

**DIALOGO ENTRE FRANCISCO BASTIDA (FB),
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, FRANCISCO CAAMAÑO
(FC), PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE A CORUÑA, Y RICARDO
CHUECA (RC), PROFESOR DE DERECHO
CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

F.B.: Hablemos, si os parece, de la posición de la Constitución en el sistema de fuentes. No sé si ahora se puede decir que la Constitución sigue siendo la norma jurídica suprema, cuando estamos integrados en la Unión Europea o cuando las sentencias del Tribunal Constitucional son corregidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ¿Podemos seguir explicando el derecho constitucional como antes?

R.C.: Es suprema de otro modo. En esto sí que se puede decir que las constituciones se compaginan, cobran vida propia, para bien y para mal, cobran vida en el sentido de que toda organización estructural institucional tiene siempre entropía y por consiguiente degenera en unas partes. Pero en otras, al contrario, creo que la Constitución, por fin, se ha incorporado en partes importantes a lo que podríamos llamar, con cierta dignidad, la cultura jurídica española, pero también es verdad que el Estado de derecho es un reto constante, no es una cosa que llegas y la implantas y ya está, sino que cobra vida. Para bien y para mal hay elementos de degeneración y elementos de consolidación e incluso de recreación de la Constitución. En el caso de la construcción de Europa, evidentemente, es otro tema, es una mutación constitucional constante en Europa, la constitución actual (europea) no tiene nada que ver en su literalidad desde hace veinticinco años hasta ahora.

F.B.: En la explicación del sistema de fuentes, cuando hablamos de la Constitución como norma jurídica suprema, podemos acudir a lo que dijo el Tribunal Constitucional –creo que por influencia de Juan Luis Requejo–, de que una cosa es primacía del derecho de la Unión Europea y otra la supremacía de la Constitución. Pero no sé si estamos jugando un poco con las palabras y realmente nos corresponde ya hablar de un derecho constitucional nuevo.

F.C.: Sí, en mi opinión la Constitución se está convirtiendo en un referente. En un referente jurídico, pero también de la sociedad que pretende regular. Es como un

centro de imputación normativo de primer orden, pero ya no es, efectivamente, el supremo, en la concepción tradicional del ordenamiento jurídico. En el caso de la Constitución española por dos motivos básicos: el primero, porque su Título VIII está muerto –nació para morir–, y el segundo, porque no contemplaba la realidad europea con la potencia que el proceso de integración ha llegado a tener, y eso produce un debilitamiento de la estructura normativa de la Constitución. De ahí la necesidad, en mi opinión, de que también esta cuestión figure entre los contenidos de una futura reforma. También concurre un motivo más general, que es el *soft law*. La idea fuerte de la Constitución, como suprema formalización del derecho del estado, empieza a ofrecer, en un mundo global, serias debilidades: el derecho de las grandes corporaciones; los acuerdos sociales y mercantiles que se imponen a los estados, los grandes pactos del G-20 y de otros foros internacionales que influyen sobre los derechos de la ciudadanía y su bienestar. La debilidad del Estado es también una debilidad de su norma fundadora. Un proceso de transformación, que veremos hacia dónde se dirige.

F.B.: Ya que se habla de la reforma de la Constitución, ¿no creéis que debería hacerse? Me parece que sí, pero ¿cómo habría que realizarla y sobre qué materias?

R.C.: La Constitución significa varias cosas. Yo creo que el término reforma no tiene significado ya, ha perdido significado, por degradación y porque, además, cuando se habla de reforma, se alude a cosas distintas. Y entonces eso se refleja en las encuestas, donde hay regularmente un porcentaje de apoyo a la reforma del 50%, pero los temas concretos de qué reforma se apoya se diseminan, así que hay que preguntarse dónde encontramos consenso social sólido, articulado políticamente. Creo que eso no existe, existe tensión crítica respecto a la Constitución, pero consenso no. Seguramente porque el sistema político todavía no ha madurado lo suficiente como para convertir la tensión en decisiones de cuerpo. Y eso convive con los técnicos, que creemos que hay cosas que habría que hacer, pero este tipo de preocupaciones nuestras no coincide necesariamente con la opinión pública, con la opinión publicada y no digamos ya con los actores políticos. Es un tema por el que todos preguntan en el aniversario de la Constitución. Qué más da lo que yo piense, si sólo podría hacer una consideración técnica.

F.B.: Políticamente se dice que no hay que abrir «este melón» hasta que haya un consenso, pero el problema es que el «melón» se pudre. Desde el punto de vista de la organización territorial del Estado el problema es realmente grave. Y si no se solventa en términos normativos, la tentación es el cambio prescindiendo de la Constitución. Yo creo que es mejor que se solvente dentro de la Constitución. Y esta no es la única materia a reformar; también está la integración en la Unión Europea, la figura del Senado, la Constitución económica, la redefinición de algunos derechos fundamentales, por no hablar de la forma de la Jefatura del Estado. Creo que la reforma de la Constitución debe hacerse, lo que sucede es que a los actores políticos sólo les preocupa el corto plazo, están en permanente campaña electoral y hablar de reformar la Constitución no lo ven como un punto de encuentro hacia el futuro.

F.C.: En mi opinión, la Constitución no necesita solo una reforma suave, que es lo que normalmente se suele comentar. Cuando te metes en harina, los problemas

aparecen. Hay que cambiar el Título VIII, pero ¿qué ponemos en su lugar? Acabas de mencionar el sistema de fuentes: es que las leyes marco no han nacido; las leyes de armonización nos las hemos cargado con la LOAPA; las leyes de transferencia y delegación murieron con los Estatutos de nueva generación, y todo el diseño de distribución de competencias lo hacemos descansar en una tipología de ley que no existe, a la que se llama legislación básica y que es un arcano en manos del Tribunal Constitucional, cuya operatividad va cambiando en función de su composición y de sus lógicas. No podemos mantener un sistema así. Pero lo peor es la propia cláusula de reforma. Uno de nuestros dramas es que para reformar la Constitución hay que reformar la reforma, y este sí que es un grave problema. Las opiniones de los colegas son varias. Hay quien cree que nuestra Constitución tiene cláusulas de intangibilidad y lo argumentan desde su precomprensión del derecho. Este debate, también pesa sobre las decisiones políticas. La derecha española defenderá cláusulas de intangibilidad que no están en la Constitución y otro tanto hará la izquierda. Tenemos un serio problema acerca de cómo reformar la reforma, y sin ese paso previo, a mi juicio, nunca reformaremos la Constitución. Y lo que hizo Portugal para firmar el Tratado de la Unión, yo creo que España no tiene, por las razones que exponía Ricardo, ni el momento ni la cultura política de fondo para llevar a cabo operaciones de ese tipo. Mientras tanto, la Constitución, pierde energía y comienza a convivir con sus debilidades.

R.C.: En el tema de la organización territorial tengo una opinión altamente heterodoxa, así que no hay mejor sitio para exponerla que en Oviedo. Mi conocimiento de los sistemas políticos territorialmente descentralizados dice que son sistemas que funcionan en base a actuaciones puramente empíricas, es decir, que el concepto de Estado políticamente descentralizado chirría en la teoría del Estado clásica, porque los modelos exitosos han resultado de la práctica, y luego se han ido reconociendo a nivel institucional. El caso alemán es evidente, porque viene del siglo XIX. La asociación, en la cultura alemana, entre territorio y poder, no la tenemos en España. El modelo norteamericano, por otras razones, es también distinto. Yo creo que el Título VIII está muerto, pero muerto de éxito. ¿En qué parte? En la que ha permitido crear un Estado nuevo. Pero cualquier reforma en España tiene un problema, el adanismo. Si cambias algo, se dice «esto es cambiar para que todo siga igual», o «cuidado, que vamos a cambiar». Esto es pura cultura política española; y hay miedo también en los actores políticos. La idea de «abrir el melón» ya es de pánico. El ciudadano normal está a otro nivel. ¿Recordáis las dos reformas de la Constitución que se han aprobado? La segunda es una reforma de calado profundísimo, y nadie ha dicho nada. Hay veces que los políticos tienen que liderar, pero eso ahora en España no es posible, porque tenemos un problema de crisis grave de los actores políticos.

