

JUVENTUD Y CONSTITUCIÓN

UN ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA POR LOS JÓVENES
EN SU CUARENTA ANIVERSARIO

ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO
DANIEL FERNÁNDEZ CAÑUETO
GABRIEL MORENO GONZÁLEZ (Coords.)



JUVENTUD Y CONSTITUCIÓN

UN ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA POR LOS JÓVENES
EN SU CUARENTA ANIVERSARIO

COLECCIÓN ACTAS Nº 14

Director: José Tudela Aranda

fundación 
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

JUVENTUD Y CONSTITUCIÓN

UN ESTUDIO DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
POR LOS JÓVENES
EN SU CUARENTA
ANIVERSARIO

ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO
DANIEL FERNÁNDEZ CAÑUETO
GABRIEL MORENO GONZÁLEZ (Coords.)


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

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, 2018

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

ISBN: 978-84-946201-4-0

Depósito Legal: Z 2114-2018

Diseño de la colección: Inés Bullich

Impresión y maquetación: ARPIrelieve, S. A.

ÍNDICE

PREÁMBULO	11
<i>Enric Fossas Espadaler</i>	
INTRODUCCIÓN	15
<i>Andrés Iván Dueñas Castrillo, Daniel Fernández Cañueto y Gabriel Moreno González</i>	
BREVES APUNTES METODOLÓGICOS PARA UN CONSTITUCIONALISMO JOVEN Y CON FUTURO	21
<i>José Ángel Camisón Yagüe</i>	
PARTE PRIMERA	
EL RETO DE LOS DERECHOS	33
JUVENTUD CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CAMINO DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL	35
<i>Pablo Sánchez-Molina</i>	
JUVENTUD Y PARTICIPACIÓN: EL VALOR DE SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL	57
<i>Mar Antonino de la Cámara</i>	

LA PROTECCIÓN DE DATOS: UN DERECHO PARA EL ENTORNO DIGITAL	79
<i>Daniel Jove Villares</i>	

CONSTITUCIÓN, JUVENTUD Y NUEVOS DERECHOS (1978-2018).....	103
<i>Nuria Saura Freixes</i>	

DERECHOS DIGITALES: ESPECIAL INTERÉS EN LOS DERECHOS DE ACCESO A INTERNET Y A LA CIBERSEGURIDAD COMO DERECHOS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVOS.....	135
<i>Tamara Álvarez Robles</i>	

EL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA DE LOS JÓVENES EN LA ESPAÑA CONSTITUCIONAL	159
<i>Alberto Macho Carro</i>	

PARTE SEGUNDA	
CALIDAD DEMOCRÁTICA Y PARTICIPACIÓN	185

EL SISTEMA ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (1977-2016): GÉNESIS, RENDIMIENTOS Y DEMANDAS DE REFORMA	187
<i>Carlos Fernández Esquer</i>	

LA JUVENTUD, LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA TRAS 40 AÑOS DE CONSTITUCIÓN: ENTRE LA REAFIRMACIÓN DEL MODELO Y SU NECESARIA TRANSFORMACIÓN..	213
<i>José Luis Mateos Crespo</i>	

EL PAPEL DE LA MILITANCIA JUVENIL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO ESPAÑOL	235
<i>Manuel Cabanas Veiga</i>	
LOS JÓVENES EN EL PARLAMENTARISMO DEL SIGLO XXI: POTENCIACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DE LAS TIC.....	265
<i>M^a Nieves Alonso García</i>	
EL PODER DE LAS GENERACIONES VIVAS: LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL	281
<i>Patricia García Majado</i>	
PARTE TERCERA	
ESTADO AUTONÓMICO Y CUESTIÓN TERRITORIAL	309
JUVENTUD Y REFORMA FEDERAL: EN BÚSQUEDA DE UNA CULTURA FEDERAL QUE PERMITA AUNAR UNIDAD Y DIVERSIDAD	311
<i>Francisco Javier Romero Caro</i>	
LA JUVENTUD EN EL SENO DEL ESTADO AUTONÓMICO	335
<i>Gonzalo Gabriel Carranza</i>	
BIOGRAFÍAS.....	359

JUVENTUD CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CAMINO DEL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Pablo Sánchez-Molina*

* Profesor sustituto Interino de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga. El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación de la DGCyT «Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios», Referencia DER2017-85659-C5-4-R. Agradezco a los miembros del proyecto, en particular al profesor Ángel Rodríguez (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga), en particular a su IP, el profesor Ángel Rodríguez (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

I. INTRODUCCIÓN

La juventud es un estado, pero, a su vez, una actitud. Este hecho no constituye una excepción en el ámbito constitucional. La juventud de nuestra constitución no dependerá de los años que han pasado desde su entrada en vigor sino, sobre todo, de su capacidad de adaptación a los nuevos tiempos. Una constitución de reciente promulgación puede ser tremendamente atemporal mientras que otra consolidada puede estar a la vanguardia.

El objeto de mi artículo será analizar la influencia de los mecanismos indirectos de actualización en materia constitucional. En este sentido, encontramos una cláusula que permite a nuestra Constitución actualizar los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España: el artículo 10.2 CE¹.

