
*Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare*
- 709 FULCO LANCHESTER  
*Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale*
- 727 ELEONORA RINALDI  
*Brevi note su libero mandato e forma-partito*
- 741 ELENA TASSI SCANDONE  
*Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari*

## L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI  
*L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)*
- 771 FRANCESCO SAIITTO  
*Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento*
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ  
*Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo*
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO  
*El futuro del Estado constitucional*
- 843 ANDREAS HARATSCH  
*Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama*
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO  
*Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit*
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI  
*Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice*

## RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

## SEZIONE BIBLIOGRAFICA

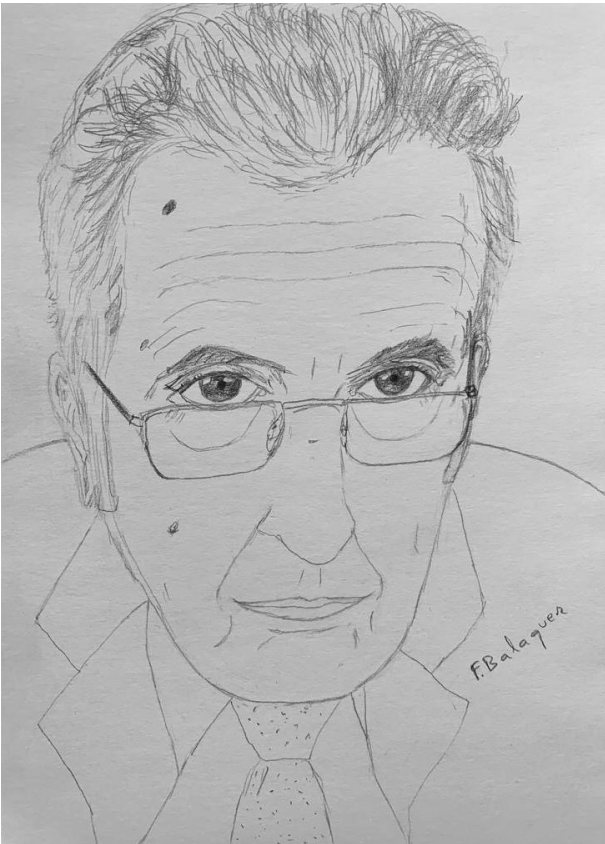
- 933 ANTONIO ANGELOSANTO  
*L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile*





ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI  
IN ONORE DI PAOLO RIDOLA







## Los derechos fundamentales en tiempos de crisis

---

Miguel Azpitarte

SUMARIO: I. El punto de partida: los derechos fundamentales como instrumento para el diálogo racional. – II. Los derechos fundamentales de la Europa en crisis – 1. Crisis de seguridad y derechos fundamentales. – 2. Los derechos fundamentales frente a la crisis económica. – 3. La reconstrucción del demos: ¿los derechos fundamentales como parte de la identidad constitucional?

El constitucionalismo como problema historiográfico ha sido una de las grandes preocupaciones académicas de Paolo Ridola. Su reciente volumen *Esperienza Costituzione Storia, Pagine di Storia Costituzionale* (2019) es un ejemplo más de su cuidadosa y apasionada labor por descubrir la paulatina conformación de aquellos conceptos que han ido dando cuerpo a esa realidad intelectual que llamamos “constitucionalismo”. En esa tarea de reconstrucción, los derechos fundamentales y sus garantías han tenido un lugar privilegiado en la obra de Paolo Ridola. Esencialmente nos ha enseñado a entender el significado cambiante de los derechos fundamentales, partiendo de su función en la conformación del Estado de matriz burguesa, haciendo hincapié en el periodo de entreguerras y luego en la segunda mitad del siglo xx, cuando los derechos favorecen un rearme valorativo del ordenamiento, para terminar analizando las singularidades de la experiencia de integración (a este respecto, su no menos importante *Diritto Comparato e Diritto Costituzionale Europeo*, 2010).

