



# CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN

TRANSFORMACIONES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN (Coordinador)

Prólogo de Luis María Díez-Picazo



# **CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN**

TRANSFORMACIONES DEL  
ESTADO CONSTITUCIONAL

**COLECCIÓN ACTAS** Nº 5

Director: José Tudela Aranda

fundación

**Manuel Giménez Abad**

de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico



# **CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN**

TRANSFORMACIONES DEL  
ESTADO CONSTITUCIONAL

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN (COORDINADOR)

  
fundación  
**Manuel Giménez Abad**  
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

Sede: Palacio de la Aljafería  
E-50004 Zaragoza  
T: 976 28 97 15  
E-mail: [fundacion@fundacionmgimenezabad.es](mailto:fundacion@fundacionmgimenezabad.es)  
[www.fundacionmgimenezabad.es](http://www.fundacionmgimenezabad.es)

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

Zaragoza, 2013

© Fundación Manuel Giménez Abad  
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

ISBN: 978-84-939848-7-8  
Depósito Legal: Z 1180-2013

Diseño de la colección: Inés Bullich

Impresión: Artes Gráficas San Francisco

# ÍNDICE

## **13 PRESENTACIÓN**

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

## **17 PRÓLOGO**

Luis María Díez-Picazo

## **23 TRANSFORMACIONES DE LA ESTRUCTURA DEL PODER ESTATAL EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN. APUNTES PARA UN DEBATE**

Josep M<sup>a</sup> Castellà Andreu

- 24 I. ACOTACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA ¿EL DERECHO CONSTITUCIONAL QUE HEMOS ESTUDIADO SIRVE PARA ENTENDER LO QUE ESTÁ OCURRIENDO EN EUROPA?
- 27 II. CONTEXTO: IMPACTO DE LA(S) CRISIS Y ESTADO DE EMERGENCIA
- 34 III. FALSAS SALIDAS Y TENTACIONES
- 36 IV. LA CRISIS DEL ESTADO COMO FORMA (EXCLUSIVA) DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA
- 43 V. ALGUNAS EXPLICACIONES TEÓRICAS
- 48 VI. BREVES CONCLUSIONES

## **51 GLOBALIZACIÓN, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA**

Miguel Angel Presno Linera

- 52 I. APROXIMACIÓN
- 58 II. ESTADO LIBERAL, SOBERANÍA NACIONAL, LEGITIMIDAD RACIONAL Y DISTINCIÓN ENTRE CIUDADANOS “ACTIVOS” Y “PASIVOS”
- 63 III. ESTADO DEMOCRÁTICO, SOBERANÍA POPULAR, LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DESAPARICIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE CIUDADANOS “ACTIVOS” Y “PASIVOS”
- 68 IV. CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DEBE PERTENECER A LAS PERSONAS SUJETAS A ELLA DE MODO CONTINUADO

## **79 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN (ENSAYO)**

Francisco Javier Matia Portilla

- 80 I. INTENCIONES
- 82 II. LOS DERECHOS CIVILES
- 95 III. LOS DERECHOS SOCIALES: UN RIESGO EXISTENCIAL Y OTRO AÑADIDO
- 98 IV. LOS DERECHOS POLÍTICOS
- 100 V. A MODO DE CONCLUSIÓN

**103 LA METAMORFOSIS DEL TÍTULO I A CAUSA DEL  
DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO**

Abraham Barrero Ortega

**121 LOS TRIBUNALES EUROPEOS**

Ascensión Elvira Perales

122 I. INTRODUCCIÓN

123 II. LOS DOS TRIBUNALES EUROPEOS

137 III. DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y EUROPEOS

**143 LA TRANSFORMACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS  
PROCESALES COMO CONSECUENCIA  
DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS**

Alicia González Alonso

144 I. EL ARTÍCULO 6.1 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS  
HUMANOS: UN AMALGAMA DE TRADICIONES JURÍDICAS

149 II. EL DERECHO AL REMEDIO EFECTIVO PARA LA GARANTÍA  
DE LOS DERECHOS DEL ART. 6.1 CEDH: ¿LA INTRODUCCIÓN  
DE MECANISMOS PROPIOS DE LA TRADICIÓN ANGLOSAJONA  
EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*?

## **165 LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN**

María Luz Martínez Alarcón

- 166 I. SOBRE LA NECESIDAD DE MODIFICAR SUSTANCIALMENTE NUESTRO MÉTODO DE TRABAJO
- 172 II. EL DESFASE ENTRE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA GLOBALIZACIÓN POLÍTICA-JURÍDICA. EL CASO ESPECIAL DE LA REGLA DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA
- 178 III. EL ESTADO SOCIAL NO ES LA CAUSA DE LA CRISIS QUE PADECEMOS. AMORTIGUA SUS EFECTOS
- 181 IV. ¿PUEDEN CONVIVIR LA IDEOLOGÍA JURÍDICA DEL *WELFARE STATE* Y LA REGLA DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA?
- 193 V. A MODO DE EPÍLOGO: LA BÚSQUEDA DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL

## **201 GLOBALIZACIÓN Y EXTRANJERÍA**

Luis E. Delgado del Rincón

- 202 I. INTRODUCCIÓN: LA CONFIGURACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS
- 208 II. LA COMPLEJA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN, EN PARTICULAR LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES
- 217 III. LOS DERECHOS DE ACCESO A LA EDUCACIÓN Y A LA SANIDAD COMO PILARES BÁSICOS PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES EN UN MUNDO GLOBALIZADO

**247 ESTADO CONSTITUCIONAL, INMIGRACIÓN  
Y GLOBALIZACIÓN**

J. Alberto del Real Alcalá

248 I. INTRODUCCIÓN: GLOBALIZACIÓN, ESTADO CONSTITUCIONAL  
Y EL CASO DE LA INMIGRACIÓN “IRREGULAR”

249 II. ARGUMENTAR LA LEGALIDAD Y ARGUMENTAR  
LA ILEGALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO  
EN RELACIÓN A LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

261 III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA REGLA  
DE LA “BIVALENCIA JURÍDICA”

265 IV. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA REGLA DE QUE  
“TODO LO QUE NO ES CLARAMENTE LEGAL ES  
(MANIFIESTAMENTE) ILEGAL”

268 V. CONCLUSIÓN

**273 SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN**

Manuel Fondevila Marón

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN (ENSAYO<sup>1</sup>)

Francisco Javier Matia Portilla  
*Profesor de Derecho Constitucional (ApC)*  
*Universidad de Valladolid*

## SUMARIO:

### I. INTENCIONES

### II. LOS DERECHOS CIVILES

### III. LOS DERECHOS SOCIALES: UN RIESGO EXISTENCIAL Y OTRO AÑADIDO

### IV. LOS DERECHOS POLÍTICOS

### V. A MODO DE CONCLUSIÓN

---

1 El presente texto recoge las principales ideas expuestas en la Ponencia en su día defendida, a la que he añadido las notas imprescindibles para su correcta comprensión. Quisiera mostrar mi más sincero agradecimiento a I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES y F. REVIRIEGO PICÓN por la invitación cursada, y por haber seguido aprendiendo de y con ellos.