F.B.: Esto lleva al problema de la democracia representativa, del papel de los partidos, pero las reformas constitucionales tienen que hacerlas los actores institucionales. Ya cuando se hizo la Constitución, los acuerdos se adoptaban fuera de las Cortes, entre los partidos que tenían presencia en la Comisión Constitucional y, de manera singular, entre los dos grandes partidos. Los partidos siguen siendo los mismos, los grandes, pero sin embargo la sustancia de los acuerdos ha cambiado de una

manera enorme. Antes era posible establecer acuerdos y ahora no; incluso el nivel intelectual de la clase política ha cambiado sobremanera. Todo ello ha propiciado que se extienda la idea de que la democracia representativa pertenece al pasado y frente a la idea de la democracia directa como instrumento idóneo y sustitutivo de la democracia representativa. Es curioso que los que utilizaban como lema «no nos presentan» se consideraban ellos mismos representantes, eso sí auténticos, de los indignados. De hecho, el movimiento 15 M desembocó en la creación de un partido, Podemos, y de plataformas electorales vinculadas o aliadas a Podemos. La democracia representativa es inevitable y la democracia directa es un complemento, pero no un sustituto de aquella. ¿No os parece?

F.C.: A mí me parece que la democracia representativa es la única forma de articular –no digo que en solitario–, un estado democrático y de derecho. Me parece muy bien que se complemente con instrumentos de participación directa de la ciudadanía, pero también creo que el pueblo no está dispuesto a levantarse todas las mañanas, estudiar el orden día de todo aquello sobre lo que se debe legislar o discutir y votar desde su casa. Esa ciudadanía permanente volcada sobre la responsabilidad pública ni existe ni quiere existir. Al hilo de las palabras de Paco Bastida, en España sí tenemos una peculiaridad adicional, que es como una cierta obsesión que arrastramos desde los Pactos de la Moncloa: la sobrevaloración de la democracia de consenso. La referencia que siempre tenemos, más en estos últimos tiempos de fragmentación parlamentaria, es la gran coalición alemana, como si ese particular situación política no fuese una suerte de patología democrática. Me explico: la democracia es competencia política (tener la posibilidad de ganar y la de perder) y, por tanto, suprimir esa competencia mediante pactos políticos de gobierno que desplazan a las políticas de oposición, produce indiferencia porque, por la vía del consenso, siempre terminan gobernando los mismos.

En España tenemos una aparente inclinación de salón hacia esa cultura del pacto, pero hemos descubierto que la democracia es competencia y, acaso, extremado ese factor. Además, las nuevas tecnologías de la comunicación y las redes sociales han transformado el escenario: la competencia política también es competencia social en la que se puede argumentar políticamente en 140 caracteres. Todo esto ha impactado en las democracias, especialmente en las más jóvenes como la nuestra, pero también en las de mayor solera: basta la imagen de un Presidente de los Estados Unidos gobernando por Twitter.

R.C.: Hay un problema, que tiene que ver con el hecho de que la democracia representativa tiene unos implícitos estructurales. El modelo ideal, el tipo weberiano, sería el de que hay una serie de elementos de opinión pública, un sistema de instrumentos de comunicación determinados, la prensa libre... Todo esto ha desaparecido, está en revisión y ha sido sustituido por una cosa que, irónicamente, se llama redes sociales, cuando lo que hacen es aislar a cada persona y, por tanto, convertirla en diana individual de cada mensaje. No hay debate colectivo en las redes sociales, es mentira, no existe. No es posible porque es diádico: el mensaje que recibe cada uno, lo recibe individualmente, y no hay construcción ni decisión colectiva, sino es la

que crea la propia estructura de comunicación. Este es el primer problema. Luego, hay un segundo problema que tiene que ver con la transformación de los partidos. La democracia representativa –yo creo que estamos todos de acuerdo– es una fase larga de transición y transformación del Estado constitucional clásico. Entonces, los partidos existen porque sin ellos el Estado es imposible. Por tanto, de una manera o de otra, ya forman parte de la estructura institucional estatal, con pérdida –lógicamente– de la aportación de representatividad que históricamente realizaban, y además lo hacen en un escenario más difícil, porque se ha transformado el entorno. Y a eso hay que añadir, finalmente, el caso de los problemas que tienen que ver con la propia cultura, con tradiciones tan impresionantes como pensar que las primarias, en los partidos, solo sirven para dividir. Pero si no hay enfrentamiento, evidentemente lo que hay es una consagración del líder como única opción y una disuasión de cualquier competencia, con lo cual lo que se hace es reproducir lo peor de cualquier organización jerarquizada, porque los partidos son organizaciones jerarquizadas, sirven a la democracia, pero no son democráticas, porque si lo fueran, no serían posibles como partido. Eso hay que saberlo, es consustancial, no les podemos reprochar que apliquen jerarquías –de acuerdo a los procedimientos de elección– pero jerarquías. Y todo ese es el problema que tenemos; estamos en transición.

F.B.: Se hace pasar como deliberación lo que no es deliberación. ¿Democracia deliberativa? En las redes sociales hay crítica, pero no hay deliberación, el opinante se convierte en una persona que realmente es un *hooligan*; además ya te informas en la red social que te interesa, no quieres deliberación, sino corroboren y afiancen tus convicciones. En la medida en que la democracia ha girado hacia esos terrenos de las redes sociales la democracia representativa padece enormemente, porque estaba basada en el presupuesto kantiano de búsqueda de la racionalidad en el debate público, en el ágora institucional, y eso ya no existe, porque el foro público es virtual. Y no es foro tampoco. Es foro porque es un espacio abierto, pero no en el sentido de deliberación, que no existe.

R.C.: Hasta llegar al fenómeno que está pasando ahora, que es el hecho de que la aprobación de los presupuestos de la Generalitat depende de 300 personas que deciden lo que van a votar los diputados de la CUP.

F.B.: Bueno, pero eso siempre ha existido ¿no? La minoría siempre ha aprovechado la necesidad de sus votos para condicionar la política nacional.

R.C.: Pero lo están decidiendo como gesto demostrativo de democracia directa.

F. C.: El problema de las redes nos lleva al principio de nuestra conversación, que es quién tiene el poder, y si el Estado no está dominado por las grandes corporaciones que existen en la actualidad. Todos podemos pensar en unas cuantas que tienen no solo un poder inmenso, sino que algunas tienen un PIB superior, comparativamente, al español, en su presupuesto. Apple acaba de hacer una ampliación de su autocartera recomprando acciones por un valor semejante al producto interior bruto de Kenia. No es solo el poder económico y transnacional, sino otro no menos importante: las grandes tecnológicas de la comunicación no necesitan de una STASI. Ellas ya saben cómo vamos a actuar antes que nosotros mismos y, competir con quienes tienen ese

nivel anticipado de información es muy difícil. Gracias a internet y a las redes sociales hay multinacionales que pueden anticipar nuestras decisiones y en ese contexto, los Gobiernos siempre van por detrás de quien en realidad gobierna.

F.B.: Y donde el sistema económico, además, prevalece sobre el sistema político. Antes, la idea del Estado nación era sólida: la soberanía, las fronteras, la moneda... pero ahora no. No es que el euro haya sustituido a la peseta, es que las criptomonedas crean un circuito económico paralelo cada vez más amplio. Los *bitcoins*, ya están poniendo en guardia a los propios bancos nacionales y a la banca europea. Hay empresas con un nivel de negocio superior al PNB de muchos Estados, condicionan su sistema tributario y su economía. Ése es el problema, que el sistema económico ha puesto de rodillas al sistema político y constitucional y ante eso poco se puede hacer. Se ve en los derechos fundamentales. Se dice: «Usted está condenado porque está contaminando». «Ah, pues deslocalizo la empresa». Y todo el pueblo diciendo: «Por favor, no se lleven la empresa, ¡contamínenos!».