En resumen, la labor interpretativa de los tribunales se ha visto afectada por un cambio sustancial en la concepción de los derechos fundamentales: la protección multinivel. La esencia de este fenómeno, muy ligado a la globalización en el ámbito jurídico, deviene en la convivencia de diferentes fuentes de producción del derecho dentro de un mismo ordenamiento jurídico. El clásico derecho de producción interna interacciona con otra serie de normas, de producción externa, que a pesar de provenir de una instancia internacional pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

El denominado «constitucionalismo multinivel» (o también «constitucionalismo en red») aparece ligado a la noción de «diálogo jurisdiccional». Llegados a este punto, el artículo 10.2 CE se configura como un instrumento en pro de esta «integración constitucional» en el sistema multinivel de los derechos. A continuación, y brevemente, haremos referencia a su alcance para, acto seguido, centrarnos en analizar un riesgo percibido por el derecho internacional de los Derechos Humanos. La solución ante tal riesgo dada por el propio derecho internacional será clave para la pro-

1 Artículo 10.2 CE: *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

puesta de reforma aportada. Por último, haremos referencia a la labor del constitucionalismo global en la configuración de este sistema «multinivel».

La doctrina especializada ha venido entendiendo la previsión contenida en el artículo 10.2 CE como un elemento que permite la incorporación en el ordenamiento jurídico español de estándares de protección de los derechos derivados de los instrumentos de protección de los DDHH ratificados por España. Esta vía de recepción interna del derecho internacional está íntimamente conectada con la tradicional influencia del derecho internacional en el constitucionalismo español desde el proceso constituyente. Por tanto, y aunque sea el supuesto más recurrente, encontramos, además de una influencia judicial (a través del «diálogo jurisdiccional»), otra legislativa e, incluso, ejecutiva. Así, nos encontraríamos ante una previsión dirigida a la totalidad de «órganos del poder público español» que exige una obligación de resultado. En el caso español, además, durante el proceso constituyente prevaleció una visión acrítica (como fuente de legitimidad) en lo que a la influencia de las constituciones de nuestro entorno se refiere (todo lo que procedía de constituciones europeas era visto como lo democrático).

En la práctica, el TC ha incluido, dentro del contenido del artículo 10.2 CE, a todas las normas del ordenamiento jurídico en lo que a derechos fundamentales y libertades públicas se refiere. Además, ha sido una excelente vía para la incorporación de los niveles de protección contenidos en algunos derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos integrando, a su vez, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y comportándose, en la práctica, como una cláusula de actualización de los derechos constitucionales². Pero, ¿qué ocurre si el estándar de protección internacional es inferior al interno?

Nuestra hipótesis de partida será que una constitución joven es una adaptada a las nuevas realidades y para su consecución tiene una gran importancia el papel de los mecanismos de interpretación conforme al derecho internacional. La mayoría de las nuevas realidades, incluyendo la evolución de los derechos, pasan, inevitablemente, por dar una respuesta global

2 En lo relativo a la posibilidad de extensión de los derechos constitucionales vía jurisprudencia del TEDH ver Rodríguez, 2001: 293.

entre los Estados de nuestro entorno. En cambio, las virtudes de un constitucionalismo globalizado muy apegado a la generación *millennial* no puede olvidar los logros conseguidos por las generaciones anteriores y, en este sentido, debería supeditar cualquier evolución al respeto del estándar más elevado de protección de los derechos fundamentales.

II. LA MAYOR PROTECCIÓN COMO REMEDIO PARA LUCHAR CONTRA LA REGRESIÓN³

Con carácter general, los Convenios de protección de los Derechos Humanos otorgan un nivel de protección que todos los Estados parte tienen que alcanzar y pueden superar. Del principio de subsidiariedad deriva la condición de los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos como un mínimo común de protección. La razón radica en la diversidad de Estados signatarios y en la necesidad de fijar unas bases comunes a todos ellos. La consideración de los tratados internacionales de protección de los DDHH como mínimo común ha llevado a que la mayoría de los sistemas de protección internacional de los DDHH fijen cláusulas para impedir que esta característica suponga una traba en la evolución de estos derechos.

La lógica imperante en la configuración de la «cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos» la encontramos en su primer antecedente, una de las reformas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴. Esta organización se encontró ante una dicotomía una vez finalizada la II Guerra Mundial: ampliar los Estados parte (debido a su futura incorporación, como agencia especializada, en la incipiente Organización de Naciones Unidas) sin limitar la protección y el grado de cumplimiento. No solo bastaba con una disminución de los estándares de los derechos consagrados en la OIT original para que la amplia-

3 Los primeros estudios sobre la regresión de los Derechos Humanos y su mayor protección puede verse en Linos, 2004: 603-654 y Rodríguez, 2015: 75-102. Además, este apartado se basa en el análisis del primer antecedente de la cláusula de la mayor protección que puede verse en Sánchez-Molina, 2018a: 375-391 y Sánchez-Molina, 2018b: 81.

4 Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944. Ver Alkema, 1998: 53 y Muray, 2001: 62.

ción tuviese éxito sino que se tendría que evitar, a su vez, que esta reducción favoreciese la rebaja de estándares en aquellos Estados industrializados. Mientras que una disminución de los estándares existentes en la OIT podría haber afectado *al prestigio de la función normativa y, por lo tanto, alienar a los países industrializados*, su mantenimiento podría haber dejado *prácticamente sin sentido* el compromiso de aquellos Estados menos desarrollados que, materialmente, no podían alcanzar el nivel de protección fijado (Chebali, 1989: 205).