## I. INTENCIONES

Una de las cuestiones más dilemáticas de la segunda mitad del Siglo XX ha sido el de la globalización, y sus efectos sobre la cultura de los distintos pueblos<sup>2</sup>. Del esta cultura social forman parte destacada los derechos fundamentales<sup>3</sup>. No es que estos no tengan, obviamente, naturaleza jurídica, Es que expresan, además, unos valores socialmente enraizados y que, precisamente por ello, reclaman su respeto y vigencia (jurídica). Ésta y no otra es la principal justificación del Estado constitucional.

Establecida, pues, la eventual incidencia de la globalización en los derechos fundamentales, podríamos poner aquí punto y final a esta brevísima introducción, para comenzar a examinar qué derechos y en qué medida se ven afectados por la citada globalización.

Sin embargo, antes de entrar en esta cuestión, conviene aclarar que junto a la globalización hay otro fenómeno que, aunque íntimamente vinculado con aquél, presenta también cierta autonomía conceptual, y que es la denominada sociedad de la información. Aunque no resulta preciso, ni siquiera

---

2 Es clásico, por ejemplo, el debate, íntimamente relacionado con esta cuestión, sobre pluralismo, multiculturalismo e interculturalismo, en el que ha alcanzado justificada difusión el trabajo del profesor G. SARTORI sobre *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus. Madrid, 2002. Pero, ya antes, podemos encontrar lúcidas manifestaciones artísticas sobre la conveniencia y la dificultad de imponer un patrón social dominante y de asumir los procesos históricos que se suceden, cada vez, con mayor rapidez. Estoy pensando en la película *El pequeño salvaje* (François Truffaut, 1969) y en las espléndidas memorias de S. ZWEIG (*El mundo de ayer: memorias de un europeo*. Alcantilado. Barcelona, 2002).

3 Podría argumentarse, claro está, que existe un poso común en los países occidentales, en los que existen dos modelos. El europeo, en el que socialmente se pretende conjugar la libertad con la igualdad (material), y el anglosajón, donde se confiere mayor realce al primer elemento señalado. Siendo esto sustancialmente cierto, es posible rastrear la existencia de importantes matices en cómo se articulan, en cada país europeo continental, esa libertad y esa igualdad. Por poner algunos ejemplos obvios, resulta evidente que la proclamación de la dignidad en el artículo 1 de la Constitución de Alemania guarda relación con la experiencia vivida con el holocausto, o que la dimensión de la libertad individual francesa (art. 66) tiene más que ver con la noción anglosajona de la vida privada que nuestra reconocida intimidad (art. 18.1 CE), o que el honor tiene en nuestro país una importancia muy destacada sobre otros países de nuestro entorno, y presente ya en obras tan dispares como son *El Quijote*, *El Lazarillo de Tormes* o la (por algo denominada) *fiesta nacional*. No deben sorprendernos estos matices. Los derechos fundamentales lo son, entre otras razones, porque son socialmente sentidos. Ver nota 5.

conveniente, determinar si estamos ante dos manifestaciones de un mismo fenómeno o si la sociedad de la información aporta características específicas y posiblemente diferenciadas en relación con la globalización<sup>4</sup>, sí que puede resultar útil subrayar un dato fáctico, y que será relevante cuando abordemos el examen de la incidencia de la globalización en determinados derechos fundamentales: frente a las sociedades de hace medio siglo, en las que la homogeneidad social estaba garantizada porque casi todos sus miembros compartían, desde sus vidas individuales, experiencias compartidas, hoy existen casi tantos universos paralelos como personas.

Mientras que la globalización cultural nos lleva a compartir el acceso a los mismos contenidos, la gran ventana que supone internet hace que cada uno se (con)forme, prácticamente, a la carta. Por decirlo con otras palabras: si era harto probable que un chaval de quince años, hace medio siglo, tuviera una vida muy parecida a otra persona de su edad, hoy podríamos apostar con que de diez chicos, seis o siete habrán hecho cosas distintas cada día. Visto así, la sociedad de la información puede atenuar el impacto de la globalización, permitiendo una esfera de individualidad que se ha agudizado en estos tiempos.

Por otra parte, resulta también evidente que el mundo hoy nos parece más pequeño. El desarrollo tecnológico, el mayor desarrollo cultural y el abaratamiento, por su masificación, de los transportes, hace que nuestra mirada pueda ser muchísimo más amplia de la que tenían, por lo general, nuestros próceres. Y eso, claro, modifica también nuestras perspectivas, que ya no se anudan a una sociedad ni homogénea ni inevitable.

Resulta pertinente contextualizar las siguientes líneas desde estas premisas, que marcan un contexto nuevo en un viejo pueblo nacional. Un pueblo que, como elemento del Estado, ha experimentado también profundas alteraciones que será preciso tomar en consideración.

---

4 Mientras que para algunos autores globalización y sociedad de la información son caras de una misma moneda, para otros autores esta última es una evolución de aquélla. Ver, a título de ejemplo, BERNAL-MEZA, R. y ALBERTO MASERA, G.: "Sociedad de la información: etapa posterior de la globalización/mundialización. Desafíos y riesgos para América latina", *Realidad Económica*, núm. 227, 2007.

Finalmente, he aclarado en el título del presente escrito que pretendo realizar un ensayo, una reflexión personal sobre un conjunto de cuestiones de muy distinta índole. Se trata, lo adelanto ya, de una aproximación global a una serie de problemas de muy distinto origen y alcance. El examen detenido de cualquiera de ellos exigiría una profundidad y extensión incompatible con el encargo recibido. He optado, pues, por plantear algunos problemas, ilustrarlos con casos, a veces reales y otros tomados de la ficción, y opinar libremente sobre ellos.

Seguiremos, a partir de este momento, un esquema clásico, valiéndonos de la tradicional clasificación que permite diferenciar los derechos entre los civiles, los sociales y, finalmente, los políticos.

## II. LOS DERECHOS CIVILES

### II.1. La falta de sintonía entre la normativa y la realidad social

Hemos indicado ya que los derechos fundamentales forman parte del patrimonio cultural de un país. Ocurre, sin embargo, que la realidad social es, por definición, cambiante. Cosas que hace treinta años nos parecían bien (o, al menos, que no nos parecían mal), resultan hoy socialmente inaceptables, y al revés.

Y aquí comienzan los problemas: en ocasiones, porque la normativa huye de la realidad social (es decir, por defecto). En otras porque la regulación va mucho más lejos de lo razonable, excediéndose, lo que genera su ineficacia social. Fue Kelsen<sup>5</sup>, no lo olvidemos, el que vinculaba la eficacia al respeto social del Derecho, y aunque se haya impuesto una visión iuspositivista del principio de eficacia, sigue siendo útil la reflexión en su día realizada por el jurista austriaco.