R.C.: Yo, en esto, creo que tengo un impacto fortísimo de lo que podríamos llamar la teoría clásica del Estado y su origen. El Estado siempre ha estado retado, es consustancial al Estado. Repasas la historia minuciosamente y ahora es un reto fortísimo, pero no es el primero y seguramente no es el más intenso que ha tenido. Yo recomiendo la lectura de un libro «Continente salvaje», de Keith Lowe. Es un tipo que hace lo siguiente: estudia lo que pasa en el continente europeo, en los territorios que van quedando liberados por los aliados. Estudia el estado de vida de esos territorios durante uno o dos años siguientes. Es un continente salvaje. Es impresionante, ahí yo me convertí en europeísta de convicción. El europeísmo nace de ahí, de que hay millones de ciudadanos europeos que lo experimentaron. Es un libro que habría que hacerlo de lectura obligatoria para los constitucionalistas y europeístas, porque te das cuenta de que el Estado como institución ha soportado retos impresionantes. Este actual es muy importante, porque el Estado, desde su nacimiento, está asociado a lo que podríamos llamar elementos básicos del capitalismo emergente. Y esa vinculación, que va más allá de muchas ideologías actuales, es difícil de disociar. Pero, por otra parte, esas multinacionales tan potentes necesitan del Estado. Es verdad que como instrumento, pero no pueden destruir el Estado como forma política. Quieren cambiar el Estado, ahí estamos en una nueva tensión, aunque de una dimensión tremenda.

F.B.: De todas maneras, como dije antes, el problema de las grandes corporaciones es que ponen de rodillas al Estado. Desde el punto impositivo, incluso. Puedes poner los impuestos que quieran, que se van a otro lado, se deslocalizan... El poder económico es tan inmenso que el Estado está en continua supervivencia como Estado, y a la democracia le sucede lo mismo. Ese es el gran problema. Y ante eso, tenemos unos actores políticos que cada vez son más enanos comparados con estos gigantes, que además son enanos que se dedican a discutir trivialidades entre ellos. Para la democracia resulta poco fructífero y esperanzador ver esa situación, porque al final el individuo no va a depender de lo que decidan los políticos sino de lo que decidan las grandes corporaciones.

F.C.: No es solo lo económico. El Estado es un poco analógico en una sociedad digital, en la que dominio de la información es, más que nunca, la expresión del poder. La ciudadanía se presta a informar de su vida y de sus preferencias a las grandes corporaciones porque tras ellas no ve la «mano negra» del estado. Con esa información, quienes no son el estado predeterminan nuestras decisiones. Aparentemente, aunque de modo distinto y hasta inconsciente, las prioridades las sigue definiendo la ciudadanía y, en este sentido, podría decirse que su determinación también descansan en una base democrática. Ahora bien, estaríamos ante una democracia manipulada, en la que cuentan los números y no las personas. Este es el gran problema: ¿cómo ejercer el poder que el pueblo delega si informal e inconscientemente ya lo ha cedido con anterioridad?

R.C.: Yo creo que en esto tenemos todos, yo incluido, un error de concepción. Estamos pensando en un concepto de Estado asociado al llamado capitalismo renano, a la capacidad de intervención del Estado, del modelo clásico de Estado, la idea social– demócrata. Esto está absolutamente liquidado. La capacidad de intervención del Estado es limitadísima. Es que no es posible, los retos que hay, incluso los retos objetivos –el reto medioambiental, por ejemplo– lo hemos creado todos, el riesgo lo hemos creado todos. La capacidad de intervención está destruida, muy limitada. Y eso va a generar una transformación del poder público estatal con unas dimensiones nuevas que necesitan tiempo. Y eso es complejo en el marco de una cultura política en el que todo es para mañana por la mañana, porque no hemos tenido estabilidad política. Hacen falta estrategias de tipo colectivo y eso en España está faltando. Solamente el nivel de colaboración del sistema sanitario español es espectacular, pero nadie lo dice. Solamente se dice que una determinada Comunidad Autónoma ha dicho que no va a cumplir, pero eso es una discrepancia en un escenario de una colaboración altísima que, por cierto, durante el proceso autonómico, nadie pensó que se iba a producir.

F.B.: El problema que yo veo también es que, como las decisiones cada vez son más complejas, hay que tener más variables. ¿Hasta qué punto la democracia perece ante una aristocracia del conocimiento? Y para colmo, se considera que el Estado de derecho queda incólume porque las decisiones basadas, al menos en apariencia, en ese conocimiento son controladas por los tribunales. Unos tribunales que se rigen así en una aristocracia judicial que no dispone de conocimientos técnico científicos. Lo estamos viendo con las dispares decisiones de los tribunales sobre las medidas contra la pandemia de la *Covid*. Las decisiones las puede tomar el Gobierno, pero tiene que estar asesorado. ¿Hasta qué punto están influenciados esos ejecutivos con alto conocimiento por otros poderes económicos? Se adoptan una serie de decisiones donde la deliberación del político cuenta poco y muchas veces cuenta pensando más que nada en términos electorales, pero lo cierto es que las opciones plantean en términos cada vez más técnicos y cada vez más inasequibles para los propios políticos. Así que dónde queda la democracia como participación de todo para deliberar, si para deliberar hace falta conocimiento y no sentimiento mostrado en un «me gusta» en las redes sociales. En suma, día a día el conocimiento está más sectorializado, y

es tan especializado que cada vez es más difícil hallar una compatibilidad entre la idea clásica de democracia y un conocimiento más aristocrático.

R.C.: Nosotros estamos trabajando en un proyecto de investigación del que forma parte un miembro del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Leonardo Álvarez, sobre el tema de cómo la forma de relacionar técnica y poder político está teniendo un efecto tremendo en la relación entre ciencia y derecho. Y cómo se está procesando esto, por ejemplo, en los trabajos parlamentarios, cómo está entrando en los tribunales en *la ratio decidendi*, y cómo está alterando el propio sistema de fuentes. Esto es una situación real que está ocurriendo en nuestras sociedades y en nuestros ordenamientos jurídicos.

F.C.: Está ocurriendo, y mucho. Enlazando con vuestras valoraciones, en la política se busca el criterio de autoridad para minorar el riesgo de una decisión previamente tomada, y justificar ante la opinión pública que no es meramente partidaria. La ciencia es, sin duda, un criterio de autoridad que, además, se nos presenta como políticamente neutro. El problema es que la ciencia no es unívoca, también compete y en cierto modo hace «su» política. Sin la discrepancia no habría ciencia y si se discrepa es porque hay posiciones controvertidas. Pero para la sociedad, «lo que dice la ciencia no es discutible», lo que resulta extraordinariamente útil para quien hace política. En ese contexto, quien gobierna, procura el respaldo de la ciencia porque, si algo sale mal han sido los ingenieros, los arquitectos, los médicos, en fin, los técnicos que saben, quienes decidieron, como si la opinión profesional científica fuese enteramente objetiva y neutra. A poco que uno escarbe, comprueba que en la buena ciencia existe un debate siempre inacabado acerca de lo que se es, que no excluye lo que se debe ser. Pero a la ciudadanía le parece que la ciencia es uniforme y a quienes están en la gobernanza pública les interesa incrementar esa percepción. La pandemia que sufrimos es un ejemplo típico. ¿Qué pueden decir los médicos sobre qué barrios se deben confinar de una ciudad? Sin duda, su opinión es importante para adoptar esa decisión desde una perspectiva de salud pública, pero concurren otros muchos factores que la política debe ponderar: si hay transporte urbano, qué nivel de personas vulnerables viven en ese lugar, qué ocurre con las escuelas, con los aprovisionamientos básicos, con los consumos de agua y electricidad... No parece que esos aspectos relevantes de la decisión los deba también adoptar un comité médico...

