

IDENTIDAD, DERECHO Y POLÍTICA

XVII Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (22 y 23 de noviembre de 2012)

ALICIA GONZÁLEZ ALONSO

Universidad Autónoma de Madrid

Los días 22 y 23 de noviembre de 2012, bajo la dirección de los Profesores de Derecho Constitucional Antonio López Castillo y César Aguado Renedo, se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid las *XVII Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho* que versaron sobre *Identidad, Derecho y Política*. Desde la puesta en marcha del Anuario, la Facultad de Derecho de la UAM ha cuidado de forma exquisita la celebración de estas Jornadas que tratan de poner sobre la mesa grandes temas que interesan al mundo del Derecho, contando para ello con la participación de expertos politólogos y juristas. La entidad, transversalidad y la complejidad del tema propuesto en esta ocasión es una muestra más de la importancia que la Facultad de Derecho de la UAM otorga a las Jornadas del Anuario.

La presentación de las Jornadas corrió a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, Fernando Molina Fernández, de la Directora del Anuario, Esther Gómez Calle y de Antonio López Castillo, director de las Jornadas. Todos ellos destacaron la importancia, la actualidad del tema propuesto y la calidad de los intervinientes en las Jornadas. Estas se estructuraron en tres sesiones: las dos primeras celebradas en la mañana y en la tarde del día 22, y la tercera en la mañana del día 23.

La conferencia inaugural, *Identidad y Derecho*, corrió a cargo de Francisco Laporta Sanmiguel, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Tras un breve *excursus* acerca de la identidad

personal desde un punto de vista filosófico y jurídico a la vez, Francisco Laporta apeló a la importancia de la identidad para permitir que el Derecho pueda incluso echarse a andar. Solo en la medida en que el Derecho individualiza organismos, los diferencia y establece los rasgos que nos definen como personas es posible dar comienzo al proceso de aplicación del Derecho. Es evidente que no todos los ordenamientos jurídicos toman en cuenta los mismos criterios para llevar a cabo estas operaciones. No hay que perder de vista, según Laporta, que la identidad, concebida desde un punto de vista jurídico y a diferencia de lo que algunos opinan, no es algo natural o histórico, sino una construcción teórica en la que influyen de forma decisiva otros ingredientes culturales de la vida social. A partir del momento de la pura individuación física, se produce un proceso de atribución de propiedades jurídicas, que van formando estratos de identidad o «capas de yoidad» según la expresión de Mohanty. Ahora bien, ¿es el individuo tenedor de una identidad antes de que se produzca este proceso de individuación, o es el Derecho el que otorga una determinada identidad al individuo? Según Laporta, la segunda de las opciones apuntadas es la que hoy impera en el pensamiento social y político. Sin duda, un apoyo fundamental a la consolidación de esta idea es acreedora de H. Kelsen. Es por tanto el Derecho, en dos momentos decisivos, el que determina la identidad de los sujetos. En primer lugar estableciendo las normas para determinar quién puede ser titular de derechos subjetivos y, en un momento posterior, creando las sucesivas capas de yoidad. Es evidente que los ordenamientos jurídicos, a lo largo del tiempo, han otorgado, negado o limitado identidad personal por los motivos más peregrinos. En realidad, el fenómeno que se ha producido es que los legisladores han albergado como contenido de las normas jurídicas las convicciones sociales imperantes en determinado momento, aunque estas fueran tremendamente injustas. La discriminación de la mujer o la esclavitud, responden a esta secuencia.

El intérprete del Derecho no puede permanecer ajeno a esta realidad, por lo que si nos planteamos cómo *debería* realizarse este proceso de individuación, de elaboración de normas que identifican —no cómo se hace—, habría que reflexionar necesariamente sobre opciones antropológicas o éticas. Hay que tener seriamente en cuenta que si las concepciones morales que se incorporan al Derecho sufren y entran en crisis, también sufrirán y entrarán en crisis las normas. Y esto es lo que parece que está sucediendo en relación con los postulados de la teoría de la justicia liberal que han sido asumidos en buena parte en nuestras Constituciones. El creciente auge de demandas identitarias está en realidad poniendo en cuestión el ideal universalista y planteando problemas importantes en los ordenamientos jurídicos en su tarea de construir la identidad personal. Las demandas de reconocimiento de identidad se

producen sin querer abandonar el ideal universalista, por lo que parece difícil que el Derecho sea capaz de dar respuesta al crecimiento de estas demandas de identidad. Si esto es así respecto de las personas, más problemas se plantean aún en el caso de las demandas identitarias de los entes colectivos.