Algunos ejemplos pueden plantearse en los que se constata esa falta de sintonía entre el derecho y la realidad, ese divorcio que lleva al incumplimiento de aquél.

---

5 *Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 1960). UNAM, Ciudad de México, 1982, pág. 224.

a) El aborto sigue siendo en España un delito. Este recordatorio, que puede parecer obvio, no lo es tanto. Si yo les preguntara cuantos de ustedes son partidarios de que se imponga una condena que implique privación de libertad a una mujer que aborta, al margen de las excepciones legalmente previstas, estoy casi seguro de que no levantarían muchos la mano. Me permitirán que subraye el dato de que, según relató la ex vicepresidenta del Gobierno de la Nación, el Fiscal General del Estado, Sr. Conde-Pumpido, ordenó, en el marco de una investigación centrada en una clínica abortiva (Isadora), que «se extremen las medidas para proteger la intimidad de las mujeres»<sup>6</sup>. Tal actuación es sorprendente si se recuerda que la justicia estaba investigando la presunta comisión de delitos. No lo es tanto, o no lo sentimos así al menos, porque tal declaración entronca con la idea, socialmente dominante, de que, por más que pueda repugnar la práctica del aborto, resulta en todo caso inadecuada la persecución penal de las mujeres que interrumpen voluntariamente su embarazo.

b) Lo mismo ha pasado con la eutanasia y el difundido proceso penal que originó la muerte de Ramón Sampredo. Como es bien sabido, tras la prescripción del (eventual) delito de auxilio al suicidio, una amiga de Sampredo reconoció que le ayudó a morir<sup>7</sup>. Unos meses más tarde, se archivó el caso de la muerte, en extrañas circunstancias, del pentapléjico vallisoletano Jorge León Escudero, producida cinco meses antes<sup>8</sup>.

Existe un divorcio evidente entre la percepción legal de la cooperación al suicidio, y más en general, de la eutanasia, y la visión de muchas personas, y muy especialmente, de los jóvenes<sup>9</sup>.

6 Cfr. *El Mundo*, 15.01.2008, pág. 26. Precisamente, en el día que envió la versión definitiva de este trabajo se publica que la semana que viene declararán en dicha causa en torno a un centenar de mujeres, lo que reabre la cuestión. Aunque siempre sea arriesgado avanzar un pronóstico, dudo mucho que ninguna de ellas resulte imputada, y más aún que resulte condenada. *On verra...*

7 Cfr. *El Mundo*, 11.01.2005, sobre los hechos acaecidos el 12 de enero de 1998.

8 Cfr. *El Mundo* (edición de Valladolid), 23.09.2006, pág. 7.

9 Al menos, el apoyo de los alumnos de Derecho Constitucional del campus de Segovia de la Universidad de Valladolid a la eutanasia es abrumador. Y esta tónica se repite desde el curso académico 2007-2008, aunque sigo teniendo serias objeciones a tal parecer.

c) El tercer ejemplo que quiero ponerles también es, a mi modesto entender, de libro. Me refiero a la nula vigencia social del derecho a la propiedad intelectual en internet.

Las leyes penales pueden castigar, como hacen, el acceso a contenidos protegidos por derechos de autor, pero no existen muchos órganos judiciales que extraigan consecuencias efectivas de dicha prohibición. Hemos visto argumentaciones, algunas de ellas imaginativas, otras disparatadas, cuya única finalidad es absolver a las personas que, en el menos grave de los casos, han descargado contenidos de pago de forma gratuita. El argumento, no por más manido discutible, de que no hay lucro en tal actuación, que olvida el cesante, ha servido para inaplicar una disposición penal. No debe extrañarnos tal proceder: ¿cómo una persona va a condenar penalmente a otra por un comportamiento que muchos realizan a diario?<sup>10</sup>

Este ejemplo sí que está directamente vinculado con la globalización, y más en particular, con el carácter abierto de Internet, imprescindible en cualquier sistema democrático que se precie. Que las medidas que pretenden impedir el intercambio de archivo no son eficientes, lo demuestra la propia evolución habida, que arrancó con el software napter, recaló después en los programas emule y a torrent, evolucionó hacia páginas de descarga directa y está volviendo ahora a los anónimos sistemas de intercambio de ficheros ya citados<sup>11</sup>.

d) El último ejemplo es especialmente relevante, dado que los problemas provienen aquí de una protección tan exagerada de un derecho fundamental

---

10 La dimensión jurídica que subyace tanto en este caso como en el referido al aborto, es si no constituye desproporcionada una sanción penal en estos casos. Si realmente sigue siendo cierto que en estos y otros supuestos sigue actuando el Derecho penal como *ultima ratio*. Ver, carácter general, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: "Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional". *Revista de Derecho Penal* núm. 25, 2008, págs. 11-49 y, ahora específicamente, OSORIO MORENO, C. A.: "¿Es legítima la protección pena de los derechos morales de autor? *Opinión Jurídica*, núm. 18, 2010, págs. 143-158.

11 Fundamentalmente, emule y torrent, a los que habría que añadir la plataforma ares. Coincido con el director Alex de la Iglesia en que será preciso buscar soluciones distintas a la punitiva, dado que el sistema de intercambio de ficheros no puede ser liquidado, ya que, paradójicamente, se está usando para la venta legal de los mismos contenidos, musicales, videográficos y editoriales, que se están pirateando.

que, por mucha voluntad que se tenga, es imposible de alcanzar. Me refiero al derecho a la protección de datos de carácter personal, cuya extensión es inabarcable.

Por ejemplo, ¿saben ustedes que constituye una infracción leve el enviar un correo electrónico a diversos destinatarios sin ocultar las direcciones electrónicas de éstos, por vulnerar el deber de secreto, lo que conlleva una sanción de entre 601,01 y 60.101,21 euros?<sup>12</sup> ¿O que basta con un abogado tenga un cliente que haya tenido problemas de salud o que se vea implicado en procesos que afecten seriamente a su intimidad para que sea legalmente obligado a someter su fichero de clientes a las exigencias más duras de las posibles?<sup>13</sup>

Resulta evidente que casi todos los presentes en la Sala incumplimos estas previsiones a menudo. No resulta razonable rodear de tales exigencias la cautela de un derecho que lo hagan imposible en la práctica<sup>14</sup>.

Es de justicia reseñar, pese a todo, que Internet plantea muchos problemas relacionados con el derecho a la intimidad, como puede ser la derivada

---

12 *Cf.* Resoluciones de la Agencia de Protección de Datos PS/ 00342/2005 ó PS/00155/2009.