R.C.: Quería plantearos un tema distinto para el que no tengo explicación. ¿No habéis observado que hay una huida de los constitucionalistas de la presencia pública en medios de comunicación? A veces pienso que es porque hay colegas que aspiran a ser considerados para cargos, otras veces porque es una huida del foco mediático porque asusta, porque es un descontrol –dices una cosa y te editan y sacan una cosa distinta...–. A lo mejor es un conjunto de factores, pero me está llamando la atención la falta de valentía, que me incluye en primer lugar a mí, que huyo de los medios.

F.B.: ¿A qué le atribuyes eso? Yo creo que no es así. Hay muchos colegas que escriben, escribimos, en los periódicos. Cosa distinta es la calidad de esas intervenciones y el caso que se haga ellas desde las instituciones. También ha surgido la opinión en caliente, repentina, llevada por la inmediatez de las redes sociales, lo

cual tiene un doble sentido negativo. La falta de reflexión y la consideración de que, como cualquiera puede opinar sobre cualquier decisión jurídica, todas las opiniones valen lo mismo.

F.C.: Yo tengo, un poco, la sensación de Ricardo. Y más que nada, es por el impacto por que la crítica puede tener. Antes la crítica era, básicamente, una crítica razonablemente asumible, en el sentido de que el profesor que escribía en un diario o participaba en un programa de radio, etc., podía ser objeto de crítica por los colegas. Pero hoy las consecuencias suelen ser otras: tener el teléfono móvil inundado de mensajes, correos electrónicos llenos de descalificaciones y amenazas...y, si se hacen eco las redes sociales, la noticia acabará llegando a los medios de comunicación institucionalizados. La libertad de cátedra se enfrenta, fuera de la academia, con lo políticamente correcto y, a menudo, las opiniones del estudioso discrepan de las posiciones de colectivos sociales muy activos, con gran capacidad para hacer sentir su malestar, y que etiquetan de manera muy simple (política e ideológicamente), lo que solo era una reflexión más compleja vertida en un lugar equivocado. El riesgo de exposición es muy alto y además puede repercutir directamente en el prestigio intelectual o en la reputación personal del académico. Hace años, esto no ocurría con esa intensidad y, por tanto, el riesgo era más asumible.

R.C.: Además, eso queda para siempre. Una vez que estás catalogado, identificado como «aquel que dijo», eso te acompaña el resto de tu vida, porque además sigues estando en la internet, en la hemeroteca... que, además, igual no es ni lo que habías dicho realmente.

F.B.: Es que ya no se juzga lo que has dicho, si no a quien está favoreciendo y se te cataloga como intelectual orgánico. Y eso te descoloca. Yo, que estoy más o menos identificado en la órbita de Izquierda Unida, te opones a la oficialidad del bable y piensan que eres un traidor. Se mira todo en términos de militancia... no de lealtad intelectual, La libertad de pensamiento es peligrosa.

F.B.: Ya que sacamos el otro tema, creo que es importante también cómo se está coartando la libertad de expresión en aras del lenguaje políticamente correcto, que muchas veces es un lenguaje sesgado. Depende de cómo sean los colectivos que se sienten aludidos, Si tienen fuerza y presencia mediática, la crítica al políticamente incorrecto puede ser despiadada. Quiero decir que la libertad de expresión está ahora tan mediatizada por la influencia de grupos que han sido o que son vulnerables y que tienen ahora fuerza que cualquier cuestión que digas y que sientan que les afecta, saltan inmediatamente, inadmitiendo una crítica, una opinión... Se ha recorrido un camino peligroso acudiendo al código penal para criminalizar las críticas. La tipificación de los delitos de odio ha propiciado la autocensura, la penalización de la libertad de expresión y hasta el ridículo de ver cómo el Tribunal Constitucional califica la quema de retratos del Rey como un delito de odio.

R.C.: Hay un excelente libro de Víctor Klemperer, que explica la transformación del lenguaje en el proceso de ascenso del partido nacional socialista al poder. Ahí yo aprendí la importancia de cómo las transformaciones del lenguaje, en realidad, lo que encubre es un deseo –legítimo– de ocupar poder. El lenguaje como ariete del

poder. Si cambiamos el lenguaje, si damos un significado nuevo, estamos diciendo «déjenos irrumpir en los procesos. Y cuando lo hagamos, no se queje».

F.C.: El problema es que uno piensa a través de palabras.

R.C.: Y con la complicidad de la Academia. Me quedé impresionado que incluyen la palabra «zasca» en el diccionario, pero no puedes encontrar «neuroderecho», por ejemplo.

F.B.: Yo es que veo que hay, por una parte, una auto-censura, para no incurrir en lo políticamente incorrecto, pero, por otra, se combina eso con la acidez extrema que hay en las redes sociales. Te consideras impune en tu soledad y entonces se dicen auténticas barbaridades. Hay ese contraste entre lo público, el foro público tradicional de los medios de comunicación clásicos, y las redes sociales, que es un foro público virtual, de alcance universal, pero como te insertas en él desde tu ámbito íntimo y privado, que permite en apariencia el anonimato, te permites decir auténticas barbaridades.

R.C.: Ese es uno de los nichos de crecimiento de votos de VOX: la franqueza del lenguaje de las redes frente al lenguaje –digamos– artificial, de plástico, del lenguaje oficial que es siempre complejo y alambicado.

F.C.: Es que detrás de esos elementos externos, creo que hay un elemento más preocupante. En Europa –todo tiene su lugar de origen– y en los Estados Unidos, hay algunos derechos y libertades que, por así decir, comienzan a estar sobrevalorados. Me explico. No es que haya autocensura, en el sentido de «me reprimo y siento dolor por reprimirme, por no decir lo que quisiera decir, me encuentro mal conmigo mismo». No, no solo eso. Es que comienzas a encontrarte bien contigo mismo por haber acertado al callarte. Y esa autovaloración se ha interiorizado porque los costes por hablar son tales, que al final de modo inconsciente nos aproximamos cada vez más a esas democracias –digamos del sureste asiático– en las que se preguntan: libertad de expresión ¿para qué? Lo importante es poder hablar en las redes sociales desde el anonimato, tener un móvil, tener un trabajo, moverme, no tener líos con la gente: hacer lo que dicen, para poder hacer lo que verdaderamente quiero. En esta sociedad en la que el consumidor ha sustituido al ciudadano, los derechos tradicionales pierden parte de su fuerza y lo consentimos, no solo por el lenguaje, sino también por nuestra acomodación intelectual a las nuevas realidades.

F.B.: Como dije antes, el problema es que la autocensura viene dada también por la censura externa que impone la legislación. La regulación de los delitos de odio es tremenda. Cada colectivo tiene una autoestima extraordinaria y una piel finísima y a la mínima se dice que hay delito de odio. La libertad de expresión, que es básica para la democracia, acaba encorsetada.

R.C.: Vamos a criticarnos un poco, para algo en lo que no estamos de acuerdo. El caso de Estados Unidos tiene que ver con la crisis de una falsa imagen estadounidense. Tenemos una influencia de la imagen idealizada y cinematográfica de Estados Unidos; la gente cree que EE.UU. es Nueva York o Boston. No, Estados Unidos es otra cosa, que tiene mucho que ver con la gente que estaba en el Capitolio. En los medios de comunicación españoles, cuando hay elecciones presidenciales, no dicen

que a un Presidente con muchísimo apoyo puede haberle votado la cuarta parte de los americanos. Y eso es mucho apoyo, porque la participación puede estar en el 50%. Para empezar, en Estados Unidos, si no te apuntas, no votas. Y hay aproximadamente tres de cada diez americanos que nunca han votado. Lo normal en EE.UU. es que a un Presidente lo apoyen dos de cada diez. Y, sin embargo, lo tenemos como un ideal de democracia; hay que tener cuidado con las comparaciones, porque en general hay una ignorancia mediática tremenda. Hay muchas cosas en Europa que no tiene que ver con eso, para bien y para mal. Cuando aquí hay un problema social no es como en Estados Unidos. Allí lo resuelven rápidamente: ¿Cuántos marginados hay que crear? ¿20 millones? Pues se crean.