Tras la Conferencia inicial, tuvo lugar la primera mesa, presidida por el propio conferenciante, que abrió Leire Escajedo San Epifanio, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco, ocupándose del tema «Identidad genética y libertad de ciencia». Entre los años 1990 y 2000, la relación entre identidad genética y libertad de ciencia o investigación científica pasa a ocupar un papel protagonista en el mundo jurídico como consecuencia de la percepción de que los avances en el campo de la investigación pueden poner en serio peligro determinados derechos fundamentales. El artículo 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —que prohíbe las prácticas eugenésicas—, la creación del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina de 4 de abril de 1997 (Consejo de Europa), la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y el Genoma humano (UNESCO, 1997), entre otros, son ejemplos de esta preocupación por limitar la investigación para salvaguardar derechos fundamentales. La aprobación de estos textos no tuvo como consecuencia la modificación de nuestra Constitución, pero sí se tradujo en reformas legislativas de cierto calado, por ejemplo, la tipificación como delito de determinadas prácticas (la clonación humana).

A partir de este marco general, Leire Escajedo se centró en el análisis de dos cuestiones a la hora de abordar las distintas problemáticas que plantea el binomio libertad de ciencia e identidad genética. La primera referida al sentido de la prohibición de las prácticas eugenésicas establecida en el artículo 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha prohibición no está fundada en el pasado —especialmente en los terribles y execrables acontecimientos acaecidos en la Alemania nazi—, sino sobre todo en el futuro. Cuanto más avanzamos en el conocimiento de la genética, más razones hay para plantearnos si queremos intervenir desde el Derecho sobre esta. Y evidentemente los avances en este sentido son cada vez más vertiginosos y nos crean más miedo e inseguridad, por lo que el artículo 3.2 CEDF es una concreción de esta realidad, de este miedo al futuro, que trata de poner un límite a la investigación en el respeto a la dignidad humana. Es importante advertir, no obstante, que junto a esta prohibición se declara en el artículo 13 CEDF que la investigación científica es libre. Es a partir de esta idea cuando empiezan a limitarse desde el Derecho las investigaciones sobre el genoma humano. La segunda de las cuestiones abordada por Leire Escajedo vino referida a la multitud de vertientes que nos sirven

para definir la identidad genética: la genética como dimensión de la identidad filiatoria (reconocida entre otros textos, en el art. 7 del Convenio de Derechos del Niño); el bien jurídico del delito de clonación que se traduce en un derecho a ser único e irrepetible; el derecho a un patrimonio genético natural —en el sentido de no manipulado, no falseado—; la identidad genética en sentido colectivo —cuando se afecta al genoma de una persona, se está también afectando al del resto—, etc. Terminó su conferencia refiriéndose a las tensiones que estas manifestaciones de la identidad genética generan en relación con las posibilidades curativas que posibilitan los avances científicos. Su conclusión es que hemos querido blindar los ordenamientos jurídicos frente a la investigación con el fin de salvaguardar la identidad genética, pero desconociendo que aquella ofrece infinitas posibilidades en relación con la salvaguarda y protección de otros derechos fundamentales. La realidad no ha sido ajena a estas tensiones hasta tal punto que los Estados llevan a cabo prácticas que están prohibidas por sus propios ordenamientos jurídicos. Es, por ejemplo, el caso de España, en relación con la clonación de embriones.

A continuación le siguió en el uso de la palabra Blanca Rodríguez Ruiz, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, que abordó el tema «Identidad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía: un enfoque de género» a partir de la dicotomía existente entre el «sujeto liberal» y el «sujeto identitario». Para aproximarse al concepto de identidad personal la conferenciante propuso sustituir el término «dignidad» por «autonomía». Ahora bien, este último no contemplado desde postulados liberales, sino como bóveda del Derecho Público: el Estado debe permitir a los ciudadanos la capacidad de autonomarse.