13 Art. 81 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

14 No deja de ser paradójico, por lo demás, que estas garantías no sean tan respetuosas cuando se trata de controlar a las poderosas empresas. Es oportuno recordar, por ejemplo, que el consentimiento puede no ser expreso, en contra de lo previsto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 6), cuando afecta a la promoción comercial de los servicios de telecomunicaciones. Para estos casos, el derogado artículo 65.3 del RD 1736/1998, de 31 de julio establecía que “los operadores deberán dirigirse a los abonados, al menos, con un mes de antelación al inicio de la promoción, requiriendo su consentimiento que, de producirse, será válido hasta que los abonados lo dejen sin efecto de modo expreso. Si en el plazo de un mes desde que el abonado reciba la solicitud, éste no se hubiese pronunciado al respecto, se entenderá que consiente, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria séptima”. Osea que frente al consentimiento expreso de la Ley orgánica, se presume aquí que concurre si no hay oposición. Curiosa forma de proteger el derecho.... ¿cómo puede justificarse tan aparente contradicción, que se mantiene hoy en art. 65.3 del RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios? Según la Agencia, estamos ante una norma especial, que tiene por sorprendente efecto inaplicar un derecho recogido en una Ley Orgánica.

del uso de fotografías personales ajenas, comentarios en redes sociales, y con otras variables que, aunque muy de moda (en especial, el denominado derecho al olvido), son más discutibles de lo que parece a primera vista. El control de las IPs está también presente como materia de creciente interés doctrinal<sup>15</sup>.

Dejando ahora de lado estas últimas manifestaciones, resulta razonable defender que el legislador trate de amoldar el derecho y la realidad social en la que se aplica. No quiere decirse, es obvio, que el Derecho deba ceder siempre su vocación de ordenar la vida social (de garantizar el orden público constitucional<sup>16</sup>), pero sí de evitar que exista un divorcio entre el Derecho y la práctica social que genera, cuando menos, inseguridad jurídica y posibilita la utilización arbitraria del Derecho. Son peligros que deberían conjurarse con valentía, abriéndose un serio debate público sobre estas materias y, en su caso, realizándose una correcta explicación que sirva para que los justiciables entiendan el sentido, alcance y profundidad de las limitaciones que el Estado, en sentido amplio, establece en relación con su libertad.

## **II.2. Los conflictos latentes entre la libertad y otros derechos, fines o intereses**

### *II.2.1. Libertad vs. Seguridad*

Hace muchos años defendí que “el orden público [constitucional] delimita los derechos fundamentales”, pero que es, al tiempo, “un elemento esencial y necesario para que los ciudadanos puedan ejercer tales derechos. El orden público es por ello, a la vez, límite y garantía de los derechos fundamentales”<sup>17</sup>. Señalo esto para que entiendan que no soy timorato en

15 Esta cuestión se aborda tangencialmente en la comunicación presentado por Ignacio Álvarez Rodríguez a estas Jornadas sobre “Temor del Leviathan: derecho a la intimidad, acceso a los datos informáticos y criterios jurisprudenciales”. Por cierto, que también presenta interés teórico el análisis de los delitos informáticos y el uso de las nuevas tecnologías en la comisión de tipos penales convencionales (como es, en el caso examinado por el autor y por el Tribunal Constitucional en la STC 173/2011, de 7 de noviembre, el de distribución de material pedófilo).

16 Sobre esta noción, vid MATIA PORTILLA, F. J.: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw Hill. Madrid, 1997, capítulo primero de la segunda parte.

17 *Idem*.

la idea de entender que el ejercicio de nuestros derechos fundamentales debe conciliarse con los derechos de los demás.

Sin embargo, es igualmente cierto que en los últimos años existe una creciente preocupación derivada de la necesidad de preservar la seguridad, y que se fundamenta, en esta época, en el terrorismo internacional y, muy especialmente, en el vinculado al movimiento yihadista, tristemente protagonizado por Al-Qaeda. Afortunadamente, el terrorismo globalizado, que genera mayores peligros, puede ser combatido, entre otras formas, aprovechando los avances tecnológicos.

Todos hemos oído hablar, por ejemplo, de los programas Echelon y Carnivore. El primero depende de la Comunidad UKUSA<sup>18</sup>, en la que participan, además de Reino Unido y Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Es una red que se dedica a rastrear, de manera manifiestamente ilegal, las comunicaciones técnicas referidas a determinadas materias de interés, mediante el uso de diccionarios que recojan términos sospechosos (referidos a drogas, personas, o instituciones, entre otros), y a través de satélites espía<sup>19</sup>.

Carnivore puede ser presentado de forma más amable. Es una aplicación del FBI que puede ser utilizada para, habida una orden judicial, rastrear el uso que una persona hace de la red. Se puede configurar a gusto, lo que permite adecuarse al alcance de la orden judicial recibida, ya sea determinando las páginas visitadas, el correo electrónico transmitido, los ficheros descargados, etc.

También ha sido polémico entre nosotros el eventual uso de los escáneres de rayos x en los aeropuertos, pero hay iniciativas que, si bien pueden no resultar tan nocivas para nuestra salud, plantean también retos para nuestra intimidad, como son los escáneres biométricos (basados en el iris o en la huella dactilar) y, muy especialmente, el que se está desarrollando para realizar el *análisis de Hermes*, en el que se pretende prever los comportamientos

---

18 *United Kingdom-United States Security Agreement.*

19 *Cfr. <http://www.bibliotecapleyades.net/ciencia/echelon02.htm>.*

inusuales de la persona afectada<sup>20</sup>. ¿Esto ya ocurre en el momento de escribir estas líneas? Pues no lo sé, pero sí me atrevo a vaticinar que ocurrirá, y no tardando mucho. No creo que los avances tecnológicos mostrados en *Minority report*<sup>21</sup> estén muy lejos de las posibilidades técnicas, así que es mejor que nos vayamos preparando...

¿Son constitucionalmente admisibles estas limitaciones? A mi juicio, debemos huir de respuestas absolutas y demagógicas, en uno y otro sentido. Sí que me parece posible defender, en todo caso, que, si se estima precisa la instauración de controles preventivos en la red, estos encuentren cobertura legal y se inscriban en motivaciones constitucionalmente admisibles, cosa que no siempre ocurre. Otras medidas, como es el control de aeropuertos, deben ser respaldadas siempre que se regule convenientemente la custodia y destrucción de los archivos obtenidos.

### II.2.2. Libertad vs. Tolerancia

Otras tensiones tienen que ver con la tolerancia, y ésta se ha visto muy afectada por la globalización. Como ya se ha adelantado, nuestro país tenía una sociedad muy cohesionada hace unos cincuenta años. No era un reto difícil. La gente apenas viajaba, y vivía en un entorno social muy limitado en todos los sentidos (un canal de televisión, pocos y controlados libros, escasas opciones de ocio, etc...).