F.B.: No sólo eso, sino que, si molestan, pagamos al Estado de Chicago para que se lleve a los pobres de Nueva York.

R.C.: En el tema de los colectivos y el lenguaje, la cuestión es que la sociedad está fragmentándose en grupos cada vez más. Entonces, una persona es capaz de defenderse si es capaz de pertenecer a los grupos que le van a defender. Los gays, los transexuales, los pensionistas del País Vasco... por debilidad de las instituciones sociales y políticas, que antes agregaban esos intereses. Es una especie de medievalización de la sociedad. Si no perteneces a ningún colectivo, estás perdido.

F.B.: Los sindicatos ya no cumplen la función de antaño, porque la idea de la sociedad dividida en clases pertenece a una era analógica. La sociedad digital se fragmenta en grupúsculos marcados por hashtag o etiquetas. Los medios de comunicación clásicos han sucumbido a las redes sociales y, lejos de distanciarse e imponerse su sello de seriedad, hacen seguidismo. Han abandonado su misión de informar y se dedican a entretener. Invierten más tiempo en contar anécdotas de sujetos irrelevantes que en informar de los problemas graves de la sociedad. Los mil colectivos que se crean no pretenden participar; sólo que el Estado, las instituciones, atiendan sus reivindicaciones, como si otras no hubiera, a la vez que reniegan de la política y de los representantes. El Estado no se concibe como la organización política de la sociedad, sino como un seguro universal que debe atender todo tipo de reivindicaciones.

R.C.: Sensibilizando, pero no movilizándolo.

F.B.: La gente no quiere participar. El ejemplo más claro son las juntas de una comunidad de vecinos. Te estás jugando un aumento de la cuota mensual o una nueva derrama y pocos asisten a las reuniones de la Junta. Y esos mismos que no participan, son los que critican que no hay democracia, reniegan de la democracia representativa, y reclaman más democracia directa. Lo dicho, una parte importante de la sociedad no quiere participar y deliberar, sino que le resuelvan sus problemas y se siente atraída por grupos políticos que, beneficiándose de su representación en las instituciones, adoptan una posición de antisistema y prometen un cambio que permitirá asaltar el cielo o expulsar a los emigrantes para crear la arcadia feliz.

R.C.: ¿Y la Corona, ¿qué? [Risas].

F.B.: También hay otra cuestión: la inclusión en el capítulo de derechos fundamentales de otros derechos. Por ejemplo, ¿hay que incluir el derecho fundamental

a la vivienda? Y Está también el papel de los tribunales en la interpretación de los derechos, que acaban definiéndolos no en función de su delimitación constitucional, sino en el juicio que emiten ponderando los intereses en juego y aplicando un test de proporcionalidad que permite relativizar e incluso descafeinar los derechos.

Por otra parte es preocupante la judicialización de la política, no sólo de la vida política, sino también de las decisiones políticas y de la cada vez más ausencia de autocontención judicial. Parece como si los jueces y sobre todo los tribunales, no sólo el constitucional o el supremo, sino también los Tribunales Superiores de Justicia, fuesen los que deciden lo que es mejor para la sociedad. Su labor no es hacer justicia, sino ajustarse al derecho. Cuando una decisión controvertida sale adelante con el voto de calidad del Presidente del Tribunal y la mitad de votos particulares, algo falla en el sistema. En fin, estamos en una judicialización del sistema constitucional muy preocupante.

F.C.: No solo del sistema constitucional. Y esta es una opinión muy personal. Tengo la sensación de que, desde hace tiempo, el derecho que hacemos es el que el juez ordena. Los jueces nos dicen cómo tenemos que hacer las leyes, porque si no serán inconstitucionales. No solo los tribunales españoles, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Impongo desde el tribunal cómo tiene que ser el derecho, porque al final voy a tener que decidir sobre él. Desde la potenciación de la jurisdicción constitucional, por decirlo en términos generales, cada juez se considera ya un juez de la ley. No solo el Tribunal Constitucional, sino todos. Al final, desde la jurisdicción –y creo que la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del de Luxemburgo es muy notoria– se escriben los principios básicos del Derecho y se condiciona la capacidad para desarrollar la labor creativa y de innovación jurídica que corresponde al parlamento. Cuando se tiene que legislar, se ha de estar muy pendiente de las fronteras «jurídicas», porque ya se nos ha dicho por los jueces qué cosas no se pueden hacer, como si estos hablases siempre más allá del caso que han resuelto. La cosa juzgada hace tiempo que ha trascendido de las partes intervinientes en el proceso. Los titulares de las potestades de normación (Parlamento y Gobierno) han de moverse en el marco informal de las convicciones asentadas en el poder judicial que son necesariamente conservadores, pues los jueces no pueden actuar de oficio (a ellos los les llegan los conflictos, no los causan). Al poder legislativo le corresponde crear derecho, pero sujeto a un nuevo derecho de la tierra (impropio del modelo europeo continental) que solo los jueces conocen y que administran con la particular vara de medir del principio de proporcionalidad, según la comprensión que ellos mismos imponen de ese principio. El otro gran problema que aprecio es la confusión, muy española, entre imparcialidad e independencia. Estoy realmente harto de que se confundan sistemáticamente. Como ciudadano solo me interesa que, en mi caso el juez sea imparcial. Me da igual que la nómina se la pague el Estado, que lo hayan elegido otros ciudadanos, que tenga esa condición por haber ganado una oposición o porque fue seleccionado a través de otro procedimiento. Exagero, pero entiéndaseme bien: en España padecemos de *independentitis* judicial y no es de extrañar que una buena parte de la ciudadanía piense que el CGPJ es poder judicial.

F.B.: La independencia sólo está legitimada por la dependencia de la ley.

R.C.: La híper-presencia judicial en este tema, indirecta como has planteado, sobre la ley, es debida a dos factores. En primer lugar, a la híperproducción legislativa, que hace que la intervención del juez deba comenzar por construir una norma de aplicación que siempre va a ser compleja, que implica la interpretación de varias leyes, que además están articuladas mal, y hay que mantener la unidad del ordenamiento de modo extremadamente difícil... y eso va unido a la mala calidad de las normas. El último libro que hemos publicado en nuestro grupo se llama *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*. La tesis dice, en primer lugar, que cuando se habla de inclusión de derechos, todo el mundo está pensando en modificar la Constitución para reforzar determinadas posiciones jurídicas subjetivas (la vivienda, etc.). Eso en ningún caso puede alimentar la introducción de un nuevo derecho fundamental, porque introducir un nuevo derecho significa transformar el estado existente. Esa es la realidad: la subjetividad del interés que incorporas es irrelevante frente al hecho de que creas un nuevo espacio de delimitación para el legislador, activo y pasivo. Y por tanto, meter un derecho fundamental es delicado. En segundo lugar, introducir un hecho fundamental nuevo no refuerza necesariamente el interés que pretendes proteger, porque hay determinadas situaciones que por la vía de la política activa legislativa se protegen de manera mucho más eficaz. Incluso en algunos casos, al fundamentalizar el derecho, lo que haces es limitar su eficacia futura. Es un tema delicado: la dogmática alemana lo ha tratado mucho, pero en España es un tema que está asociado a que, si quieres proteger una cosa, hay que convertirla en un derecho fundamental.

F.C.: Es que la política de los derechos fundamentales no es solo legislar.

R.C.: Es un tema en el que creo que se ve claramente como los colegas estamos haciendo demasiadas concesiones a la ausencia del respeto a la dogmática, a la metodología rigurosa.