Tuve la suerte de cruzarme con la obra de Paolo Ridola, tras la defensa de mi tesis doctoral, cuando formé parte del grupo de derecho comparado que en el año 2003 dirigía Paolo Ridola con la ayuda del añorado Nico Sandulli. Entonces yo venía de una formación, que si bien tenía una fuerte influencia alemana, en especial de Peter Häberle, estaba nítidamente conformada por la metodología de mi maestro español Francisco Balaguer, volcada en sus dos volúmenes sobre las Fuentes del Derecho<sup>1</sup>. En este sentido, mi contacto con el profesor Ridola supuso un enriquecimiento a consecuencia del interés que inculcó en mí por el sentido histórico de las categorías constitucionales.

<sup>1</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, vol. I y II, Tecnos, 1991-1992.

No estoy en condiciones, sin embargo, de entrar en diálogo crítico con las aportaciones historiográficas de Paolo Ridola. Pero en las páginas que siguen quiero realizar una reflexión sobre los derechos fundamentales guiada por la obra del profesor Ridola. Primero, porque me tomo en serio su admonición según la cual “el constitucionalismo es una respuesta a los retos de la historia”. Segundo, porque todos los estudios historiográficos de Paolo sobre los derechos fundamentales han terminado con una reflexión de cara al futuro. Y es ahí donde yo quiero sumarme. Con mi contribución me gustaría reflexionar en torno al lugar de los derechos fundamentales en el contexto de crisis del constitucionalismo que llevamos padeciendo de un tiempo a esta parte.

I. *El punto de partida: los derechos fundamentales como instrumento para el diálogo racional*

Hoy es indiscutible el lugar de los derechos fundamentales en la construcción de la legitimidad política<sup>2</sup>. A ellos les corresponde primero canalizar y luego pacificar los debates que interrogan sobre los pilares de nuestra democracia, esencialmente porque el paso del tiempo origina problemas inéditos o reaviva cuestiones que parecían cerradas<sup>3</sup>. Los derechos fundamentales y su desarrollo son esa bisagra que permite a los textos constitucionales trascender su historia concreta para ganar un horizonte histórico.

Una consecuencia lógica es el lugar primordial que ocupa su máximo garante, el Tribunal constitucional. Esperamos del proceso constitucional que sea capaz de generar una contradicción retórica de altura, la cual en sí misma cumple ya una función de integración. Y del propio Tribunal esperamos que logre pacificar el conflicto, no solo porque tiene la última palabra, sino porque esa última palabra debe contener una calidad argumentativa digna de explicarnos qué

<sup>2</sup> K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed. C.F. Müller, 1995, 125; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, 1999, 45; M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, 1997.

<sup>3</sup> P. HÄBERLE, *Inkurs A: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en su libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Duncker&Humblot, 1998, 228; M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Civitas, 2005.

nos reclama nuestra Constitución y por qué<sup>4</sup>. Es la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales la que amortigua el conflicto encerrando en sí elementos del pasado (la norma y su doctrina), del presente (el conflicto) y del futuro (la practicidad de la solución).

Pero la interpretación de los derechos fundamentales ya no es monopolio de los Tribunales constitucionales nacionales (que sí conservan, y no es una paradoja, el monopolio interpretativo de las Constituciones). La concurrencia de los Tribunales nacionales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia (TJ) ha ampliado la sociedad de los intérpretes constitucionales, circunstancia que tiene una serie de consecuencias.

En primer lugar, la tarea de los Tribunales nacionales está orientada y limitada por la jurisprudencia de los tribunales supranacionales. E incluso de forma implícita, a la hora de interpretar los derechos fundamentales, los tribunales nacionales ejercen un claro autocontrol interno a la luz de la jurisprudencia de los otros órganos judiciales. Es decir, la interpretación de la Constitución nacional, en lo referido a los derechos fundamentales ha de ser plausible, aceptable a la mirada de los demás.