A la Constitución de la OIT le siguieron otras disposiciones en la mayoría de tratados internacionales de protección de los DDHH, entre los que se encuentra el artículo 53 del CEDH⁵. La lógica, en la mayoría de estos, es similar aunque su alcance varía dependiendo del instrumento internacional en el que se enclave (en cada caso la cláusula tendrá una «personalidad» propia)⁶. En este sentido presentamos una propuesta que trataría, precisamente, de incorporar a nuestra Constitución esta lógica originaria

5 Entre otros, además del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la Carta Social Europea, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio sobre Prohibiciones o Restricciones en el Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Pueden Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención de Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

6 Por ejemplo, mientras que el art. 29.b CADH ha sido interpretado, por el Convenio, como una fórmula para incorporar al contenido de los derechos de la Convención Americana aquellos otros estándares de protección más altos siguiendo la teoría *pro homine*. Por el contrario, el carácter *sui generis* de la Unión Europea (destacando el principio de primacía) no ha impedido que, a pesar de la existencia de la cláusula contenida en el art. 53 CDFUE, existan niveles de protección de derechos inferiores y cuyo límite estaría formado por el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros. Como fue puesto de relieve en el Caso Melloni en relación con la imposibilidad de condicionar la entrega de un condenado en otro Estado miembro a la existencia de un estándar nacional más alto, en este caso, en el contenido procesal del derecho a la tutela judicial efectiva (sin incluir el nivel constitucional español que exige la repetición del juicio en los casos de condenados en ausencia).

de la Constitución de la OIT e incorporada, poco después, al texto del CEDH. De este modo se estaría blindando la recepción nacional vía 10.2 CE para implementar, y no restringir, los derechos constitucionales internos. Esto pasaría por añadir esta puntualización en el artículo 10.2 CE: *en ningún caso dicha interpretación servirá para limitar el nivel de protección interno existente.*

La propuesta realizada puede parecer, a primera vista, accesoria. De hecho, los órganos del poder público español deberían cumplir, al interpretar normas o jurisprudencia de tratados internacionales sobre DDHH ratificados por España, la cláusula internacional de la mayor protección. En caso contrario, a nuestro modo de ver, se estaría violando el propio tratado al no respetarse sus propias previsiones. Así, y aunque pudiera resultar paradójico, si cualquier órgano español hiciese un uso del CEDH que implicase una disminución del estándar nacional y que, a su vez, respetase el nivel de protección otorgado por el propio Convenio (y por la jurisprudencia del TEDH), estaría violando el mismo (a pesar de que no quede afectado el mínimo común de protección).

El problema surge cuando se comprueba que la aplicación teórica, en el caso de la cláusula contenida en el artículo 53 CEDH, difiere de su aplicación práctica. En este sentido, el nulo desarrollo jurisprudencial que ha tenido por parte del TEDH ha llevado a que la doctrina especializada se refiera a ella como la cláusula «ignorada», «invisible» o «ritual» (Schabas, 2015: 903 y Rachovitsa, 2016: 49). Concretamente, sorprende que *un principio de prevalencia previsto en los tratados de Derechos Humanos apenas haya suscitado interés en la jurisprudencia y doctrina*⁷. Desde la década de los ochenta hasta la actualidad la escasa doctrina que ha tratado esta problemática destaca la invisibilidad de la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Nos encontramos, por lo tanto, ante una cláusula que no ha gozado de eficacia práctica. La asignación de estos adjetivos no es

7 *Therefore, it comes as a surprise that one principle on precedence provided for in human rights treaties has attracted little attention in case law and literature.* Quince años antes, Sieghart se había mostrado en la misma línea que Alkema, 1998: 41. (que así lo indica en su estudio) al afirmar que *None of the competent independent international institutions has so far expressed any views on the interpretation or application of any of these provisions* en Sieghart, 1983: 109.

casual sino que devienen de la aplicación de la cláusula de la mayor protección por parte de la jurisprudencia del TEDH.

En primer lugar, sorprende, en el Caso *Open Door and Dublin Well Woman*, la respuesta del TEDH a la invocación que el Gobierno Irlandés hace de la cláusula de la mayor protección. El fin, junto con el artículo 17 CEDH, sería impedir una interpretación de un determinado derecho convencional que conlleve la restricción de otro, éste nacional⁸. Lo que está en juego es la consideración de si la libertad de informar sobre la existencia de clínicas abortivas en Reino Unido (donde la práctica es legal) iría en contra de la protección de la vida de los no nacidos conforme a la legislación irlandesa. Para dar una respuesta a esta problemática, el TEDH no se centró en dar una respuesta adecuada a la argumentación del gobierno en virtud de la cláusula de la mayor protección sino que, tras realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad, falló sobre la base de que la injerencia era demasiado amplia y desproporcionada al realizar la prohibición de comunicación de manera general⁹. Además, ante la alegación del Gobierno el Tribunal respondió que la injerencia del gobierno no prevenía la práctica de abortos por ciudadanas irlandesas en el extranjero ya que la información dada, por la sociedad que se ocupaba del asesoramiento, estaba disponible si se hubiese atendido a otros recursos¹⁰.

Lo más interesante para nuestro objeto de estudio es el tratamiento de la cláusula por el TEDH. En este caso el Gobierno irlandés, en uno de sus argumentos de defensa, trató de usar la cláusula para impedir una interpretación del

8 *The Government, invoking Articles 17 and 60 (art. 17, art. 60) of the Convention, have submitted that Article 10 (art. 10) should not be interpreted in such a manner as to limit, destroy or derogate from the right to life of the unborn which enjoys special protection under Irish law, Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, § 78.*

Invocando los artículos 17 y 60 del Convenio, el Gobierno aducía que no debe interpretarse el artículo 10 de tal manera que quede limitado o destruido el derecho a la vida de los no nacidos, a los que el Derecho irlandés concede una protección especial, o que el mismo se vea perjudicado. Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, Summary by the Spanish Cortes Generales, pág. 4. En línea: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164651>

9 *Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, § 73.*

10 *Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, § 79.*

artículo 10 CEDH que restringiese, en su opinión, la regulación nacional de protección del derecho de vida de los no nacidos. Aun estando de acuerdo con el fallo del tribunal, que derivó de una correcta aplicación del juicio de proporcionalidad, la respuesta del Tribunal al argumento del Gobierno se nos presenta como una oportunidad perdida para el desarrollo práctico de la cláusula. Esta, por lo tanto, hubiese sido una buena oportunidad para que el Tribunal hubiese incidido en las vicisitudes que derivan de esta cláusula y, en su caso, hubiese establecido un criterio que fijase, con carácter general, las situaciones que quedarían tanto comprendidas como excluidas del ámbito de aplicación del artículo 53 CEDH. Esta actitud es cómplice con la aplicación práctica que ha llevado a considerarla como «la cláusula ignorada». En cambio, estimamos imprescindible la elaboración jurisprudencial de un precepto fundamental en la construcción de un sistema europeo de protección de los Derechos Humanos integrado en la diversidad de estándares.