F.B.: A mi juicio los derechos fundamentales son fundamentales porque participan de la fundamentalidad de la Constitución, es decir de su superior posición en el ordenamiento jurídico, lo que les hace indisponibles a la libertad del legislador y lo que les dota de potencial eficacia directa. Si privamos a un derecho de esa eficacia directa no tiene sentido introducirlo en el catálogo de derechos fundamentales de una Constitución. Será mejor regularlo como un principio rector de la política social, como en la actualidad sucede con el derecho a una vivienda digna. Se puede regular el derecho a la vivienda como derecho fundamental, pero de manera coherente y con todas las consecuencias. Si no es así, es un engaño afirmar que por cambiarlo de sitio en un Constitución se obra el milagro de convertirlo en un derecho fundamental.

F.C.: Ese es el problema de los derechos fundamentales de configuración legal. ¿Hasta dónde respeta la configuración legal –digamos– la esencialidad, si es que eso existe, del derecho? El artículo 24 de la Constitución es fundamental, el acceso al juez. Pero después será la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que me diga cómo tengo que acceder. Sobre la constitucionalización de la vivienda no creo que sea imprescindible cambiar su regulación actual, pues,

como viene a decir Ricardo en relación con este particular derecho qué más da tener un principio rector que el legislador tiene que atender, que un derecho fundamental que siempre dependerá de la configuración que el legislador decida acometer, salvo que queramos reforzar la intensidad del mensaje político-constitucional en relación con la vivienda.

R.C.: Aquí vamos a discutir...

F.C.: Salvo por el valor político del cambio (de principio a derecho), que es algo muy importante.

R.C.: Lo que hace es simbolizar el problema, pero nada más.

F.B.: El derecho a la vivienda es un derecho social, de prestación, pero ello no impide configurarlo como derecho fundamental. También es un derecho social, prestacional, el derecho a la educación y nadie duda de su carácter fundamental. La indisponibilidad de un derecho fundamental por el legislador no quiere decir que no pueda regularlo. Un derecho de configuración legal no deja por ello de poder ser derecho fundamental. Lo que sucede es que el legislador, en primer lugar, está obligado a desarrollarlo, no es libre para decidir si lo regula o no y, en segundo lugar, debe regularlo respetando su contenido esencial y procurando su mayor amplitud compatible con los demás derechos y con la sostenibilidad presupuestaria. Lo que pasa es que se confunde el derecho a la vivienda con el derecho a ser propietario de una vivienda. Pero si el derecho a la vivienda es garantizar un techo, que nadie esté en la calle y que tenga derecho a una solución habitacional, se impone directamente por la Constitución una obligación al poder público y el derecho fundamental crea la expectativa jurídicamente exigible de tener un techo sin verse en la necesidad de estar viviendo en la calle.

R.C.: Según mi lectura de la dogmática astur-kelseniana sobre los derechos fundamentales dice que la esencia de un derecho fundamental es que se impone al legislador. Esa es la cuestión, se impone al legislador. En ningún sitio está escrito que proclamar un derecho como fundamental refuerce su eficacia, en absoluto. Hay derechos del capítulo tercero —el sistema de protección social, de Seguridad Social, sanidad, pensiones...— que tienen un nivel de eficacia que para sí quisieran algunos derechos fundamentales. Hay que saber qué técnica es la adecuada para cada uno. Los compromisos del Estado son muchos y son compromisos que pueden no estar configurados como derechos fundamentales y tener sin embargo una enorme eficacia.

F.B.: Pero si lo reflejas como derecho fundamental, gana más eficacia. Insisto, para mí, las características del derecho fundamental son dos: la indisponibilidad del legislador y la eficacia directa, porque la Constitución tiene eficacia directa, y el derecho es fundamental no porque sea un derecho humano sino porque participa de la fundamentalidad de la Constitución. El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar podía estar en el capítulo tercero, como un principio rector, pero el hecho de que esté situado en el art. 30 fue determinante. De hecho, se apeló a la necesidad de su configuración legal para demorar su eficacia, pero llegó el Tribunal Constitucional dijo que la Constitución lo concebía como un derecho fundamental

y que la pereza del legislador a la hora de desarrollar ese derecho no tenía por qué padecerla el ciudadano.

R.C.: Pero lo permite la naturaleza de ese derecho.

F.B.: Y los derechos sociales también. Es de configuración legal, pero...

R.C.: No es lo mismo.

F.B.: No puedes diferir libremente la eficacia del derecho.

R.C.: Lo difieres. Porque tú puedes configurar un derecho fundamental con eficacia directa cuando, como sucede con la objeción de conciencia, con decir «objeto el servicio militar» ya has ejercido el derecho y eso obliga al poder público. Pero tú preguntas: «mi casa, ¿dónde está mi casa?» La naturaleza del derecho, el objeto, es distinto.

F.B.: Pero es igual que el derecho a la educación: la educación es gratuita. Es de configuración legal, pero si el legislador no concreta los términos de la gratuidad, podría exigirse directamente la prestación y serían los tribunales los que la concretasen para hacer efectivo el derecho. La indisponibilidad del legislador quiere decir en este caso que no está a su disposición elegir cuándo le parece bien establecer la gratuidad de la enseñanza.

R.C.: Pero la complejidad regulativa...

F.B.: No la discuto, pero no es lo mismo que esté reconocido como derecho fundamental a que esté en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución.

R.C.: Dotarle de una eficacia real, yo discrepo.

F.C.: Alguien lo va a malinterpretar, seguro... Siempre me ha llamado la atención lo de la eficacia directa de los derechos, no por el efecto, sino por el argumento: tienen eficacia directa porque están en la Constitución. El derecho a la vivienda también está en la Constitución, aunque no es derecho fundamental. ¿Por qué no va a tener eficacia jurídica? ¿En esos espacios el legislador puede sortear la Constitución, porque hemos decidido que esos derechos no son fundamentales? Yo creo que sobre esto hay mucho mimetismo. La capacidad que tiene hoy el legislador para cambiar el sistema de pensiones en España es limitadísima, aunque no sea un derecho fundamental. No hay poder político, dada la tradición que tiene nuestro sistema de pensiones, que tome ese tipo de decisión. Ahí nos parecemos al Reino Unido, no hace falta Constitución escrita, da igual que no sea un derecho fundamental, pues, en la práctica, opera como si lo fuese. Como el caso de la sanidad pública universal y los intentos que hubo de limitarla. Hemos visto como hubo una reacción social rapidísima, sin necesidad de que fuese un derecho fundamental. Siempre me he preguntado –lo digo al hilo de las palabras de Paco– qué aporta la idea de la eficacia directa. ¿Estamos diciendo, entonces, que nuestros principios rectores pueden ser inconstitucionales en su regulación?

F.B.: No, el ciudadano solo los puede alegar en los términos que indique la ley, mientras que, si se trata de un derecho fundamental, no tienes que esperar a los

términos que disponga la ley, porque la pereza del legislador no la tiene por qué pagar el ciudadano.

F.C.: De acuerdo, pero ahora voy a lo que decía Ricardo: hay derechos que se prestan más a eso que otros. Las 72 horas de plazo de detención es muy evidente, no hay nada que desarrollar, pero hay otros que es muy difícil saber...

F.B.: Claro, hay que matizarlo. Si tú dices que el derecho a la vivienda es a tener un techo, a que nadie pueda estar en la calle, los ayuntamientos, las comunidades autónomas tienen que establecer un sistema de albergues... Pueden disponer de un plazo razonable para ello, pero no es una decisión política su implantación, sino un deber constitucional cuyo incumplimiento es sancionable. Si ante la falta de acción del poder público, un juez ordena que corra a cargo del ente competente el pago de una habitación en una pensión para un sin techo, seguro que no tarda el ente público en encontrar una solución para dotar de eficacia a ese derecho.

R.C.: Tendrán que legislar.

F.B.: Tendrán que legislar, pero están obligados a ello, y se puede demandar judicialmente su cumplimiento.

R.C.: Pero no transforma la realidad.