En segundo lugar, los Tribunales constitucionales cumplen una novedosa labor de mediación. No es tarea fácil dar operatividad a una triple protección de los derechos fundamentales cuando estos se despliegan en contextos diversos. Dadas estas circunstancias, los Tribunales pasan a desarrollar una función de mediación en esa sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Por un lado, proponen interpretaciones ante problemas que cobran dimensión europea, sea en el marco de la Unión (con la cuestión prejudicial) sea en el ámbito del TEDH (cuando han decidido previamente un asunto). Pero también desempeñan esa tarea de mediación cuando tienen que dar sentido práctico a una decisión del TEDH o del TJ. Melloni, Gauweiler o Taricco son buenos ejemplos de tres formas distintas de operar. En la primera el Tribunal español acepta sin ambages la doc-

<sup>4</sup> E-W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, NJW, 9, 1999, 11; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985; F. RUBIO LLORENTE, *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, en su libro *La Forma del Poder*, CEC, Madrid, 1997, 541.

trina del TJ, pero sin extenderla a supuestos en los que no esté afectado el Derecho de la Unión<sup>5</sup>. En la segunda el TCFA impone un control de razonabilidad<sup>6</sup>. Y en la tercera, con el típico estilo de diplomacia italiana, la Corte consigue que el TJ revise su doctrina<sup>7</sup>. Tres modos de hacer que, quién sabe, quizá reflejan tres espíritus nacionales.

Los párrafos anteriores simplemente esbozan el consenso académico en torno a los derechos fundamentales y a la función que les corresponden tanto en una democracia ordinaria, como en un Estado constitucional integrado. Nada que no hayamos aprendido con detalle en la obra de Paolo Ridola. En el epígrafe siguiente, pretendo evaluar en qué medida las diversas crisis han impactado sobre esta imagen generalmente compartida.

## II. *Los derechos fundamentales de la europa en crisis*

### 1. *Crisis de seguridad y derechos fundamentales*

No hay duda de que el Estado constitucional sufrió un impacto el 11-S de 2001. Desde entonces se enfrenta a un nuevo tipo de violencia, la violencia del caos, que simplemente busca desestabilizar al propio Estado constitucional poniendo en cuestión una de sus premisas primordiales: la garantía de la seguridad. En estas circunstancias, el Estado constitucional ha de resolver un problema parcialmente inédito: ¿cómo responder ante el riesgo? O, más aún, ¿cómo construir una regulación de la seguridad prescindiendo de la sospecha individualizada?<sup>8</sup>

Una respuesta habitual en los Estados constitucionales ha sido potenciar la información como instrumento clave. Pero este tipo de actuación conlleva necesariamente algunos fenómenos sobre los que la dogmática de los derechos fundamentales todavía está buscando

<sup>5</sup> STC 26/2014, de 13 de febrero, ECLI:ES:TC:2014:26

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 - 2 BvR 2728/13 -, Rn. (1-220), [http://www.bverfg.de/e/rs20160621\\_2bvr272813.html](http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813.html).

<sup>7</sup> Ordinanza 24/2017, ECLI:IT:COST:2017:24.

<sup>8</sup> S. KRAL, *Die polizeiliche Vorfeldebefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts. Begriff, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen*, Duncker&Humblot, Berlin, 2012; D. KUGELMANN, *Entwicklungslinien eines grundrechtsgeprägten Sicherheitsverwaltungsrechts*, Die Verwaltung, 47, 2014.