En segundo lugar, y en épocas más recientes (2008), el TEDH volvió a dejar pasar una buena oportunidad para delimitar la aplicación de la cláusula en un ámbito que es ciertamente *sui generis*: el derecho de la Unión Europea. En este caso, la parte demandante (que reclama el asilo) conectó la Directiva 2004/83/CE con el nivel de protección que debería otorgar Estrasburgo en base a que la denegación de la petición de asilo vulneraría la prohibición de recibir tratados inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). Así, la argumentación de esta parte, usando para ello el artículo 53 CEDH, se rechazó en la necesidad de que Estrasburgo otorgase un nivel de protección igual o superior al de la directiva¹¹. En virtud de este razonamiento, la directiva pasaría a ser el nuevo mínimo común de protección y la protección convencional tendría que ser igual o superior. El Gobierno británico, por su parte, rechaza esta interpretación del artículo 53 CEDH al considerar que entre sus finalidades no se encontraba la necesidad de los Estados parte de otorgar un nivel de protección mayor que el establecido en el Convenio sino que este era un ámbito que correspondería, en

11 *Finally, the applicant relied on Council Directive 2004/83/EC and submitted that under Article 53 of the Convention the level of protection offered by the Convention had to be equal or higher to that in the Directive.* Caso NA v. Reino Unido, 2008, § 100.

su caso, al TJUE¹². Dichos argumentos no cuentan con la réplica del TEDH que llegó, por otros medios, a la consideración de violación del artículo 3 CEDH.

No ha sido hasta el año 2014 cuando el TEDH ha dado algunas pinceladas de lo que sería una incipiente construcción de la cláusula de la mayor protección aunque, todavía, de un modo indirecto. En el Caso *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido*, la opinión concurrente del juez Wojtyczek refleja una posición muy sugerente dentro de la doctrina del Tribunal: *el Convenio contempla en esta disposición una situación en la que diferentes instrumentos pueden proporcionar un mayor nivel de protección que el propio Convenio*¹³. A través de esta afirmación, en la que el juez muestra que el Convenio «claramente» permite que otros instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos otorguen una protección más alta, y añade expresamente: *no puede considerarse un ejemplo de fragmentación, ni mucho menos de incoherencia, del derecho internacional sino que limita el riesgo de contradicción con otros tratados*. Esta visión, en opinión del juez, dejaría extramuros de la condición de conflicto cualquier situación en la que otro tratado internacional fijara un mayor estándar de protección pero, en cambio, el grado de protección otorgado por el TEDH no pasaría automáticamente a incluir aquellas normas, más protectoras, establecidas por otros instrumentos internacionales que obligue, a su vez, a los Estados parte del Convenio. Así, recuerda que el TEDH continuaría siendo el *guardián del catálogo limitado de derechos protegidos por la norma mínima establecida en el Convenio* y, a continuación, indica la necesidad de tener en cuenta la conexión existente entre Derechos Humanos por lo que *muy a menudo los derechos humanos pueden colisionar y en estas situaciones, la elevación de los*

12 *As to the applicant's reliance on Directive 2004/83/EC (see paragraphs 51 and 100 above), the Government observed that Article 53 of the Convention did not prevent Contracting Parties from providing a higher level of protection than that provided for by the Convention. The interpretation of the Directive was primarily for the European Court of Justice and ultimately could be subject to supervision by the Court (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI). Caso NA v. Reino Unido, 2008, § 105.*

13 *Caso National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido, opinión concurrente del juez Wojtyczek, § 3.*

estándares de protección de un derecho puede conducir a la reducción en el nivel de protección de otro.

Por tanto, consideramos que una reforma de la Constitución debería completar esta laguna estableciendo un límite a la «interpretación conforme» en pro de la mayor protección de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. En cambio, la racionalización de este sistema multinivel no puede construirse, en exclusiva, desde los Estados sino que requerirá de una respuesta global. En el siguiente apartado nos referiremos a uno de los fenómenos construidos para tal fin: el constitucionalismo global.

III. EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Dar una respuesta a lo que se entiende por constitucionalizar el derecho internacional no es tarea sencilla. De hecho, la doctrina ha destacado la ambigüedad del término por su capacidad de describir diferentes fenómenos¹⁴. A esta ambigüedad, o abstracción, se le suma el habitual desconocimiento de su significado¹⁵. En realidad, ambas características están estrechamente relacionadas ya que, según se indica, la proliferación de estudios con un alto componente de indeterminación ha derivado en la escasez de otros en los que se aporte una conceptualización al fenómeno. En esencia, algunos autores critican la búsqueda de una justicia universal a través del constitucionalismo global y prefieren eludir estos fines en sus investigaciones para focalizarse en un análisis entre lo normativo y lo descriptivo (comparando el ser y el deber ser). En concreto, cómo puede afectar el constitucionalismo a la elaboración de normas a nivel internacional, a los Estados miembros de la comunidad internacional o a la solución de conflictos¹⁶.