F.C.: El problema es definir que se entiende por techo y determinar que es un techo digno. ¿Cuándo es adecuado y proporcional y cuándo no? ¿Cuándo se respeta el contenido teóricamente esencial de ese derecho habitacional? Hay un elemento en que me parece que tiene razón Ricardo: no todas estructuras de los derechos permiten por sí mismos una igual constitucionalización y, no por ello, son menos derechos. Si lo recuerdo es para reforzar la posición jurídica de los derechos del Capítulo Tercero. Por cierto, yo no sé cuál es el contenido esencial de la igualdad, ni el de la libertad de expresión... Los constitucionalistas hacemos hincapié en esa garantía tan difusa mientras nos olvidamos de la relevancia del Capítulo Tercero: los principios económicos y sociales son Constitución y tienen una fortaleza jurídica que debiéramos tener mucho más presente.

R.C.: Es que hay que recordarse a uno mismo que el derecho es una técnica de mediación social. Nosotros no transformamos la realidad, no podemos transformarla. Al Estado le crea un compromiso como el que Paco plantea, partiendo de la base de que efectivamente un estado debe de garantizar eficazmente que no haya una persona que duerma en la calle, salvo que quiera dormir en la calle. En esto, estamos de acuerdo todos. Dicho eso, creo que es muy importante pensar en el riesgo que se corre cuando se fundamentaliza un derecho, si luego no se es capaz de satisfacer eficazmente. No me refiero a la eficacia jurídica, sino real, porque cuando no se es capaz de conseguirlo, se convierte en un elemento deslegitimador del propio estado democrático de derecho. Y eso es demoledor.

F.C.: Si me permitís, pongo un ejemplo –porque lo he vivido– que tiene que ver con la ley de dependencia y cómo se estructura. En el momento de regular esa materia había dos tesis. Una apostaba por enmarcarla en la Seguridad Social, con lo cual habría un título competencial del Estado, y se evitaba la dificultad de

coordinación de las CCAA y otra, a mi juicio más acertada, defendida por Pedro Solbes que, en su condición de Vicepresidente económico quién, pensaba que, si se introducía esa «bomba» en la Seguridad Social, no solamente se reducía la dependencia cuando hubiese que ajustar el sistema, sino que, además, se corría el riesgo de que la dependencia pusiese en peligro a la Seguridad Social. Le experiencia le ha dado la razón. Desde el punto de vista de la eficacia, seguramente era preferible ponerlo en el sistema de Seguridad Social. Pero desde el punto de vista del riesgo, lo acertado fue hacerlo así, porque sabemos que la política de dependencia se va cumpliendo, lentamente, y que habrá un proceso de transición hasta que el sistema funcione satisfactoriamente. Pero ese tránsito en ningún caso agravará la ya delicada situación de nuestro modelo público de pensiones.

R.C.: En la medida en que el sistema lo pones a demanda del usuario, hay una presión de demanda que lo convierte en más eficaz. Es lo que está pasando con la dependencia. Hay presión directa del administrado, luego llegan las elecciones...

F.B.: Pero una cosa es la eficacia jurídica y otra la eficacia política o social. ¿Qué presión tiene el que está en la calle sin techo? ¿Es una cuestión de presionar? No, yo creo que el Estado tiene que ser diligente y, por tanto, si es un Estado social de derecho, debería tener claro cuáles son las prioridades. es un problema de dignidad del propio Estado social establecer ese derecho a un techo como derecho fundamental y que no sea un *flatus vocis*.

F.C.: ¿Y si eso lo hiciésemos por una ley? ¿Una ley que reconozca, con carácter universal a cualquier persona que se encuentre en España, el derecho a tener un techo? Ya estás creando un derecho. Igual, lo que estamos demandando es la falta de regulación, es decir, el problema no es la no fundamentalización del derecho, sino su falta de regulación.

F.B.: Pero la Constitución, al concebir ese derecho como fundamental, está obligando al legislador a desarrollar ese derecho. Y de la otra manera, no.

F.C.: Hay un mandato en la Constitución que no se cumple, que se llama derecho a la vivienda. Es verdad que es un mandato al legislador y no un derecho fundamental como tu propones, Pero ¿cuál es el efecto directo de ese derecho en ausencia de ley? ¿puede el juez convertirse en legislador de la vivienda?

F.B.: En el Capítulo Tercero es un principio –tiene que haber una política de vivienda social– y en el otro es un derecho fundamental. Además, partís de la base de que el legislador incumplirá su mandato constitucional. Puede que sea así, pero el incumplimiento tiene constitucionalmente consecuencias y el derecho goza de amparo constitucional.

R.C.: Creo que podemos decir que están fijadas las posiciones. Es un problema de estrategia para conseguir el objetivo. ¿Hablamos del Poder Judicial?

[Risas]

F.C.: Pues venga, es algo muy necesario.

F.B.: Creo que es algo tremendo lo que está sucediendo, tanto en la organización del Poder Judicial como en la función que está cumpliendo el sistema judicial.

Los propios jueces tienen un problema muy importante. Parten de la base de que no tienen ideología. Cuando yo defendí mi tesis doctoral –la ideología del Tribunal Supremo– me dijo Entrena Cuesta: «pues aquí no hay objeto de tesis, esta tesis está fallida, porque los tribunales no tienen ideología». Y seguimos un poco con esa idea oficial, que contrasta con la idea periodística y partidista de asignar la etiqueta de progresista o conservador a un juez en función de algunas sentencias que haya dictado o de la procedencia de su propuesta de designación. A ello se une que se extiende la idea de que la independencia judicial consiste en ser un contrapoder del Gobierno y del Parlamento, de manera que se puede actuar impartiendo justicia de manera autónoma, libre, sin depender de la ley.

R.C.: Yo tengo la idea de que una de las cosas que ha propiciado la regulación constitucional del Consejo General del Poder Judicial, su práctica y la legislación posterior ha sido que el Poder Judicial, como poder del Estado, como estructura, tiene un nivel de autonomía que no ha tenido jamás en la historia de la justicia española. Curiosamente, eso convive con un debate sobre cómo se nombran los miembros del Consejo. Ahora mismo todo el flujo de ascensos y demás es una gestión interna que se articula de modo singular. La función de las asociaciones judiciales no es, como la gente cree, indicar candidatos para el Consejo, sino, por así decir, ordenar los ascensos más relevantes. El nivel de autogestión es llamativo, y tiene perfiles oligárquicos. Esto nadie lo dice.

F.C.: Y todo lo cubre una desinformación generalizada en nuestro país acerca de lo que es el Poder Judicial.

F.B.: Habla un ex ministro de Justicia... [Risas].

F.C.: Es muy dramático intentar explicarlo, por mucho que lo intentes... el Consejo General del Poder Judicial es un error del constituyente español, una institución que propuso Gregorio Peces Barba –que tomó de Italia– con muy buena voluntad y que solo tienen Italia, Francia, Portugal y España. En ningún otro país de nuestro entorno existe algo parecido; existe un Consejo asesor del Ministerio en política de nombramientos, que es algo completamente distinto, donde hay ternas y sistemas de designación completamente distintos. Eso es lo primero que habría que precisar, que el Consejo no es Poder Judicial y que además la existencia del Consejo es un lujo constitucional que tenemos cuatro países y que algunos, desgraciadamente, intentan copiar porque no saben el lío en el que se están metiendo. Voy a explicar una anécdota –como es personal os la cuento, creo que no lo he hecho nunca– que me pasó recién nombrado Ministro de Justicia. Estaba con el tema de la huelga de los jueces que había heredado, y en aquel momento Dati era la Ministra de Justicia francesa. Coincidimos en un Consejo Europeo y le dije que teníamos que hablar de ello, porque en Francia había un conato de huelga de jueces. Cuando ya habíamos fijado la reunión, cambiaron de Ministra de Justicia, nombraron a Michèle Marie, que era una historiadora y la fui a ver. Al llegar le pregunté: «¿Qué has hecho para frenar la huelga de jueces? Me encantaría saber qué medidas habéis adoptado, por ver si valen para España». Y me dijo: «Muy fácil, estimado colega, hemos expulsado a cuatro jueces de la carrera judicial». Mi respuesta fue: En España, ese Gobierno