¿Qué es la autonomía, algo anterior al individuo, o es el resultado de unos procesos discursivos? Aunque la ponente participa con carácter general de las tesis de J. Habermas, no comparte la idea de que los individuos son autónomos ya antes de participar en los procesos discursivos. Según Blanca Rodríguez, los individuos no existen previamente a nada, por lo que la autonomía lo es siempre en clave relacional. El criterio normativo de la autonomía sostenido por la ponente consiste en posibilitar que el individuo se sitúe de forma crítica frente a cualquier relación en la que se encuentre, dándole la posibilidad de poner todo en cuestión. ¿Cuál debería ser la función del Derecho para hacer posible este tipo de autonomía? En primer lugar, el Estado, a través del Derecho, debe facilitar a las personas el ejercicio de la autonomía crítica. Debido a que no existe un «yo verdadero», perdurable en el tiempo, el Estado debe posibilitar a los ciudadanos la autonomía para poder ser un «yo nuevo», en el que no exista una imagen preconcebida de uno mismo. En este sentido, no debe admitirse que el Estado establezca regulaciones a

partir de la existencia de patrones o conceptos ya preconcebidos, como por ejemplo, lo que debe entenderse por «mujer autónoma». Es cada mujer la que ha de elegir el modelo sin interferencias o injerencias de los poderes públicos. En segundo lugar, los poderes públicos deben facilitar a los ciudadanos las herramientas oportunas para abandonar determinadas relaciones. En particular, debe impedir que las relaciones de dependencia se conviertan en relaciones de poder. Para tratar de explicar sus conclusiones acudió a varias sentencias dictadas en los últimos años por el Tribunal Constitucional. Comparó el diferente discurso que el TC sostuvo a la hora de resolver las SSTC 100/2004 y 69/2007.

Tras un pequeño receso, las Jornadas continuaron con la intervención de Pilar Benavente Moreda, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid y Eduardo Demetrio Crespo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla La Mancha.

Pilar Benavente se ocupó de la ponencia rubricada «Identidad y contexto inmediato de la persona» La percepción de la propia identidad no puede ser ajena a los rasgos propios de la persona, a la propia conciencia y a la relación de aquella con su entorno. A la hora de abordar la identidad a partir de estas vertientes, la ponente señaló la existencia de un hilo conductor y de una base jurídica común que se concreta en los artículos 10 CE y 8 CEDH (dignidad de la persona y derecho al respeto de la vida privada personal y familiar respectivamente) por un lado, y artículos 14 CE y CEDH (prohibición de discriminación) por otro. El derecho al nombre y los problemas que genera el derecho a la propia identidad sexual, en especial el derecho a su protección y a la no discriminación en los ámbitos social, familiar y sanitario de los homosexuales, transexuales e intersexuales fueron los dos grandes temas que ocuparon su intervención.

Por lo que se refiere al primero de los asuntos, Pilar Benavente partió de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera el nombre y los apellidos como dignos de la protección prevista en el artículo 8 CEDH y analizó diversas sentencias en las que el alto Tribunal Europeo sienta las bases de su jurisprudencia para discernir en qué casos las injerencias de los Estados han de considerarse conformes a la protección dispensada por el Convenio.

En relación con el segundo de los temas abordados, Pilar Benavente señaló las diferencias existentes entre la transexualidad (identificación con el sexo opuesto, con convicción de pertenecer a él y deseo de cambio de sexo morfológico) y la intersexualidad (estado o cualidad en el que el individuo muestra caracteres sexuales de ambos sexos, como consecuencia de la configuración de sus cromosomas). En relación con esta última, la ponente

planteó si sería posible considerarla como el «tercer sexo», evitando a las personas que se encuentran en esta situación tener que elegir entre alguno de los dos sexos. Las razones aducidas para sustentar esta postura no son precisamente débiles. En primer lugar, porque el debate sobre el modelo biomédico occidental que se ajusta al binario sexo/género, ignora los ejemplos de otras sociedades no occidentales que discrepan de tal construcción social (entre otros, los *navahos* de Nuevo México, los *pokot* de Kenia, etc.). En segundo lugar, apelando a determinadas corrientes discrepantes que han surgido en occidente (en especial Cherly Chase, fundador de la *Intersex Society of North America*). Según estas voces, el sistema biomédico tradicional aumenta más que alivia las dificultades de nacer intersexual. Por lo que se refiere a la transexualidad, la ponente subrayó la importancia de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual presentados el 26 de marzo de 2007, especialmente de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la Seguridad Social y a otras medidas de protección social y el derecho a formar una familia con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Destacó las grandes novedades introducidas por la Ley 3/2007, de 17 de marzo, reguladora de la rectificación registral del sexo de las personas, en especial la posibilidad de que se produzca la inscripción del cambio de sexo aunque no se haya realizado la cirugía de reasignación y el reconocimiento automático a partir de la rectificación registral de todos los derechos inherentes a su nueva condición. Analizó la jurisprudencia recaída respecto a la posible aplicación retroactiva de la mencionada Ley y a la posibilidad de que resulte de aplicación en los casos de intersexualidad. Finalizó su intervención con una mención a la STC 198/2012 que declara la conformidad a la Constitución del matrimonio entre personas del mismo sexo.