una respuesta adecuada. En efecto, debemos trazar el contorno constitucional de los límites a la intervención masiva sobre los derechos fundamentales<sup>9</sup>. El poder radical que concede la tecnología a la investigación criminal ha vaciado el sentido clásico de la sospecha individualizada y de la autorización judicial como garantías típicas en este contexto. Se produce un fuerte impulso de formalización de los derechos fundamentales, en la que estos se presentan únicamente como la exigencia del cumplimiento de un procedimiento previo, que si es satisfecho abre paso a la intervención estatal. Intervención estatal que se caracteriza por un halo de incertidumbre. De un lado cedemos nuestros datos sin conocer su uso potencial, que tampoco lo conoce con exactitud quien los recaba porque su cruce a través de la inteligencia artificial genera un horizonte de posibilidades insospechadas. En definitiva, el sujeto titular de derechos no puede prever los efectos de su conducta, pues en el futuro anidan consecuencias latentes<sup>10</sup>. Y la fuerza del escenario tecnológico añade una configuración de las relaciones jurídicas que hasta ahora había sido poco habitual en el campo de los derechos fundamentales. Son relaciones trilaterales en las que el Estado se ha de valer de las empresas tecnológicas para poder realizar las pertinentes intervenciones relativas a la investigación criminal.

Ya he señalado que las garantías tradicionales –indicio y autorización judicial- resultan insuficientes. En términos generales se verifica en diversos Estados constitucionales un realce del papel del legislador, en tanto que se ha apostado por tipificar y con ello ordenar al máximo las nuevas medidas de investigación tecnológica. Ya no parece suficiente una habilitación legislativa de carácter general, en la que la administración policial iba ajustando su actuación. También se ha potenciado la intervención judicial como máximo instrumento de garantía. En la época del fragor tecnológico seguimos confiando al juez la apreciación de las razones que conducen de una intervención general a otra concreta. Pero esto deja sin respuesta al principal problema del momento, qué hacer con las intervenciones masivas previas a la investigación criminal. Al menos en Alemania se ha bus-

<sup>9</sup> Case of Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, (Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15), 13 September 2018.

<sup>10</sup> M. PÖSCHL, *Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure*, VVDSTRL 74, 2014, 422.

cado un núcleo irreductible de intimidad, que sería un límite material irrenunciable<sup>11</sup>.

No podemos finalmente olvidar la incidencia del Derecho de la Unión en la regulación, no tanto del derecho a la seguridad, como del derecho procesal penal, que en el fondo está orientado a facilitar la lucha contra el crimen. Melloni y Taricco demuestran que la Unión ha llegado al corazón de los derechos fundamentales, tocando uno de sus ámbitos más sensibles. Desde luego, lo que parece evidente es que el principio de reconocimiento mutuo no funciona con la misma fluidez en la libre circulación de personas que en la persecución criminal<sup>12</sup>.

## 2. *Los derechos fundamentales frente a la crisis económica*

Lo más llamativo de la crisis económica padecida desde 2008 es que los derechos fundamentales, en cuanto que categoría jurídica, no han jugado un papel destacado. En España e Italia la dimensión jurídico-constitucional de la crisis se ha centrado principalmente en tres problemas: una reflexión teórica sobre la oportunidad de la reforma constitucional exprés para dotar de rigidez constitucional a las reglas de limitación de deuda y equilibrio presupuestario<sup>13</sup>; el control del Tribunal Constitucional sobre la legislación de urgencia<sup>14</sup>; y la reordenación de la administración local y de las relaciones dentro del Estado Autonómico a propósito de las medidas anticrisis<sup>15</sup>. Pero el

<sup>11</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09 -, Rn. (1-29), [http://www.bverfg.de/e/rs20160420\\_1bvr096609.htm](http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.htm).

<sup>12</sup> M. MÖSTRL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, CMLR, 47, 405-436, 2010, 418.

<sup>13</sup> J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 137, 2013; M. LAZE, *La natura giuridica della legge di bilancio: una questione ancora attuale*, *Rivista AIC*, 2/2019.

<sup>14</sup> E. GUILLEN LÓPEZ, *La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 20, 2013. F. MEOLA, *Governare per decreto. Sistema delle fonti e forma di governo alla ricerca della rappresentanza perduta*, *Rivista AIC*, 3, 2019.