Nada tiene que ver esa realidad con la actual, en la que, como ya he indicado, es muy probable que cada una de las personas que está ahora en esta sala solamente coincida con algunas otras en alguna de las muchísimas

---

20 Hermes (*Human Expressive Representations of Motion and their Evaluation in Sequences*) es un sistema cognitivo que prevé el comportamiento humano y lo describe en lenguaje natural en el que está trabajando un grupo de investigadores europeos desde enero de 2010, coordinado por el Centro de Visión por Computador de la Universidad Autónoma de Barcelona. HERMES combina las cámaras de vídeo y un software. El comportamiento humano se analiza a partir de secuencias de vídeo desde tres enfoques. El primero muestra al individuo relativamente alejado. El segundo analiza las posturas al capturar la imagen de su cuerpo. Finalmente, el tercero se dirige al rostro, analizando expresiones faciales. Información extraída de Benavente Paz, Victoria: "Vuelos más seguros, ¿derechos en peligro?: Cara y cruz de los nuevos sistemas de seguridad y vigilancia", disponible en <http://suite101.net/article/vuelos-ms-seguros-derechos-en-peligro-a9246>.

21 Steven Spielberg, 2002.

actividades que realiza cada día. Es todo tan complejo (o tan sencillo, como se vea) que una persona que vive a mi lado puede moverse en un universo vital absolutamente divergente del mío. Y este movimiento se facilita aun más por la movilidad geográfica propia de nuestros tiempos. Esta evolución explica que nuestro entorno social sea hoy pluralista, lo que afecta a comportamientos éticos, sociales y religiosos de todo tipo.

De ahí que, lógicamente, la tolerancia nos parezca hoy, si cabe, más imprescindible en esta sociedad globalizada. Pero resulta evidente que el respeto a la diversidad no puede aceptarse a cualquier coste. Por poner un ejemplo obvio, recordaré que, aunque la ablación del clítoris fuera tradicionalmente realizada en algunos países africanos e hispanoamericanos, como Colombia, constituye un delito en nuestro país, contemplado en art. 149.2 CP, sin que pueda justificarse su comisión en la tradición<sup>22</sup>.

Más reservas existen a si se pueden excluir determinadas ideologías del debate social y político. La cuestión es, desde luego, compleja, por lo que resulta conveniente huir de respuestas precipitadas, fáciles. Es oportuno recordar, en todo caso, que nuestro Tribunal Constitucional ha entendido, por ejemplo, que puede defenderse el negacionismo del holocausto nazi<sup>23</sup>, pero no justificarse<sup>24</sup>.

Dicho con otras palabras, los hechos pueden ser debatidos (acaso porque no pueda imponerse una verdad histórica), pero no todas las ideologías

---

22 Cfr. [http://es.wikipedia.org/wiki/Ablaci3n\\_de\\_clitoris](http://es.wikipedia.org/wiki/Ablaci3n_de_clitoris) sobre la ablación del clítoris, y la Sentencia AP Teruel (Sección 1ª) núm. 26/2011, de 15 noviembre (*ARP 2011\1364*), donde se recoge la idea subrayada en el texto.

23 Declarando parcialmente inconstitucional la expresión «nieguen o» en el primer inciso art. 607.2, STC 235/2007, de 7 noviembre (*RTC 2007\235*). Vid. BILBAO UBILLOS, J. M.: “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, págs. 299-352.

24 Por cierto, que el Tribunal Supremo ha entendido que para una condena penal en esta materia “Es preciso, además, que, bien por la forma y ámbito de la difusión, y por su contenido, vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos” (Sentencia 259/2011 del Tribunal Supremo –Sala de lo Penal, Sección 1ª–, de 12 de abril, RJ 2011\5727).

son constitucionalmente admisibles. Sin embargo, y en paralelo, nuestro Tribunal se opone al modelo de democracia militante en nuestra política, limitándose nuestra Ley de partidos políticos a expulsar de la contienda electoral a las formaciones que justifiquen o amparen la violencia terrorista<sup>25</sup>.

Otro frente de batalla, en lo que concierne a la tolerancia, es el de los símbolos religiosos (velo, burka) que, como es bien sabido, ha planteado un amplio debate en el ámbito escolar<sup>26</sup>. En una reciente Sentencia<sup>27</sup>, se confirma la sanción impuesta a una alumna por usar velo islámico, cubriendo su cabeza en contra de lo previsto en el Reglamento de régimen interior del colegio. Se utiliza para ello el discutible argumento, traído del Derecho francés, de que “la laicidad es un principio constitucional cuya defensa es primordial particularmente en los centros públicos”.

Compartimos ideológicamente dicha afirmación, pero es de justicia recordar que, en el campo del Derecho que es el que nos compete, nuestra Constitución no apuesta por la laicidad, sino por la neutralidad de los poderes públicos, lo

25 Especial interés presentan, en este contexto, la STC de Pleno 48/2003, de 12 de marzo, que avaló la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y el proceso de ilegalización de los partidos políticos Batasuna y Herri Batasuna, operada mediante la Sentencia de la Sala del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003. Aunque dicha resolución judicial fue cuestionada en amparo, las SSTC de la Sala Segunda 5/2004 (Batasuna) y 6/2004 (Herri Batasuna), ambas dictadas el 16 de enero, confirmaron su regularidad constitucional. Ambos partidos presentaron sendas demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, si bien fueron parcialmente admitidas a trámite a través del Auto de la Sección Quinta de 11 de diciembre de 2007, han sido finalmente desestimadas por Sentencia de 30 de junio de 2009. El principal interés de esta última resolución se encuentra en que no solamente avala el comportamiento de las autoridades españolas, sino que deja la puerta abierta a la eventual introducción, en nuestro país, de la democracia militante, al considerar compatible con el Convenio la exclusión de la contienda política de aquellas formaciones políticas que defiendan un cambio legislativo que sea incompatible con los principios democráticos fundamentales (*cf.* § 79).

26 Ver, con carácter general, GIMÉNEZ ROMERO, C.: “Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad”, *Educación y futuro*, núm. 8 (monográfico), 2003, disponible en <http://www.cesdonbosco.com/revista/impresasep06.asp> Ver también BARRERO ORTEGA, A.: “Asimilación, multiculturalismo extremo e integración (a propósito de las reivindicaciones identitarias fundadas en la libertad religiosa)”, GARCÍA ROCA, J. y ALBERTI ROVIRA, E. – Coords.: *Treinta años de Constitución*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pág 823 ss.).

27 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, núm. 35/2012, de 25 enero (*RJCA 2012\78*).

que es cosa bien distinta. Contrasta esta decisión con la desafortunada Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el difundido asunto Lautsi<sup>28</sup>, en la que se tolera el uso de la cruz en centros educativos públicos italianos).

La lectura conjunta de estas dos Sentencias que se acaban de recordar no deja de ser paradójica. Mientras que el TEDH admite que un Estado neutral ante el hecho religioso pueda situar símbolos vinculados con una determinada confesión en espacios públicos poblados por personas en formación, el particular, titular de un derecho fundamental a la libertad religiosa, puede ver condicionado el ejercicio de su derecho fundamental por una normativa interna de un colegio y referida a aspectos estéticos<sup>29</sup>. Si uno fuera mal pensado, podría concluir, parafraseando a Orwell<sup>30</sup>, que aunque todas las religiones son iguales entre sí, hay alguna (en singular) más *igual* que las restantes.