A continuación, Eduardo Demetrio Crespo se ocupó del tema *Identidad y responsabilidad penal*. Su intervención partió de los avances llevados a cabo en otras ramas del conocimiento, en especial de la neurofilosofía y de la neurobiología, que tratan de explicar el comportamiento humano y sus causas. Más concretamente, se ocupó de varios estudios (llevados a cabo entre otros por Roth, Prinz y Singer) que acaban afirmando la imposibilidad de aceptar la libertad y la autonomía de las personas a la hora de actuar. Estos estudios nos sitúan ante una realidad distinta a la comúnmente aceptada en la actual cultura jurídica: nuestras elecciones, aun en apariencia libres, no existen porque es en realidad el cerebro el que las ordena. De esta manera, la existencia de un yo consciente es una mera ilusión y solo es posible afirmar intuiciones de libertad. Evidentemente el Derecho Penal no puede permanecer ajeno a estos avances y a estas tesis ya que el concepto de culpabilidad

penal presupone la libre configuración de la voluntad del autor del hecho típico. Los penalistas no siempre han respondido de forma adecuada a los avances experimentados en otras ciencias y se afanan en seguir justificando sus propias tesis y postulados referidos a la culpabilidad de los individuos.

A partir de estas premisas, Eduardo Demetrio realizó un amplio repaso a las tesis defensoras del determinismo (aquellos que niegan absolutamente la existencia de una conducta voluntaria de los individuos) y del indeterminismo (los que sostienen que los individuos sí tienen, al menos, un poder para haber podido actuar de otro modo) y subrayó sus inconvenientes y sus puntos débiles. Según el ponente, ambas tesis resultan insostenibles por distintas razones. Según Eduardo Demetrio el indeterminismo parte de una imagen del ser humano que va en contra del resto de las ciencias sociales. No existen hechos indeterminados, sino que existen hechos respecto de los cuales hay que averiguar qué papel ha jugado la libertad a la hora de producirse. Por lo que se refiere a las tesis deterministas, el ponente destacó que los experimentos llevados a cabo por los científicos no nos aportan nada en los contextos en los que el ser humano actúa movido como consecuencia de las relaciones. No todo puede explicarse en términos «fiscalistas». Precisamente este reduccionismo a lo físico que sostienen los deterministas, puede poner en riesgo la identidad y la propia condición de humano al hombre.

Tras un pequeño debate acerca de las cuestiones más sobresalientes planteadas por los intervinientes, se hizo una pausa para el almuerzo. Y las Jornadas continuaron con una mesa de tres ponentes presidida y moderada por el Magistrado constitucional Manuel Aragón Reyes.

Intervino en primer lugar Mariano Torcal Loriente, Catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad Pompeu Fabra, que se ocupó de la ponencia «Partidos: afinidades, ideología e identidad». El ponente partió de la premisa de que en las sociedades en las que sus individuos tienen una alta conciencia de identidad funcionan mejor que aquellas en las que la conciencia identitaria es débil. Y a partir de esta premisa destacó que la conciencia interpersonal, o confianza que unos individuos otorgan a otros, afecta de forma decisiva en los niveles de identidad de una sociedad. Más incluso que en aquellos otros que tienen altos niveles de reciprocidad, esto es, en relaciones en las que se tiene en cuenta lo que uno espera recibir de otro.