14 *Also like fragmentation, the term means a variety of different things to different people and may describe a variety of different phenomena within international law.* Cohen, 2012: 389.

15 Así lo indica Klabbers: *Many international lawyers talk about the constitutionalization of international law but do not seem to step down from abstract heights: many claim that international law is going through a process of constitutionalization, but few work out what this means —or could mean.* Klabbers et al., 2011: 3.

16 Estas impresiones en cuanto a la forma de aproximarse al estudio de la constitucionalización global han sido puesta de relieve por Klabbers, Peters y Ulfstein. Al explicar su objetivo ante

En nuestra opinión, conceptualizar un fenómeno tan diverso se antoja tremendamente difícil. A pesar de esta posición mantenida por un sector de la doctrina, consideramos que entre los estudios sobre el constitucionalismo global se encuentran aportaciones muy relevantes que nos acercarán, en última instancia, a nuestro objeto de estudio. Antes de ello, comencemos por la «difícil» conceptualización. Según indica la RAE, por conceptualizar se entiende la reducción de algo a un concepto o representación mental. Por tanto, este proceso requerirá un análisis de las circunstancias para determinar un patrón de actuación acorde a la lógica. Como veremos, en el caso del constitucionalismo global (o internacional), a pesar de encontrar una definición aceptada, si profundizamos en el fenómeno las posiciones de la doctrina divergen.

A través del constitucionalismo global se tratan de aplicar principios constitucionales al derecho internacional. Esta definición, que es pacífica entre la doctrina, describe un fenómeno que, en última instancia, trata de elevar el nivel de eficacia del derecho internacional¹⁷. A partir de esta afirmación comienzan las divergencias: ¿se trata de aplicar todos los principios constitucionales o solo algunos? ¿Dónde quedaría la democratización de estos sistemas internacionales? ¿Se busca la configuración de una constitución global? ¿Nos encontramos ante una verdadera constitucionalización o la nomenclatura escogida para titular el fenómeno no es la correcta? ¿Se trata de un fenómeno con tendencia universal o irremediabilmente condicionado a las diferentes velocidades de integración?

Una parte de la doctrina ha percibido la constitucionalización como un *acto de fe* (Bianchi, 2011: 405). Por un lado, impresiona la diversidad de perspectivas ante un mismo fenómeno, que son consideradas divergencias más teóricas que reales. Por otro, llama la atención que por un lado se aludan a las dificultades para evitar una excesiva fragmentación que dificultaría la unidad del derecho internacional y, por otro, que ésta, la unidad, quedará garantizada por este proceso de constitucionalización.

la presente investigación parafrasean a Tribe en la búsqueda de hacer visible la invisible constitución internacional. Ver Klabbbers *et al.*, 2011: 4.

17 Entre ellos, el principio de legalidad, la implementación de *checks and balances*, la protección de los DDHH. Ver Peters y Armingeon, 2009: 388.

De ahí lo de *acto de fe*. Nuestra hipótesis de partida dista un poco de ambas líneas. No consideramos que la constitucionalización global constituya un elemento definitivo en pro de la unidad del derecho internacional, pero tampoco que el constitucionalismo global deba perseguir este fin. De hecho, nuestra posición parte de la existencia de elementos positivos en el pluralismo normativo o lo que podríamos llamar una fragmentación racionalizada.

En cuanto a la constitucionalización, no nos mostramos tan pesimistas y no creemos que constituya un acto de fe en todos los sentidos. Esta percepción se podría llegar a tener si consideramos que con ella se racionalizarían todas las incongruencias del derecho internacional, sin embargo, no es una herramienta tan potente (al menos por el momento). Por otro lado, tratar de implementar un sistema internacional a semejanza de la construcción nacional sería un fracaso, no solo por la dificultad de encontrar elementos que legitimen democráticamente este nuevo orden jurídico internacional, como ya ha indicado una parte de la doctrina, sino también, por la complejidad de enarbolar un sistema de estas características y con un carácter global. En este punto bastaría con analizar las reservas que muchos Estados realizan a ciertos tratados internacionales o la decisión de no ratificarlos. Además, ejemplos exitosos como la Unión Europea, a pesar de las dificultades (véase las diferentes velocidades de integración), constituyen, hasta la fecha, una excepción a nivel global.

En cambio, esta perspectiva se modera drásticamente si le exigimos un poco menos a este fenómeno. Se puede plantear, como se ha hecho, si el nombre otorgado es el más conveniente aunque sin entrar, por nuestra parte, en disputas entre internacionalistas y constitucionalistas al entender que nuestras disciplinas tienen cada vez más puntos en común por la evolución del derecho nacional e internacional, sobre todo en el ámbito de la protección internacional de los Derechos Humanos (al que nos referiremos más adelante). El punto de partida pasa por entender que el constitucionalismo global (o internacional) trata de racionalizar, en la medida de sus posibilidades, no solo la relación entre diferentes sistemas internacionales (tanto regionales como universales) sino entre éstos y los propios Estados. Esta conexión triangular facilitaría el entendimiento de un fenó-

meno complejo y del que no pretendemos buscar una racionalización en su totalidad. Por ello, trataremos de describir la posición de la doctrina sobre la constitucionalización internacional para, acto seguido, conectarla con la mayor protección de los derechos.