caería a la media hora. Tras sonreír, añadió: «No sé por qué te sorprende, yo no soy jurista, pero qué más garantía quiere un juez que una decisión administrativa vaya a ser revisada por sus colegas jueces. Ya nos cuidamos de que sea justa y esté bien argumentada». Después de la entrevista, lo primero que hice al llegar a Madrid fue solicitar a mi equipo que me informase sobre cuántas decisiones del Consejo General, en materia disciplinaria, eran revisadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cada año. Para mi sorpresa, según el poder judicial, el órgano que más vulnera la independencia de los jueces en España, se llama Consejo General del Poder Judicial. Porque olvidamos que, al final, la última palabra la tienen siempre los jueces. Por tanto, qué sancione el Gobierno o que acuerde los ascensos en la carrera judicial, no es tan grave. Lo importante no es el quién sino el cómo. Si al final, el poder ejecutivo ha cometido una arbitrariedad o perturbado a un juez en su independencia la última palabra siempre será de los jueces. Entonces, ¿Qué garantía aporta el Consejo salvo el corporativismo, el autogobierno y generar endogamia dentro del sistema?

R.C.: Eso es lo más grave. No tenía ni idea de esto hasta que, hace muchos años, por una casualidad me encargaron el estudio de cómo se organiza el Poder Judicial en Europa. Entonces me di cuenta de lo que has dicho, Fran. Y a mí, lo que más me preocupa de todo esto es lo siguiente: no hay una invitación al ejercicio de la independencia judicial en el sentido que ha dicho Paco, porque un juez está muy condicionado por las perspectivas que se crea de ascenso profesional. No digo que eso modifique sentencias, ni mucho menos, pero adoptan posiciones digamos de política judicial interna. Y eso tampoco sucede en otros países porque, efectivamente, la dependencia fundamental es –obviamente con una serie de garantías– de los ejecutivos. Y cuando hay órganos asesores o de consejo ocurre que son de una composición extrañísima, por ejemplo, incluyendo periodistas que les asesoran sobre cómo se perciben las decisiones en los medios de comunicación... Me llamó mucho la atención, pero se corresponde con poderes judiciales que tienen una larga evolución, porque no olvidemos que aquí, hasta hace poco, había Magistrados del que nunca habían estudiado la Constitución para su formación por pura cronología, salvo que ellos quisieran estudiarla voluntariamente con posterioridad tras promulgarse.

F.B.: Pero ahora se ha recurrido al Consejo de Europa para que dé la razón al PP... se ha buscado un argumento internacional para avalar que el Consejo tenga que ser autogestionado por los jueces.

F.C.: Y qué decir de la Fiscalía, otra vez las voces críticas denunciando su dependencia. ¿Alguien, salvo el caso italiano, conoce un Ministerio Fiscal que no dependa de algún modo del Ejecutivo? ¿Es que, como parte de un programa electoral o de gobierno no es posible comprometerse con intentar prevenir y reducir la comisión de determinados delitos? ¿Acaso la ejecución de la política criminal de un país es algo ajeno a la política y deben desempeñarla funcionarios públicos que no responden ante la ciudadanía? Ya no digo que sea como en Suecia o los países nórdicos, donde la Fiscalía la asume en gran parte la propia policía. No llego ahí, pero nuestro sistema es tan válido como el que tiene cualquier país democrático. Siempre podrá ser mejorado, pero es tan válido como cualquier otro.

R.C.: Yo voy a decir una cosa provocadora. Creo que los fiscales, que como sabes tienen la misma oposición que los jueces, en el funcionamiento y en el sentido de independencia que ha dicho Paco, ahora mismo no tienen nada que envidiar en cuanto a independencia de los jueces, a pesar de la dependencia funcional.

R.C.: Yo voy a decir una cosa provocadora. Yo creo que los fiscales, que como sabes tienen la misma posición que los jueces, en el funcionamiento y en el sentido de independencia que ha dicho Paco, ahora mismo no tienen nada que envidiar en cuanto a independencia de los jueces, a pesar de la dependencia funcional.

F.C.: Claro que no. Una cosa es la independencia en el proceso, y otra es ejecutar la política criminal cuyo diseño corresponde al Gobierno. No se trata de importar el modelo de los Estados Unidos de América, donde el Fiscal General es el Ministro de Justicia, pero, sin llegar a esos extremos, no podemos ser tan ingenuos como para pensar que la persecución de los delitos es cosa de funcionarios, al margen de la opinión pública y la legitimidad democrática.

F.B.: Tenemos un problema, porque existe una ignorancia sobre lo que es la división de poderes y la independencia judicial. El problema básico es un problema de ignorancia, con réditos partidistas. El otro problema es la «lotización», el reparto de la composición del Consejo General del Poder Judicial y del TC entre los partidos políticos.

R.C.: El término «lotizzazione» tiene en Italia un desvalor político, claro, que no comparto. Pero yo no estoy en contra de que las fuerzas políticas parlamentarias tengan una función como la que tienen, según la legislación vigente, en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional y demás. No estoy en contra de eso. Yo estoy en contra de que el procedimiento subvierta la regulación legal, porque cuando se dice que las fuerzas han llegado a un acuerdo para designar... no es verdad. El acuerdo consiste en dos cosas. Primero, acuerdan que no se van a vetar unos a otros. El objeto de acuerdo, por tanto, no son las personas. Y, en segundo lugar, el segundo objeto de acuerdo —espero que no se moleste nadie— es que, como efecto de ese pronunciamiento y del acuerdo, hay personas que automáticamente pasan a ser juristas de reconocido prestigio; personas que tal vez antes no eran consideradas así y que lo son como consecuencia del acuerdo de nombrarlo.

F.B.: Es que la Constitución, cuando exige mayorías de tres quintos, es precisamente porque quiere un principio de mayoría cualificada y los partidos lo acaban convirtiendo en un criterio proporcional; además, con el agravante de «tú no le pones veto a los míos y yo no me opongo a los tuyos, aunque no me parezcan dignos del cargo», ése es el nefasto reparto proporcional. Y lo que tendría que ser es: «yo propongo a unos candidatos que, aunque los propongo yo, no tendrás inconveniente en ellos porque son de reconocido prestigio y su categoría profesional está por encima de su orientación política». Y tiene que ser una decisión de consenso, de que todos son buenos para todos. La última renovación del TC es el ejemplo más claro de la perversión a la que se ha llegado.

R.C.: Y claro, para este procedimiento de no veto mutuo, es muy tranquilizador que sean miembros del Poder Judicial..., los académicos tienen algo de incontrolable.

F.B.: Y además, escriben en los periódicos o, si no, en revistas científicas. Y así se dice: se ha pronunciado sobre el aborto, ha de abstenerse y no participar en la decisión... Cuando le dijeron a Böckenförde que había escrito sobre la Iglesia, dijo: precisamente por eso soy el más cualificado para redactar una sentencia sobre la materia e incluso ser el ponente. ¿Qué dice usted, que no puedo participar si soy yo el entendido en esta materia?

R.C.: La raya se fijó con Pablo Pérez Tremps... con eso entramos en *terra incógnita*...

F.C.: Ahora estamos viendo las consecuencias...

F.B.: Y lo que se avecina ahora, porque con los últimos nombramientos...

R.C.: Ahora ya no pasa nada, Paco, únicamente habrá un incremento en la recusación de partes procesales...

F.C.: El Tribunal Constitucional dirá que no a esas recusaciones y en paz. A la gente lo que diga el Tribunal hace tiempo que ha dejado de sorprenderle.

R.C.: No, no nos inquieta. De hecho, gran parte de nosotros hemos perdido motivación para leer sentencias del Tribunal para no sufrir demasiado...

F.B.: Pues si os parece, dejamos aquí el asunto... Gracias a los dos por participar en este coloquio informal.