Los resultados que obtiene España en el conjunto de los países Europeos en relación con los niveles de confianza sitúan al país en la media (obtiene alrededor de cinco puntos), pero pierde puestos de forma considerable en relación con los países más occidentales de Europa. También apuntó como un dato interesante que los niveles de confianza en nuestro país se mantienen a lo largo del tiempo y con independencia de la coyuntura económica, social, etc.

Para dar cuenta de qué criterios afectan de forma decisiva en los niveles de confianza interpersonal en España, el ponente nos adelantó los resultados de una investigación que está llevando a cabo a partir de una encuesta realizada a nivel nacional, mostrando con profusión tablas y gráficos de la misma. Los datos que arroja su proyecto son que, cuando en la encuesta se informa sobre cuestiones ajenas a la afiliación partidista, tales como la clase social a la que pertenece el sujeto, los niveles de confianza obtenidos son similares a los que resultan cuando no se ofrece ningún tipo de información. Sin embargo, decrecen de forma importante cuando al encuestado se le informa de la afiliación política de otro individuo.

Las conclusiones fundamentales que extrajo de su ponencia son que la confianza se ve afectada por la confrontación partidista más allá incluso que respecto a otros elementos identitarios, provocando asimismo la desafección política. Por ello, en aquellas sociedades tremendamente polarizadas los mecanismos de confianza se deterioran, acarreando consecuencias negativas en el funcionamiento del orden institucional y aumentando la desafección política.

A continuación le siguió en el uso de palabra Diego Córdoba Castroverde, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se hizo cargo de la ponencia «Orden público y no discriminación por motivos identitarios». Comenzó su intervención refiriéndose a los distintos tipos de discriminación prohibidos por el ordenamiento jurídico: discriminación directa, por asociación e indirecta. Esta última modalidad ha sido admitida tanto por el TJUE como por el TC, pero con base en la existencia de estadísticas fiables que permitan comprobar que determinadas medidas perjudican a un colectivo. Una vez que este extremo queda acreditado, juegan todas las presunciones y todas las garantías que el ordenamiento jurídico prevé para el resto de las modalidades de discriminación, tales como la inversión de la carga de la prueba.

La discriminación de grupos identitarios no solo se produce por la inmersión en una cultura ajena (caso de la inmigración), sino que también tiene lugar en relación con grupos que pertenecen a la misma sociedad y a la misma cultura. La protección de las minorías identitarias no ha sido acogida en nuestras Constituciones como un derecho fundamental, ni siquiera a través del derecho de asociación. La respuesta a los conflictos que pueden surgir en relación con grupos identitarios es muy complicada y ha sido abordada de forma diferente por distintos ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro.

A la hora de ocuparse del problema de los límites a la protección de las minorías identitarias, el ponente señaló, citando al profesor José María Rodríguez de Santiago, que en estos casos los límites no solo se ejercen frente al Estado, sino también dentro del Estado. Más concretamente y en relación

con el orden público, Diego Córdoba señaló las dificultades que existen a la hora de dotar de contenido a dicha cláusula. Según el ponente existen en realidad varias acepciones o vertientes de este y no todas operan con la misma amplitud. En este sentido, afirmó que el espacio en el que opera el orden público penal es muy limitado y no resuelve la mayoría de los problemas que presentan estos casos. Tampoco el orden público civil, que aun siendo más amplio que el penal, nos sirve para resolver determinados conflictos. Sin duda, el orden público constitucional, integrante de una doble dimensión —el respeto a los derechos de terceros y la defensa de los valores superiores de una determinada Comunidad— es el que ocupa un espacio más amplio. Es posible reconducir a tres supuestos los casos de discriminación y verificar en cada uno de ellos cómo debería operar la aplicación de la cláusula del orden público constitucional. El primero de ellos, se produce cuando se pretende una ampliación de la esfera de derechos por pertenecer a un determinado grupo identitario. En estos supuestos, si la prohibición impuesta por el ordenamiento jurídico trata de proteger al sujeto que insta la posibilidad de su incumplimiento, es posible llegar a un pacto o acuerdo. Ahora bien, tal salida no es posible si la norma protege derechos de terceros, ya que en tal caso deberían aunarse todos los derechos en conflicto. El segundo supuesto tiene lugar en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico no respeta las normas del grupo identitario. En estos casos suele limitarse la libertad de los sujetos que pertenecen al grupo, por lo que el Estado pasa a ser garante, con carácter general, de los derechos de los individuos frente a los grupos en los que se integra. El tercer supuesto viene referido a la exigencia de medidas que tienen por objeto preservar la identidad del grupo. En estos casos no es preciso acudir a la cláusula del orden público sino que basta con aplicar el principio de proporcionalidad.