<sup>15</sup> A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 20, 2013; A. RUSSO, *La dimensión del sector y de las administraciones públicas en Italia. ¿Una película centralizadora en rodaje?*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 20, 2013.

debate sobre los derechos fundamentales como límite frente a las medidas de austeridad no ha cogido vuelo, a excepción del suscitado por el Tribunal Constitucional portugués y su inteligente uso del principio de igualdad como criterio para ordenar el reparto de cargas<sup>16</sup>.

Tampoco en el TEDH o el TJ, que han valorado las medidas de austeridad desde las exigencias del derecho de propiedad (o incluso de la vida privada). En ambos casos los resultados han sido mínimos. El TEDH se ha mantenido en su doctrina clásica, que en virtud del margen de apreciación deja un amplio espacio a los Estados para distribuir la incidencia de las medidas frente a la crisis<sup>17</sup>. Mucho más limitada ha sido la doctrina del TJ, que durante mucho tiempo simplemente inadmitió a trámite los recursos contra las decisiones del Eurogrupo o el MEDE, y aunque esta rigidez se ha reblandecido, las cuestiones relativas al fondo no han incorporado novedades dogmáticas (propiedad) o simplemente se han desenvuelto en ámbitos extraños a los derechos fundamentales (responsabilidad extracontractual)<sup>18</sup>.

Llegados a este punto podríamos decir que lo llamativo es que no ha surgido ninguna novedad dogmática en torno a los derechos fundamentales por influencia de la crisis (no ha habido un viraje al estilo de la jurisprudencia del TS americano en torno al *New Deal*). La verdad es que el principio de neutralidad constitucional en los aspectos económicos (principio que hoy es una verdad a medias, porque el Derecho de la Unión es cualquier cosa menos neutral) ha ensombrecido a los derechos fundamentales, cuya intensidad normativa se ha visto aminorada dado el amplio margen de actuación del Gobierno o del Parlamento. En definitiva, la organización de la crisis y con ella la organización de la economía sigue siendo una cuestión política antes que jurídica.

La excepción ha sido el TCFA alemán. Me refiero a su amplia doctrina en torno a las medidas de rescate que obligaban a la Ha-

<sup>16</sup> J. PONCE, *El Estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 23, 2015.

<sup>17</sup> D. DOBRE, *El impacto de las medidas de austeridad sobre el derecho de propiedad. Un análisis jurisprudencial*, en prensa (2020).

<sup>18</sup> J. DONAIRE VILLA, *¿Los derechos en serio en la Eurozona? Los recortes, las condicionalidades, la Carta y el Tribunal de justicia*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 29, 2018.

cienda alemana (a los alemanes, en definitiva) a transferir sus recursos a otros Estados. Se trata, sin embargo, de una excepción particular porque pese a que los litigios han girado en torno a un derecho fundamental, el reconocido en el artículo 38, es obvio que los términos de la discusión constitucional se han planteado sobre la democracia y no sobre la extensión de la libertad individual frente a las medidas de rescate. La cuestión que han debatido los alemanes, y en la que el TCFA ha marcado un patrón esencial, ha tenido que ver con la propia esencia del *demos* alemán, no sobre el estatus de cada ciudadano en ese *demos* o su posición frente al poder público<sup>19</sup>.

Estas circunstancias dicen mucho de la capacidad de nuestra disciplina para ordenar los conflictos sociales. Si uno sale del específico ámbito jurídico-constitucional, la conexión de la crisis con los derechos fundamentales es un lugar común (más bien de los derechos humanos; basta pensar en los documentos del Consejo de Europa, *The impact of the economic crisis and austerity measures on human rights in Europe*). En verdad, lo que se discute es cómo la crisis ha afectado de manera sustancial al modelo social europeo, que siquiera como paradigma, centraba sus premisas en una educación y una sanidad universal, así como en un modelo de pensiones construido sobre la solidaridad intergeneracional. El debate está ahí, pero hemos asumido que no es un debate constitucional, por más que sea eminentemente político. No obstante, debemos estar atentos porque el conflicto siempre demanda soluciones jurídicas y puede ocurrir que si los derechos fundamentales no las dan, se trasladen a otros campos del derecho.