El constitucionalismo global, al igual que el constitucionalismo (estatal), constituye una teoría, esto es, una construcción mental de la realidad¹⁸. Dicha construcción no gozaría de eficacia sin una agenda con la que ponerla en práctica. Así, algunos autores entienden el constitucionalismo global como una planificación para la aplicación gradual de elementos constitucionalistas en el ámbito internacional (entre los que se encontraría la protección de los DDHH) (Peters, 2018: 3). Esta agenda no sería solamente académica sino también política y, como se ha apuntado, trataría de *mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional* (Peters, 2018: 4).

La diferenciación entre una agenda política y otra académica no es baladí. En nuestra opinión, se asemeja a la divergencia entre el ser y el deber ser de la constitucionalización. Por tanto, la agenda política quedaría más vinculada al realismo mientras que la académica al idealismo, tratando de proponer elementos que produzcan una mejora¹⁹. En definitiva, la combinación entre el ser y el deber ser debe regir los estudios del constitucionalismo global si entendemos el fenómeno como un proceso todavía construcción.

En esta línea se muestra una doctrina, al considerar que uno de los objetivos del constitucionalismo global sería favorecer la consolidación de una agenda normativa a nivel internacional, promover una mayor integración así como un control jurídico del ámbito político. Para ello, como se sabe, se utilizarán elementos propios del constitucionalismo doméstico. Esta técnica de racionalización de la pluralidad normativa contaría, además, con algunos ele-

18 Tal y como indica Allot: *Constitutionalism is a theory, that is to say, a mental ordering of the reality within which particular society constitutes itself*. Allot, 2002: 344.

19 *Advancing the cause of world constitutionalism —or any other mode of international utopianism requires a combination of political realism and intellectual imagination. The outline of a transnational, cross-cultural project along these lines is suggested in the introduction to this collection of essays*. Johnston, 2005: 27.

mentos esenciales para dar sentido a este desarrollo, entre los que se encuentra la integración a través de la protección de los Derechos Humanos²⁰.

En contra de lo que pudiera parecer a primera vista, y como hemos introducido, el constitucionalismo global no buscaría una homologación completa del modelo estatal en el ámbito internacional. En ningún caso la defensa de un constitucionalismo global en el ámbito del derecho internacional podría considerarse el apoyo de un Estado global. Por tanto, los defensores del constitucionalismo global amparan la aplicación de lógicas constitucionales más allá del ámbito nacional pero, a su vez, lo separan de un intento de configuración de un orden jurídico mundial. La búsqueda de un orden jurídico mundial estaría vinculado a corrientes unitarias mientras que la constitucionalización global buscaría, precisamente, racionalizar el pluralismo normativo dándole la vuelta a la, por lo general, denostada fragmentación (Fassbender, 2007: 311). En este sentido, alguna doctrina entiende por constitucionalismo la fijación de un «orden jurídico jerárquicamente estructurado» basándose en la noción de Constitución pero no derivada de su primacía sino de su efecto racionalizador y limitativo del poder (Werner, 2007: 353). Estos dos elementos, uno racionalizador y otro limitativo, serán analizados a continuación.

El constitucionalismo global constituiría una vía para explicar la formulación de un nuevo razonamiento legal²¹. Este cambio, a nuestro parecer y de acuerdo con una doctrina, es el que habría producido una verdadera revolución en el derecho internacional convencional. No es tarea fácil imaginar cuales podrían ser las líneas maestras de este nuevo razonamiento y nuestro trabajo dista de ser tan ambicioso. Este nuevo razonamiento deviene de la nueva función del derecho internacional (sobre todo regional y, en menor medida, universal) y contribuyen a su consecución tanto los propios sistemas internacionales como los Estados.

20 El desarrollo del constitucionalismo internacional o global estaría encaminado, además, al avance de la unidad (en este punto discrepamos, como posteriormente argumentaremos), a un entendimiento de la soberanía alejada de una perspectiva nacionalista o la flexibilización del consentimiento estatal para su avance. Werner, 2007: 330.

21 Este cambio en el modelo de razonamiento aportado por la constitucionalización global ha sido apreciado por Werner, 2007: 331.

En este cambio de paradigma intervienen diversos factores que podemos resumirlos en la internacionalización de los ordenamientos internos y la constitucionalización de los sistemas internacionales (Klabbers *et al.*, 2011: 11). La deconstitucionalización interna, debido a la pérdida de elementos constitucionales nacionales por el avance de la gobernanza multinivel, nos lleva a otra de las consecuencias del constitucionalismo global: la reordenación de estos elementos constitucionales nacionales perdidos. En resumen, y basándonos en lo aportado por algunos autores: *las constituciones estatales no pueden regular más la totalidad de la gobernanza de una forma comprensiva* (Peters, 2018: 12). Por tanto, el constitucionalismo estatal, por si solo, se vería incapacitado para regular un «orden básico completo» (Peters, 2018: 12). Este nuevo paradigma podría racionalizarse a través de la constitucionalización global («constitucionalización compensatoria») lo que preveniría el vaciamiento de ciertos principios constitucionales nacionales (el principio constitucional de democracia, legalidad, seguridad jurídica y organización del territorio) (Peters, 2018: 13).

También, algunos autores se refieren a la constitucionalización como una adaptación progresiva de los principios de interpretación teleológica y eficacia (art. 31.1 de la Convención de Viena) (Arcari, 2016: 70). Relacionado con lo anterior, es imprescindible en la racionalización la introducción de elementos en pro de la solución de conflictos causados por el pluralismo normativo. Dentro de la constitucionalización desde esta perspectiva, la doctrina se ha hecho eco de tres reglas: de cortesía, de jerarquía y de abstención constitucional²². Entre las tres, la de cortesía constitucional es, a su vez, la que más se aproxima a nuestro ámbito de estudio²³.