En último lugar, intervino Rafael Palomino Lozano, Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad Complutense de Madrid, con la ponencia «Identidad, culturas y cultos». Fueron cuatro las cuestiones claves que abordó en su intervención: cómo ha afectado el hecho de la globalización a la necesidad de preservar la identidad de las distintas confesiones religiosas, la religión como marcador identitario, el hecho de la normalización de las religiones y la necesidad de redefinir el espacio público como lugar de manifestación de la libertad religiosa.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, el ponente señaló que es evidente que las comunidades religiosas tienen que reafirmar su identidad respecto a otras identidades porque la globalización genera un proceso de competencia imparable, lo que se ha traducido en un doble sentido. Por un lado, se ha producido un individualismo expresivo impulsado por

las propias confesiones y que tiene por objeto que las personas se mantengan fieles a una determinada creencia. Por otro, se ha producido un fenómeno de desterritorialización de las religiones. Aunque este fenómeno ya se había experimentado anteriormente, la gran novedad que ha aportado el fenómeno de la globalización es que las religiones se reinventan apelando a una universalización hasta ahora desconocida.

Por lo que se refiere al segundo aspecto de los apuntados anteriormente, Rafael Palomino Lozano señaló que la religión no solo es una opción personal, sino también seña de identidad en la medida en que esta se imbuye en una determinada cultura. Este fenómeno es el que lleva a que determinados individuos participen en defensa de una determinada confesión, no como fieles de la misma, sino porque se sienten vinculados con una determinada cultura de la que forma parte aquella. La religión como opción personal trae como consecuencia la secularización, la «exculturalización» de la religión. Sin embargo, la religión como seña de identidad, que se produce por la «inculturalización» de la religión, acarrea la potenciación de libertad religiosa en su vertiente positiva.

En relación con la estandarización o normalización de lo religioso, el ponente señaló que este fenómeno se manifiesta principalmente en tres campos. Por un lado, en que hoy se acepta con naturalidad que las personas no nacen y mueren perteneciendo a la misma confesión. En segundo lugar, se ha producido una convergencia en relación con el concepto jurídico de religión. Los órganos judiciales no entran ya en cuestiones teológicas a la hora de determinar qué es una confesión religiosa, sino que únicamente se establecen controles de carácter formal. Y en tercer y último lugar, en la estandarización institucional.

Por último se mostró partidario de redefinir el espacio que han de ocupar las religiones. Estas están fuera del espacio público, pero a la vez no pueden quedar reducidas al ámbito privado porque tienen también una importante dimensión pública.

La tercera sesión de las Jornadas tuvo lugar el día 23 de noviembre. Bajo la presidencia del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, Juan José Solozábal Echavarría, Marta Lorente Sariñena y Roberto Blanco Valdés presentaron sus ponencias sobre «Debilidad institucional y política y desagregación de identidades en la España Constitucional» y «Lenguas, Naciones e identidad» respectivamente.

Marta Lorente Sariñena, Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, comenzó su intervención señalando que hablar de identidad nacional es hablar de historia, o más concretamente de historiografía. Esta última puede ser de dos tipos, constitutiva o fundacional

—aquella que de forma consciente crea identidad— y explicativa —aquella que trata de explicar la formación de las naciones y las nacionalidades—. Los presupuestos básicos de la historiografía explicativa son dos. El primero de ellos es que la nación no es una entidad natural, sino comunidades imaginarias que se construyen. El segundo viene referido al papel de la historia en la construcción de la nación.

Una vez aclarados estos extremos, la ponencia de Marta Lorente Sariñena tuvo por objeto poner de relieve la relevancia de la historiografía en el debate sobre la conformación de la identidad nacional. A estos efectos, presentó un breve «estado de la cuestión» de los estudios sobre naciones y nacionalismo, poniendo de relieve la existencia de una fuerte descompensación entre el número de trabajos destinados a indagar sobre la construcción de la nación y los preocupados por la correspondiente al Estado. Aunque es cierto que en la década de los noventa han proliferado estos últimos, se observa en ellos una descompensación temporal, ya que abordan sobre todo la época franquista pero obvian el momento posterior a la transición. A lo anterior hay que sumar además que la historiografía española tiene fuertes caracteres existencialistas que en no pocas ocasiones se ocultan bajo tecnicismos.