Por otra parte, y como contrapunto hasta lo indicado hasta ahora, resulta que la religión católica tolera mejor las críticas que otras confesiones, como quedó acreditado, fehacientemente, con lo ocurrido con la publicación de algunas caricaturas de Mahoma en distintas publicaciones europeas, que dieron lugar a airadas respuestas y a un frustrado atentado contra un concreto medio editorial danés que las incluyo, por el que han sido condenados sus autores a doce años de prisión.

Por cierto, los autores del mismo eran tres suecos de origen tunecino y un tunecino. Doy el dato porque, al igual que ha ocurrido en Francia, son nacionales europeos los que promueven causas nacidas en otros países<sup>31</sup>, dato que también puede tener que ver con la globalización.

28 Caso Lautsi et autres contra Italia. Sentencia de 18 marzo 2011 (TEDH 2011\31).

29 Cfr. REY MARTÍNEZ, F. "El problema constitucional del hijab". *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 10, 2010.

30 Aludo a su difundida obra *La rebelión en la granja*.

31 Cfr. <http://www.lavanguardia.com/internacional/20120604/54303788040/condena-12-anos-caricaturas-mahoma-diario-dinamarca.html>.

A la vista de estas consideraciones, podemos preguntarnos: ¿cuál es el coste de vivir en libertad? Pregunta retórica que, obviamente, no estoy en condiciones de responder...

### *II.2.3. Libertad y pulsión social*

Nunca he tenido claro por qué un delito, por ejemplo, es un hecho reseñable, una noticia. En los canales universitarios no damos noticia de que un alumno copie un trabajo o un examen. Es lógico que los escándalos en los que se ven implicados personajes públicos (especialmente, nuestros representantes políticos) encuentren reflejo en la prensa, pero... ¿Por qué se difunden delitos comunes cometidos por personas anónimas? Aunque el asunto no es reciente (recuerden el diario español *El caso*, fundado en 1952), resulta evidente que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la pluralidad de medios de comunicación, asociaciones y grupos de interés son factores que explican la mayor presencia en las noticias de delitos comunes.

La pregunta la pongo encima de la mesa porque a veces se legisla en caliente y por la presión social, dando lugar a normas de dudosa constitucionalidad. Esto ocurre, a mi juicio, que contrasta con el expresado por el Tribunal Constitucional en las difundidas SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 12/2008, de 29 de enero, con las normas que castigan más al hombre que a la mujer por conductas penales similares o con la imposición de listas equilibradas en los procesos electorales.

Aunque discrepe de esta forma de actuar, me parece que, al menos, en estas situaciones, el legislador democrático ha encauzado la presión social, y su parecer ha sido sometido al control del intérprete auténtico de la Constitución. No siempre tenemos tanta suerte. No es inhabitual que se aplique el derecho torticeramente para acallar así la presión social.

Es de justicia advertir, antes de poner algunos ejemplos, que estas deformaciones en la aplicación de las normas, que resultan comprensibles cuando las defienden ciudadanos de a pié, que no tienen por qué conocer los entresijos, límites y principios que orientan el Derecho penal, no admiten un pase cuando son realizadas por órganos e instituciones jurídicas a las que se les presume un cocimiento más preciso del Derecho.

Por esta última razón, y aunque es seguro que el titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sant Boi de Llobregat sufrió duros ataques, hizo bien en no decretar prisión provisional para el agresor racista del metro, al que muchos recordaremos por aquéllas tremendas imágenes<sup>32</sup>. Aunque el comportamiento era execrable, tenía razón el órgano judicial para negarse a decretar una medida cautelar que no guarda relación con la culpabilidad sino con otras circunstancias (huida, destrucción de pruebas) que no se daban en ese caso.

En otros casos, sin embargo, se ha forzado la legislación para hacer entrar en ella supuestos de hecho que no encajaban con naturalidad. Se trata, en ambos casos, de normas penales o restrictivas de derechos fundamentales, por lo que me parece que uno y otro supuesto son especialmente graves. Y eso con independencia de que las personas o formaciones afectadas no merezcan la más mínima consideración. Una cosa es una cosa y otra, bien distinta, que todo valga para acabar con los impresentables.

Les pongo los dos casos que, a mi juicio, son más llamativos, relacionadas con los asesinatos habidos en el marco de la dictadura argentina y con la lucha contra la articulación partidista del entorno terrorista.

¿Se puede afirmar, seriamente, que hubo un genocidio en la dictadura chilena o argentina? ¿las depuraciones franquistas constituyen delitos de lesa humanidad? Aunque todos estos comportamientos sean terribles, resulta claro, a mi modesto entender, que no integran el concepto penal de genocidio, esto es, “actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, tal y como lo define tanto la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998<sup>33</sup>.

32 Por cierto, el agresor ha sido condenado a una pírrica condena de ocho meses de prisión por un delito previsto en el art. 173.1 CP. (Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 111/2009 de 16 marzo -ARP 2009\838-).

33 Artículo II de la Convención, que ser consultado en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>, y 6 del Estatuto, disponible en [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

También se forzó manifiestamente el Derecho, vulnerando claramente la Ley de Partidos, cuando se ilegalizó parcialmente el partido ANV, dado que nuestra legislación permitía la impugnación o bien de un partido político que fuera continuador de otro ilegalizado, o bien de las agrupaciones electores que siguieran con sus actividades, pero en modo alguno consiente, a mi modo de ver, la anulación selectiva de listas electorales presentadas por un partido político, aunque esta fuera consagrada a través de los Autos del Tribunal Supremo de 4 y 5 de mayo de 2007, que fueron avalados por la STC 112/2007, de 10 de mayo.

Estamos ante excesos que solamente pueden justificarse por el clamor social, que hace muy difícil que los órganos judiciales afectados puedan dar prueba de independencia judicial. Es oportuno hacer notar que, en el último caso descrito, la solución más adecuada en el plano jurídico, hubiera conducido a la inadmisión de plano de las demandas interpuestas por la Abogacía del Estado y la Fiscalía General del Estado, lo que beneficiaba a los independentistas, lo que, a buen seguro, hubiera sido profundamente cuestionado por los medios editoriales, ajenos al saber del Derecho.

Es oportuno recordar, a modo de conclusión parcial, el uso limitado del derecho (y más aún, por razones obvias, como ya se ha avanzado en líneas anteriores, del Derecho penal). El derecho no puede servir ni para resolver problemas sociales ni para educar a la población<sup>34</sup>. Situaciones vinculadas con la violencia o a la educación deben ser tratadas en el ámbito familiar y educativo, sin que sea conveniente que la ley imponga, por ejemplo, el deber del menor a ser oído por sus padres<sup>35</sup>, y sí que se sancionen,

34 Permítanme compartir con ustedes también mi sorpresa cuando, hace muchos años, escuché por la radio que una determinada Comunidad Autónoma iba a terminar rápidamente con el problema del botellón declarando legalmente su prohibición. Desde entonces convivo con una realidad, a buen seguro paranormal, que se produce muchas noches en una preciosa plaza que está situada junto a mi casa. Deben ser fantasmas o algo así...