Un buen ejemplo de lo dicho es España. Gran parte de nuestra crisis económica, sino toda, surge de una burbuja de la construcción que genera una deuda privada inmanejable para el sector bancario, lo que acaba exigiendo una intervención pública (española y europea) que salve el colapso bancario<sup>20</sup>. ¿Quién es responsable de la mala valoración de los riesgos a la hora de conceder hipotecas? ¿Quién debe arrostrar, por tanto, el coste de la redistribución de la riqueza? Estas son dos preguntas políticas esenciales que en España

<sup>19</sup> M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2015, 946.

<sup>20</sup> A. AGUILAR CALAHORRO, *La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. (La eficacia de la directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ)*, en AA.VV., *Desabucios y ejecuciones hipotecarias*, Tirant Lo Blanch, 2014, 509.

han tenido una respuesta jurídica, esencialmente a través del derecho de protección de los consumidores, es decir, a través del derecho privado. El derecho constitucional no ha jugado ningún papel en la articulación de la crisis.

3. *La reconstrucción del demos: ¿los derechos fundamentales como parte de la identidad constitucional?*

El derecho constitucional y en especial los derechos fundamentales cumplen la finalidad de neutralizar el conflicto, canalizando el pluralismo hacia una unidad de poder<sup>21</sup>. Además, en el trasfondo del derecho constitucional siempre ha latido una idea de libertad política; en este sentido, tras la Segunda Guerra Mundial se impuso la concepción de que la libertad individual necesitaba el impulso protector del Estado<sup>22</sup>. Luego se ha completado con una comprensión de la libertad inclusiva, que incorpora a aquellas personas históricamente estigmatizadas por sus condiciones personales. No hay duda de que el derecho constitucional ha sido desde la segunda mitad del siglo XX un derecho para los derechos, que han ampliado la base social de la Constitución<sup>23</sup>. En este punto cabe preguntarse si los derechos fundamentales están llamados a ser un elemento dogmático fundamental en lo que parecen ser los grandes conflictos políticos del momento: la fragilidad del poder público, la reconstrucción del demos y la puesta en cuestión de los valores constitucionales.

La crisis económica ha hecho evidente la fragilidad del poder público. Ya conocíamos que el Estado no era capaz de solventar por sí mismo determinados problemas; ahora también sabemos que la Unión, llamada a completar al Estado, tampoco dispone de los instrumentos que la harían operativa para afrontar ciertos retos. Hay muchas soluciones sobre el papel, pero no se desata la voluntad política necesaria. Este dilema apela a la principal función del derecho

<sup>21</sup> K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit.

<sup>22</sup> P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., C.F. Müller, 1983, 126.

<sup>23</sup> D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, en AA.VV., *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, 63.

constitucional: crear poder. Sin embargo, no parece que sea una cuestión resoluble mediante los derechos fundamentales.

Seguramente, derivado del problema anterior, de la incapacidad del poder público de generar soluciones, nace un impulso en muchos de nuestros países para redefinir la comunidad política. Este asunto posee una manifestación *ad extra*, conceptualizada con el término de identidad constitucional<sup>24</sup>. Pero qué sea la identidad constitucional es una de esas incógnitas aún por resolver. Si analizamos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es útil más que nada para preservar específicas normas constitucionales, como son las prohibiciones<sup>25</sup>. Si estudiamos los Tribunales Constitucionales, sí parece que pueda ser útil para cobijar ciertos derechos fundamentales, en especial, aquellos relativos al núcleo del proceso penal.