A continuación presentó algunas propuestas interpretativas destinadas a combatir el esencialismo en los estudios institucionales. A modo de conclusión, apuntó que es necesario despojarnos de existencialismos para alcanzar un concepto correcto de identidad nacional. La Historia por sí sola no puede ser la base de la construcción nacional de un país.

Roberto Blanco Valdés, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, se ocupó del tema «Lenguas, naciones e identidad». Tras referirse a la lengua como un factor determinante de la identidad de las personas, el objeto de su ponencia consistió en poner de manifiesto el modelo de bilingüismo que instauró el constituyente en 1978 tras la política represiva instaurada en el franquismo y la perversión actual del sistema como consecuencia de las políticas lingüísticas de las Comunidades Autónomas plurilingües. El modelo de plurilingüismo atenuado establecido por el constituyente se vio claramente ignorado con la aprobación de los Estatutos de Autonomía que declararon la lengua vernácula, no solo como oficial en el ámbito de sus territorios, sino también como lengua «propia». Este hecho ha traído como consecuencia que en estos territorios existan dos lenguas: una oficial y «propia» (la vernácula) y otra oficial y «ajena» (el castellano), lo que ha supuesto un trato jurídico muy diferente para ambas.

Las tres últimas ponencias de las Jornadas corrieron a cargo de Victor Ferreres Comellas, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, Francisco Rubio Llorente, Catedrático Emérito de

Derecho Constitucional y Pedro Cruz Villalón, Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El primero de ellos se ocupó de la ponencia «Formación de la Identidad personal y educación». Se refirió principalmente a dos problemas que han sido resueltos recientemente por las más altas instancias jurisdiccionales de nuestro Estado. El primero de ellos es el llamado *homeschooling* o educación en el hogar. El ponente pasó a detallar los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en la STC 133/2010 para no conceder el amparo a unos padres que estaban llevando a cabo esta práctica con sus dos hijos menores de edad que, en consecuencia, no estaban escolarizados. En líneas generales Victor Ferreres se mostró partidario de la sentencia antes citada de la que extrajo las siguientes reflexiones. En primer lugar, parece acertada la opción del TC de no considerar el derecho a la educación reducido a instruir en conocimientos, sino también a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural. Aunque es cierto que el *homeschooling* permitiría también desarrollar esta dimensión del menor en otros ámbitos distintos a la escuela, el derecho a la educación debe posibilitar a los menores aprender a trabajar juntos y, esto, parece que solo puede llevarse a cabo en la escuela. En segundo lugar y partiendo de la premisa anterior, hay que plantear el problema del *homeschooling* en términos de ponderación de derechos. Aunque la educación en el hogar puede arrojar unos resultados muy favorables en la adquisición de conocimientos —más incluso que en la escuela en algunos casos—, a cambio obtenemos un modelo de ciudadano que no es el que queremos. Hay que intentar buscar un equilibrio entre los diversos objetivos que persigue el derecho a la educación. En último lugar, el ponente señaló que sería posible trasladar esta doctrina a una hipotética prohibición legislativa de segregación por sexos en la escuela.

La segunda cuestión problemática que fue objeto de su ponencia, vino referida a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 que casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y obliga a un alumno a cursar la asignatura de Educación para la Ciudadanía. A partir del pronunciamiento del Tribunal Supremo, que consideró conforme a la Constitución que el Estado imponga esta asignatura, Victor Ferreres apuntó los siguientes problemas que ésta suscita. En primer lugar, se mostró partidario de la argumentación del alto Tribunal, pero advirtió que parece complicado establecer cuales son aquellos valores comunes, respetuosos con las distintas cosmovisiones del mundo. Si el sustrato moral es lo que no debe discutirse y dejarse fuera, es francamente difícil trazar la frontera entre lo que puede ser o no abordado en esta asigna-

tura. En segundo lugar, se planteó si resulta oportuno hacer patriotismo *habermasiano* en las escuelas. Y por último, se refirió a que, a pesar de que los pedagogos han hecho hincapié en que más que los contenidos es importante el método en esta asignatura, la elección de éste no es igual de respetuosa con las distintas cosmovisiones del mundo.