35 El art. 9.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que "El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social". No se advierte qué sanción se impondrá a los insensibles padres que se limiten a comunicar sus decisiones sobre horarios, educación, etc. a sus vástagos menores...

penalmente incluso, aquéllos comportamientos que se consideren incompatibles con el orden público constitucional, al que también se ha hecho referencia previamente.

### III. LOS DERECHOS SOCIALES: UN RIESGO EXISTENCIAL Y OTRO AÑADIDO

En muchas ocasiones se ha discutido si los derechos sociales son, en su esencia, auténticos derechos subjetivos, exigibles en sede judicial, o se trata de prestaciones que se pueden prever cuando las condiciones financieras lo permiten. No pretendo reabrir aquí esta polémica, de la que me he ocupado en otro lugar, pero sí recordar algunas de las ideas allí apuntadas<sup>36</sup>.

A mi modo de ver, los derechos constitucionales sociales son muy escasos en nuestro país, circunscribiéndose, en lo fundamental, al derecho a la educación y a determinadas prestaciones procesales (el beneficio de justicia gratuita y, en su caso, el derecho a la interpretación y traducción). Estos derechos pueden ser judicialmente exigidos y judicialmente tutelados.

Tengo más dudas de que otras materias, íntimamente vinculadas a la idea de Estado social, puedan ser concebidas, en puridad como derechos fundamentales. Se me podrá objetar que el poder público es responsable de organizar y tutelar la salud pública (art. 43.2 CE) o que debe mantener un régimen público de seguridad social (art. 41 CE), pero a nadie se le ocultará que estas disposiciones dejan un amplísimo margen de actuación a los poderes públicos.

Dicho margen de actuación dependerá, en buena lógica, de la situación económica. Y resulta evidente que Europa vive momentos muy complicados, y que traen causa, al menos y entre otros factores, de la globalización económica. No deja de ser significativo recordar que aunque hoy el término globalización es abierto (si se prefiere, en cierta medida, vacío) y alude a

36 En "Droits sociaux et droits fondamentaux", BON, P. (Dir): *Trente Ans d'Application de la Constitution Espagnole*. Dalloz. París, 2009, págs. 43-71

muchas realidades diversas<sup>37</sup>, en su origen reciente sirvió para calificar, tras la caída del muro de Berlín, el post-capitalismo<sup>38</sup>. En efecto, la globalización nace como concepto vinculado con el sistema económico, como demuestra también hoy nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que la define como “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

Es evidente que la economía globalizada, como materia compleja que es, suscita muchos interrogantes de muy distinta índole, y que, además, muchos de ellos pueden ser enfocados desde diferentes perspectivas.

Centraré mi caprichosa mirada en un par de cuestiones que me preocupan y que inciden, creo, manifiestamente, en la tarea que en su día se me encomendó.

La primera es la paradoja que supone que compitan libremente en el mercado globalizado empresas que tratan de manera muy desigual a sus trabajadores. Como es bien sabido, en Europa se ha luchado por crear una red social que protege a todos y, muy especialmente, a los trabajadores, lo que conlleva el reconocimiento de limitaciones para la negociación del contrato de trabajo y el reconocimiento de derechos para los trabajadores. Las bondades de tales medidas son evidentes, pero contrastan con las condiciones de trabajo en otras latitudes, en las que existen menos reparos a prácticas tales como las jornadas abusivas o el trabajo infantil. Mientras que nuestro Continente hemos optado por una suerte de productividad social, que convive con los legítimos deseos empresariales, en otros lugares no se ofrece protección alguna al trabajador frente a su empleador<sup>39</sup>.

Es harto discutible que estemos en presencia de una competencia leal. Y, si se acepta esto, resulta preciso plantearse qué estrategia deben seguir los

---

37 Con independencia de que se compartan o no sus tesis, es muy interesante la lectura de la reflexión de P. MARCUSE sobre “el lenguaje de la globalización”, publicado en *Globalización* julio 2001, que se puede consultar en <http://www.reci.net/globalizacion/2001/fg181.htm>.

38 Opto por este término, huyendo de otros más valorativos, como es el de *neocapitalismo*.

39 Aunque me parece falso el dicho de que una imagen vale más que mil palabras, si alguien quiere entender cabalmente el surgimiento del Estado social en Europa debería visualizar la película *Germinal* (Claude Berri, 1993), basada en la novela de Emile Zola publicada noventa años antes.

Estados europeos y preguntarse, muy especialmente, si están dispuestos a proteger, y en qué medida, el Estado social. Antes de que me acusen de pesimismo irredento, del que ya me declaro culpable, quiero recordarles que se estuvo discutiendo seriamente incorporar en la muy difundida directiva Bolkestein<sup>40</sup> el famoso principio de origen en lo que atañía a las condiciones laborales de los trabajadores, que pasarían a ser las del país de la empresa contratante, en vez de las del país en que se presta la prestación laboral<sup>41</sup>. Aunque, afortunadamente, se eliminó tal previsión, que podía generar una degradación de la posición de los trabajadores europeos, la intentona apunta a una de las posibles soluciones del problema anteriormente apuntado, aunque no sea, acaso, la más acertada. La otra es seguir apostando por un modelo social basado en la impulsión de una gran clase media, que ha generado, además de un mercado para las empresas, un desarrollo y una paz social que deberían seguir siendo reivindicados.

La segunda cuestión que abordaré es la referida a la incidencia de la crisis europea, acusada en nuestro país por la burbuja inmobiliaria y por la tardía actuación de los poderes públicos, en el Estado social. No sé si estamos en presencia de una consecuencia inevitable o no, pero resulta evidente que los servicios públicos vinculados con dicho modelo de Estado precisan de fondos para sostenerlos. Los dos últimos Gobiernos del Estado Central han apostado por una aminoración del Estado social.

Buena prueba de que estas reflexiones no son puramente académicas viene acreditado por los Reales Decretos leyes 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, y 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Dejando de lado si estas normas han podido invadir competencias autonómicas, aunque no lo creo, resulta evidente que han

40 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

41 *Cfr.*, en el plano doctrinal, VICENTE BLANCO, D. J.: "La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen", VICENTE BLANCO, D.J. y RIVERO ORTEGA, R.: *Impacto de la transposición de la directiva de servicios en Castilla y León*. Consejo Económico y Social de Castilla y León. Valladolid, 2010, págs. 27-84.

consagrado serios recortes a materias que son especialmente sensibles desde la perspectiva social de nuestro Estado.