El tema también se desarrolla *ad intra*. Y aquí sí que tenemos dos campos en los que los derechos fundamentales han jugado y están jugando un papel clave: inmigración y libertad religiosa. No están dando lugar a grandes novedades dogmáticas, pero sí a regulaciones legislativas y jurisprudenciales en las que se exploran los caminos de equilibrio entre el respeto a la diversidad y a la dignidad humana, junto a la cohesión social. Pero, sobre todo, el primero de los asuntos, la inmigración y los derechos fundamentales, se ha convertido en un punto de engarce clave en el debate político en cuanto que logra reunir los distintos conflictos: crisis económica, crisis del proceso de integración y problemas de seguridad.

Pero nuestros Estados se enfrentan a un nuevo reto, como es el surgimiento de partidos que ponen directamente en discusión los valores constitucionales, fenómeno que entronca de algún modo con algunos Estados de la Unión (Polonia y Hungría), que han hecho de esta circunstancia una política de Estado. No se trata ya de que los derechos fundamentales sirvan para articular el conflicto, sino de

<sup>24</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Legitimidad “activa” y legitimidad “pasiva” de los Tribunales Constitucionales en el espacio constitucional europeo*, *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 2014; C. SCHÖNBERGER, *Identitätärerä? Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 63, 2015.

<sup>25</sup> M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia*, *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017.

<sup>26</sup> A. VON BOGDANDY, *Principles and challenges of a European doctrine of systemic deficiencies*, *MPIL research paper series*, no. 2019-14.

que los derechos fundamentales son parte del conflicto<sup>26</sup>. De manera inédita, los derechos fundamentales comienzan a convertirse en un concepto “esencialmente discutido”<sup>27</sup> y a utilizarse en el fragor de la política, tanto en términos agresivos<sup>28</sup> como defensivos<sup>29</sup>. A diferencia de Weimar, cuando los derechos fundamentales buscaban asentarse y realmente se producían movimientos alrededor de la lucha por materializar los derechos, hoy los derechos se entienden como una necesidad lógica del Estado constitucional. Por ello, su puesta en discusión revela tensiones inéditas que rompen todos los tabús, abriendo una batalla cultural. Más que nunca, estamos obligados a subrayar el valor de los derechos. Gracias a la obra de Paolo, incluso en tiempos de tribulación, existe la esperanza.

### *Abstracts*

Con il presente lavoro intendo analizzare il ruolo svolto dai diritti fondamentali nelle ultime tre crisi che hanno condizionato il costituzionalismo: la crisi della sicurezza, la crisi economica e la crisi delle dimostrazioni. Per quanto riguarda il primo, vengono prese in considerazione le conseguenze che uno specifico modello di violenza ha portato ai diritti fondamentali, trasformandone la struttura. In attenzione alla crisi economica, viene evidenziato il ruolo minore che hanno svolto. E nella crisi delle dimostrazioni, si pone il modo in cui le attuali circostanze finiscono per discutere l'utilità dei diritti fondamentali come strumento politico-costituzionale.

I intend in this paper to analyze the role that fundamental rights have played in the last three crises that have conditioned constitutionalism: the security crisis, the economic crisis and the crisis of the demos. Regarding the first, the consequences that a specific model of violence has brought on fundamental rights, transforming its struc-

<sup>27</sup> En los términos de W.B. GALLIE, *Essentially contested concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-56, 167-198.

<sup>28</sup> Véase al respecto, D. KOSAŘ, J. BAROŠ Y P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism*, *European Constitutional Law Review*, 15: 427-461, 2019.

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión, Situación y posibles próximas etapas, 3.4.2019, COM (2019) 163 final.

ture, are taken into account. In attention to the economic crisis, it is highlighted the minor role that fundamental rights have played. And in the crisis of the demos, it is posed how the current circumstances end up discussing the usefulness of fundamental rights as a political-constitutional instrument.