A través de las reglas de cortesía constitucional pretenden la solución de conflictos haciéndose constar la preferencia de unos actores sobre otros. En el ámbito de los Derechos Humanos, según se indica, ha tomado la

22 En esta primera parte nos referiremos a las aportaciones de Cohen, 2012.

23 Aunque también se encuentran las reglas de jerarquía y abstención constitucional. Mientras que por reglas de jerarquía constitucional se hace referencia a la prevalencia de unas normas sobre otras, por abstención, en cambio, como su nombre indica, se incide en la necesidad de no resolver ciertos conflictos vía doctrina legal sino políticamente. Ver Cohen, 2012: 391-394.

forma de doctrinas tales como la del margen de apreciación o la subsidiariedad²⁴. El origen de la cláusula de la mayor protección deviene del principio de subsidiariedad. En realidad, su uso debería ser una obligación derivada de tal principio aunque, del modo que hemos podido comprobar, deviene del sistema jurídico en el que quede enclavado y de la aplicación efectiva que haga el órgano fiscalizador.

Pero el constitucionalismo global no solo busca la racionalización del pluralismo normativo sino, también, la legitimación y limitación del poder. Dentro del primero encontramos la tendencia legitimadora del poder. En este sentido, una doctrina ha considerado que la forma más correcta de cumplir con esta regla es la justificación *en términos de una teoría del constitucionalismo* (Allot, 2002: 343). Dentro del segundo, la minimización de la política introducida por la tendencia globalizadora (Peters, 2018: 13). A pesar de que esta tendencia ha sido criticada por un sector de la doctrina, nuestra posición dista de estas consideraciones al entender que concurre otra perspectiva positiva.

La introducción de elementos constitucionales en el ámbito internacional, como puede observarse en los denominados *microconstitucionalismos*, ha facilitado, por un lado, la democratización internacional y, por otro, la disminución de la intervención política estatal a la hora de hacer valer las decisiones de estos órganos internacionales²⁵. Ello nos llevaría a entender una relación multinivel con un alto componente de conexión administrativa y ello, en nuestra opinión, no mermaría la democracia en la toma de decisiones. Este debate entre la prevalencia entre la concepción política *versus* legal se ha visto como la lucha por la prevalencia del proceso demo-

24 *One way constitutions resolve conflicts within a regime is by dictating when certain actors will have to grant comity to the decisions of other actors. [...] In human rights law, such constitutional comity rules have taken the form of requirements to exhaust local remedies' and doctrines like margins of appreciation, subsidiarity, and complementarity. Each of these rules is designed to grant a certain amount of space to other actors (usually states) to operate in their own way.* Cohen, 2012: 390.

25 Entre los elementos tendentes a tal fin encontramos la capacidad sancionatoria a un Estado por incumplimiento de un tratado, la interpretación conforme, la cesión de competencias a un ente supranacional (como es el caso de la UE), el principio de subsidiariedad (dentro de los que enmarcamos el margen de apreciación o la cláusula de la mayor protección) o la interpretación evolutiva. Peters, 2018: 14.

crático (en el primer caso) y la protección judicial (incluyendo en esta la fórmula más pertinente en aras de proteger los derechos)²⁶. Los riesgos de este último, visto por algún sector doctrinal como «aristocracia judicial global» creemos que no concurren, por lo menos en aquellos sistemas de protección multinivel de protección de los DDHH o en el caso de la Unión Europea.

Otro elemento muy relevante en la constitucionalización global, y que conecta tanto con la limitación como con la legitimación, es la individualización en la protección de los derechos a nivel internacional. Esta tendencia constitucionalista en el ámbito internacional y, en particular, su marcado carácter en el campo de los Derechos Humanos guarda relación, a su vez, con un cambio en su perspectiva. Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos giran, en la actualidad, en torno a los individuos. Esta individualización ha transformado el derecho internacional, humanizando la soberanía, otorgándole elementos constitucionalistas. El constitucionalismo estatal pone en el centro de su construcción al individuo, la protección de los derechos fundamentales da prueba de ello (Peters, 2018: 6).

El constitucionalismo global se nos presenta como una excelente vía para racionalizar el nuevo orden internacional (tras la revolución en el derecho internacional convencional). Sin embargo, como indicamos anteriormente, nuestro trabajo dista de pretender explicar este razonamiento legal en su totalidad. En cambio, si podemos intuir el cambio producido en ciertos sistemas regionales, como los derivados del CEDH, la CDFUE y la CADH. Este nuevo razonamiento deviene de la nueva función del derecho internacional (sobre todo regional y, en menor medida, universal) y contribuyen a su consecución tanto los propios sistemas internacionales como los Estados.

26 Del modo que indica Peters (basándose, a su vez, en Bellamy): *el constitucionalismo político asume que las personas discrepan razonablemente [...] sobre resultados substantivos [...] por lo que el proceso democrático mismo es más legítimo y efectivo que el judicial, y que, por tanto, el proceso democrático, no los derechos, es el centro de la constitucionalización. En contraste, el constitucionalismo legalista asume que la sociedad puede llegar a un consenso racional que se expresa mejor en términos de unos derechos básicos que son mejor protegidos por las cortes.* Peters, 2018: 15.

En este cambio de paradigma intervienen diversos factores que podemos resumirlos en la internacionalización de los ordenamientos internos y en la constitucionalización de los sistemas internacionales. La deconstitucionalización interna, debido a la pérdida de elementos constitucionales nacionales por el avance de la gobernanza multinivel, nos lleva a otra de las consecuencias del constitucionalismo global: la reordenación de estos elementos constitucionales nacionales perdidos. En resumen, y basándonos en lo aportado por algunos autores: «las Constituciones estatales no pueden regular más la totalidad de la gobernanza de una forma comprensiva». Por tanto, el constitucionalismo estatal, por si solo, se vería incapacitado para regular un «orden básico completo». Este nuevo paradigma podría racionalizarse a través de la constitucionalización global («constitucionalización compensatoria») lo que prevendría el vaciamiento de ciertos principios constitucionales nacionales (el principio constitucional de democracia, legalidad, seguridad jurídica y organización del territorio).