No debe sorprendernos esta actuación. Como ya se ha indicado, el bienestar social que el Estado pueda asegurar depende, obviamente, de los medios financieros de los que disponga. Por eso se afirmaba en el encabezado que la fragilidad de los derechos sociales es existencial, y que siempre resulta posible que, aun conservando su *nomen*, se limite exageradamente su alcance.

Quisiera dedicar una reflexión, en especial, a la situación de los inmigrantes. Desde que Eliseo Aja estableciera, con todo acierto, un marco conceptual propio para este colectivo, diferenciado del propio de la extranjería<sup>42</sup>, resulta esencial el tratamiento de las políticas de integración de los inmigrantes en nuestro país. Como tengo el honor de coordinar un grupo de investigación que versa, precisamente, sobre estas materias, me permitirán que exprese aquí la preocupación derivada de las recientes reformas, especialmente de la sanitaria, y de sus efectos sobre un colectivo muy débil, como es de los irregulares. Como he tenido la suerte de leer una magnífica comunicación en esta materia, presentada a esta misma Jornada y publicada también en este volumen<sup>43</sup>, me permitirán que me limite a destacar la importancia de este problema, y la conveniencia de tener siempre presente la jurisprudencia constitucional en la materia (en especial, la relevante STC 236/2007, de 7 de noviembre).

#### IV. LOS DERECHOS POLÍTICOS

Una vez más, la incidencia de la globalización coexiste con otros factores, a los que ya se ha hecho referencia en líneas anteriores, como es la riqueza de nuestra forma de vida, llena de opciones cada día, lo que difumina el sentimiento de pertenencia a una nación común. Seamos honestos: dejando de lado incomprensibles visiones románticas de terruños, los Estados se nos han quedado pequeños. Y sabemos que nuestra movilidad geográfica no se

42 Cfr. AJA FERNÁNDEZ, E.: *Los derechos de los inmigrantes en España*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, págs. 19-20.

43 Me refiero a "Los derechos de acceso a la educación y a la sanidad como pilares básicos para la integración social de los inmigrantes", firmada por L.E. DELGADO DEL RINCÓN.

detiene necesariamente en las fronteras, sino que podemos establecer nuestra residencia en cualquier otra parte del mundo.

Este cambio en la mentalidad, vinculado a los avances tecnológicos y culturales, sigue conviviendo, sin embargo, con un modelo clásico de ciudadanía, lo que se traduce en su atribución a los hijos de los nacionales. Y de ahí se deriva que los extranjeros, inmigrantes o no, que viven entre nosotros solamente pueden aspirar a la titularidad y el ejercicio de los derechos políticos a través de la adquisición derivada de nuestra nacionalidad.

Mientras consiguen dicho reconocimiento, son considerados extranjeros a efectos políticos. Y más aún, se ha planteado en varias ocasiones la posibilidad de hacerles firmar un contrato de inmigración, en el que asuman su compromiso con los valores constitucionales y, en su caso, ciertos conocimientos. No me parece que la idea sea muy acertada, por diversas razones entre las que destacaré dos. El primero es que sitúa al inmigrante en una situación que puede ser considerada humillante (como nos ocurre a nosotros cuando, para entrar en Estados Unidos, nos hacen firmar un documento en el que declaramos que no vamos a atentar contra el Presidente o a cometer ilícitos penales). El segundo motivo para rechazar dicho contrato es que se convertirá en una mera formalidad (como ocurre con el citado documento americano), porque la adhesión a unos valores es algo que no se adquiere a través de cumplimentar un formulario o conocer básicamente nuestro modelo constitucional o nuestra lengua.

A mi juicio, el debate que debemos abrir es si es defendible, en el Siglo XXI, el modelo de ciudadanía que hunde sus raíces en las revoluciones liberales, o si debemos vincular el derecho a participar en la vida política con las personas que residan establemente en nuestro país y paguen aquí sus impuestos. El profesor Alaez Corral ha optado por esta segunda opción, por una ciudadanía democrática, con argumentos tan contundentes<sup>44</sup>, que no merecen mayor comentario, sino admiración y adhesión. En efecto,

44 Entre sus aportaciones destacan *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la constitución?* (CEPC-TC. Madrid, 2006) y "Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración" (GARCÍA ROCA, J. y ALBERTÍ ROVIRA, E. -Coords.-: *Treinta...*, cit., págs. 597 ss.). Ver, también, SANZ MORENO: J.A.: "La nación, los nacionalismos y los nuevos ciudadanos del Estado democrático" (*ibidem*, págs. 787 ss.).

comparto absolutamente que debemos vincular nuestro voto político con las autoridades que gestionan nuestros recursos y cuyas decisiones nos afectan directamente<sup>45</sup>.

Podría pensarse que este debate es puramente teórico, dado que, en la práctica, hemos optado en nuestro país por facilitar los procesos de nacionalización de las personas que han decidido vivir entre nosotros de forma estable. Sin embargo dicho debate se conecta también con principios tan esenciales como el democrático y el de igualdad, por lo que no está de más traerlo, nuevamente, a colación.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En líneas anteriores he tratado de mostrar como el proceso de globalización incide (en ocasiones, debe incidir) en algunos derechos fundamentales. Se ha defendido, en particular, que nuestra libertad debe seguir viéndose asegurada, y que es necesario reivindicar el pluralismo y la tolerancia, lo que no excluye que se deban establecer límites necesarios para garantizar el orden público constitucional. Para ello será preciso determinar, de una vez por todas, que los poderes públicos no poseen derechos, sino competencias, y que su función es, precisamente, garantizar la libertad de todos (lo que exige, en ocasiones, imponer límites y sanciones a su actuación).

He subrayado, igualmente, la intrínseca debilidad de los derechos sociales y, muy especialmente, de las prestaciones sociales que caracterizan nuestro modelo de Estado. A esta se suman los retos economicistas derivados de la globalización económica, que deben ser afrontados recordando la gran paz social que ha generado la protección de los más débiles y la apuesta por una amplia clase media.

Finamente, he apostado, como ya han hecho otros colegas, por una nueva visión democrática de la ciudadanía, vinculada con la residencia estable,

---

45 Lo que, que, por cierto, debería llevar también a la lógica restricción del derecho de voto a los españoles que abandonaron, hace lustros, nuestro país, y que por tanto no se ven, en principio, concernidos por la decisiones de las autoridades españolas, aunque esta opinión vaya más lejos de la cuestión tratada en estas páginas.

que garantice plenos derechos de participación política para las personas que son destinatarias de las normas que emanan del Estado y que, además, contribuyen a su sostenimiento.

Es probable que estas ideas sean muy modestas y que muchas de ellas precisen de numerosos matices, pero aquí solamente he pretendido dar un enfoque general de la cuestión, deteniéndome sobre problemas concretos y aportando un criterio sobre casi todos ellos. Si este ejercicio sirve, cuando menos, para abrir un debate sobre alguna de tales materias, el esfuerzo habrá merecido la pena.