Por último, Francisco Rubio Llorente y Pedro Cruz Villalón se ocuparon del tema «Derechos Fundamentales y Principios estructurales en la Unión Europea e Identidad nacional».

Pedro Cruz hizo hincapié en los distintos discursos que sostienen los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el concepto «identidad nacional». Los Estados utilizan el término «en mayúscula», apelando a la existencia de un núcleo irreductible frente a la primacía del Derecho Europeo. Este discurso se observa en todos los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros, ya sea el español, el polaco el checo o el alemán. En el caso de este último, se incluye además un control de la identidad.

En contraposición a esta utilización del término «identidad nacional», el TJUE lo ha venido utilizando en «minúscula», o trivializando el sentido que confieren a dicha cláusula los Estados miembros. En efecto, a la hora de analizar si un Estado miembro puede alegar un problema de orden general para no acatar en relación con un asunto concreto los Tratados, decide examinar si concurre una causa que pueda incardinarse en el «respeto a la identidad nacional». Son muchos los ejemplos a los que se refirió para resaltar cómo el TJUE ha trivializado dicha cláusula: la STJUE de 14 de octubre de 2004 (As. c-36/02) o sentencia Omega, en la que el Alto Tribunal Europeo reconoce que en ciertos Estados, como Alemania, la dignidad supone un plus especial de protección por cuestiones de identidad; o la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (As. C-208/09) en la que no se considera contrario a los Tratados la negativa de Austria a incluir en el apellido de una ciudadana de la Unión una partícula nobiliaria con el objeto de garantizar la identidad constitucional de dicho Estado miembro, en la que prima el objetivo republicano.

También hizo referencia a la distinta intensidad y frecuencia con la que Estados miembros apelan a este criterio para excepcionar determinadas conductas de lo que disponen los Tratados. Alemania, por ejemplo, se habría caracterizado por una mayor prudencia y cierta racionalidad en su utilización. En el polo opuesto, llama la atención el caso del Tribunal Constitucional Checo.

Francisco Rubio Llorente empezó negando que en la actualidad existan unos principios estructurales de la Unión Europea. Esto fue así en el pasado, pero a partir de Lisboa, los Tratados establecen literalmente que la Unión se

funda en valores, no en principios. Es cierto que algunos preceptos del Tratado hacen referencia a «principios» (entre otros, el art. 5), pero con el tiempo, determinar cuáles sean estos se ha complicado en exceso ya que además de los valores contenidos en el artículo 2, se incorporan también fines en el artículo 3 que son determinantes de la estructura de la Unión. En definitiva, según Francisco Rubio no hay una idea clara de lo que sean o signifiquen los principios estructurales de la Unión. Es más, se obvian en los Tratados dos que a su juicio resultan fundamentales: el de efecto directo y el de primacía.

Por lo que se refiere a la cuestión del respeto a la «identidad nacional», Francisco Rubio Llorente señaló que su reconocimiento está en el origen de la Unión. Fue desde los inicios una idea latente que se hace explícita en los Tratados como un «contra límite» a los poderes de la Unión Europea. La identidad que estos garantizan no es colectiva sino singular, de cada uno de los Estados. En realidad, podría entenderse que donde los Tratados se refieren al término identidad quieren decir en realidad soberanía. Esta visión de lo que sea la «identidad nacional» ha sido acogida por los Tribunales Constitucionales de los distintos Estados Miembros. Son ilustrativas en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993 y de 30 de junio de 2009 sobre los Tratados de Maastricht y Lisboa respectivamente que acaban por afirmar que los tratados no pueden vulnerar el núcleo de la soberanía alemana. Acabó su conferencia poniendo en conexión esta doctrina con la crisis económica que asola a Europa. En realidad, hay razones para el pesimismo ya que no se puede sacrificar la democracia al euro, lo que obliga a asegurar la participación de cada Estado Miembro en relación con todas y cada una de las medidas que se quieren adoptar para atajar la gran depresión económica en la que estamos inmersos.

Esta última sesión se cerró tras un breve debate final moderado por Antonio López Castillo que previo agradecimiento a los asistentes por su atento seguimiento, por delegación de la Directora del Anuario, puso fin a las Jornadas.