IV. CONCLUSIONES

En la conclusión comenzamos con una de las primeras afirmaciones de la introducción: la juventud de nuestra constitución no dependerá de los años que han pasado desde su entrada en vigor sino, sobre todo, de su capacidad de adaptación a los nuevos tiempos. Por tanto, evitamos defender la mutación constitucional pero si, en cambio, la evolución interpretativa de las normas constitucionales, en especial de los derechos, a través del derecho internacional de los DDHH.

La generación *millennial* y las constituciones contemporáneas cuentan con un punto en común: la tendencia globalizadora. Al igual que la revolución tecnológica ha devenido en un mundo interconectado, el constitucionalismo contemporáneo se ve influenciado por este hecho. Para comprobarlo no hace falta más que teclear en cualquier buscador sobre casos paradigmáticos tanto de derecho internacional o supranacional como de constituciones o jurisprudencia de Estados de nuestro entorno. Además, como hemos apuntado, la Constitución Española de 1978 cuenta con un mecanismo para incorporar elementos internacionales al contenido de los derechos fundamentales: el artículo 10.2 CE.

La posibilidad de que, a través de este mecanismo, la CE pueda estar a la vanguardia en el ámbito de los derechos, a través de la interpretación conforme del Tribunal Constitucional, es, a su vez, su mayor riesgo. Esta interconexión no siempre fomenta la mayor protección. Del mismo modo, las nuevas fórmulas de acceder a la información por parte de los ciudadanos de nuestra generación puede llevar a estar mal informados. Paradójicamente, el acceso a mayores recursos no implica, necesariamente, una mejor información (véase el Caso de *Cambridge Analytica*).

Por todo ello, en el presente capítulo hemos pretendido tratar dos elementos imprescindibles para cohabitar esa tendencia globalizadora en derechos y la pérdida de los estándares de protección conseguidos con el transcurso del tiempo: la cláusula de la mayor protección y el constitucionalismo global. Así, una constitución joven es una adaptada a las nuevas realidades y para su consecución tiene una gran importancia el papel de los mecanismos de interpretación conforme al derecho internacional.

En definitiva, y con el objetivo de resumir el presente capítulo en una frase: una juventud universal merece estar amparada por un constitucionalismo global que garantice sólidamente la cláusula de la mayor protección.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLOT, P. (2002). *The health of nations, Society and Law beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ALKEMA, E. (1998). The enigmatic no-pretext clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights. En J. Klabbbers y R. Lefeber (ed.). *Essays on the Law of Treaties. A collection of essays in honour of Bert Vierdag* (pp. 41-56). The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- ARCARI, M. (2016). The creeping constitutionalisation and fragmentation of international law. From «Constitutional» to «consistent» interpretation». En A. Jakubowski y K. Wierczyńska (ed.). *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law* (pp. 70-86). Nueva York: Routledge Research in International Law.
- BIANCHI, A. (2011). Looking ahead: international law's main challenge. En D. Armstrong (ed.). *Routledge Handbook of International Law* (pp. 392-409). Londres y Nueva York: Routledge.
- CHEBALI, V. (1989). *The International Labour Organization. A case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies*. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- COHEN, H. (2012). From Fragmentation to Constitutionalization. *25 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.*, 381-394.
- FASSBENDER, B. (2007). The meaning of international constitutional law. En N. Tsagourias (ed.). *Transnational Constitutionalism, International and European Perspectives* (pp. 307-328). Cambridge: Cambridge University Press.
- JOHNSTON, D. (2005). World Constitutionalism in the Theory of International Law. En R. MacDonald y D. Johnston (ed.). *Towards World Constitutionalism. Issues in the legal ordering of the world community* (pp. 3-29). Leiden: Martinus Nijhoff.
- KLABBERS, J. Peters y A. Ulfstein, G. (2011). *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

- LINOS, K. y GUZMAN, A. (2014). Human Rights Backsliding. *102 Calif. L. Rev.* 603, 603-654.
- MURRAY, J. (2001). *Transnational Labour regulations: The ILO and EC compared*. The Hague, Boston, London: Kluwer law international.
- PETERS, A. y ARMINGEON, K. (2009). Introduction-Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective. *16 Ind. J. Global Legal Stud.*, 385-395.
- PETERS, A. (2018). Los méritos del constitucionalismo global. *Revista Derecho del Estado*, 40 enero-junio, 3-20.
- RACHOVITSA, A. (2016). Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties. *Human Rights Law Review*, 16, 77-101.
- RODRÍGUEZ, A. (2001). *Integración europea y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
 - (2015). La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación. *Revista de Derecho Político*, 93, 75-102.
- SÁNCHEZ-MOLINA, P. (2018a). El origen de la cláusula de la mayor protección. *Estudios de Deusto* 66/1, 375-391.
 - (2018b). Artículo 10.2 CE. En Y. Gómez (coord.). *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario* (pp. 81-82). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- SCHABAS, W. (2015). *The European Convention on Human Rights. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- SIEGHART, P. (1983). *The International Law of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- WERNER, W. (2007). The never-ending closure: constitutionalism and international law. En N. Tsagourias (ed). *Transnational Constitutionalism, International and European Perspectives* (pp. 329-367). Cambridge: Cambridge University Press.

