

Conflicto entre privacidad y transparencia: el caso de la publicación en línea de los datos de renta y patrimonio de los directivos de la Administración pública

Nicolò Zanon, magistrado del Tribunal Constitucional de Italia

RESUMEN: 1. El asunto – 2. El camino de la legislación italiana hacia la transparencia entendida como accesibilidad total a la información en poder de las Administraciones públicas – 3. El derecho a la protección de los datos personales y su posible conflicto con las exigencias de transparencia – 4. La sentencia núm. 20 de 2019 del Tribunal Constitucional italiano

1. En Italia, en el plano de la justicia constitucional, el potencial conflicto entre dos principios o derechos, la intimidad individual y la transparencia (entendida esta última también como necesidad de control social sobre la labor de los poderes públicos), se manifestó claramente con ocasión de la resolución de algunas cuestiones sobre legitimidad constitucional planteadas por un tribunal administrativo regional (el TAR del Lazio) acerca de varias disposiciones del decreto legislativo núm. 33 de 2013 (el llamado “código de transparencia administrativa”), que contiene una norma expresamente dirigida a regular las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de la información relativa a la renta y el patrimonio de los directivos de la Administración pública. Resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20 de 2019, el caso merece unas palabras introductorias.

2. Es bien sabido que existen básicamente dos formas por las que se puede dar a conocer información (de interés público en manos de las Administraciones) en un sistema jurídico:

a) un régimen de “accesibilidad”, en el que los datos en cuestión no son públicos, pero pueden ser adquiridos por determinadas personas, titulares de intereses concretos y diferenciados, y mediante procedimientos particulares, en función de la solicitud de acceso y de la aceptación o denegación de la solicitud por parte de la Administración.

b) un régimen de “disponibilidad”, por el que todos los datos que obren en poder de la Administración pública, salvo los expresamente excluidos por la ley, deben

hacerse públicos obligatoriamente y, por tanto, ponerse a disposición de todos los ciudadanos para que puedan ejercer formas de “control social” sobre las actividades de interés público y general.

El ordenamiento jurídico italiano ha adoptado soluciones que han llevado progresivamente la legislación sectorial desde sistemas del primer tipo a otros más abiertos a la disponibilidad generalizada.

Frente a un régimen que durante mucho tiempo se caracterizó por el predominio del “secreto” sobre la actividad administrativa, la primera apertura se produjo con la Ley núm. 241 de 1990, que reguló el derecho de acceso a los documentos administrativos, como instrumento fundamental de conocimiento, dirigido a la protección individual del interesado frente a los actos y medidas de la Administración pública que afecten a su esfera subjetiva.

Sin embargo, por disposición legal expresa, las solicitudes de acceso “dirigidas a un control generalizado del trabajo de las Administraciones públicas” no están permitidas.

Parece evidente, por tanto, que, en su fase inicial, el derecho de acceso a los documentos administrativos se caracteriza sobre todo como un instrumento de protección de situaciones jurídicas subjetivas, que se distingue como una “necesidad de saber” –indispensable para la satisfacción de intereses y necesidades particulares y cualificados del interesado– en el marco de un procedimiento iniciado por una Administración pública.

No fue hasta el decreto legislativo núm. 150 de 2009 cuando el legislador italiano empezó a ocuparse de la transparencia, definiéndola como “la accesibilidad total, incluso mediante la publicación en los sitios web institucionales de las Administraciones públicas”, de la información relativa a todos los aspectos de la organización, el uso de los recursos para el ejercicio de las funciones institucionales y los resultados de la actividad administrativa.

La transparencia empieza a tomar forma, orientada hacia el concepto de datos abiertos y necesaria para el logro del gobierno abierto, que consiste en la participación activa y colaborativa de los ciudadanos en las decisiones administrativas, realizando “formas generalizadas de control del cumplimiento de los principios de buena actuación e imparcialidad”.

En esta medida, sin embargo, la finalidad de la transparencia sigue siendo, en esencia, instrumental para la evaluación y medición del rendimiento individual y organizativo de la Administración pública y para la mejora de los servicios prestados a los ciudadanos, aunque el cambio “de época” en la perspectiva sea evidente.

Este enfoque se retomó posteriormente en la Ley núm. 190 de 2012 sobre “Disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la Administración pública”, por la que se aplica el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La transparencia administrativa se lee ahora desde una perspectiva nueva y potencialmente distinta: mediante la plena divulgación de los documentos administrativos, la transparencia se eleva al rango de herramienta de prevención de la

corrupción.

Sin embargo, la llamada “ley anticorrupción” –al surgir posibles tensiones entre la necesidad de transparencia, expresada en forma de “accesibilidad total”, y la necesidad de proteger la confidencialidad de las personas– establece límites generales a la publicación de información, que de hecho debe producirse “respetando las disposiciones sobre [...] protección de datos personales”, y delega en el Gobierno la adopción de un decreto legislativo para reorganizar las normas sobre obligaciones de divulgación.

La delegación de competencias se ejerció con la aprobación del Decreto Legislativo núm. 33 de 2013, cuyo artículo 1 –titulado emblemáticamente “Principio general de transparencia”– confirma el modelo tendencial pivotado sobre la accesibilidad total a la información relativa a la organización y actividad de las Administraciones públicas, pero siempre con la garantía de la protección de los datos personales, con el objetivo, ahora, de “favorecer formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos”.

El Decreto Legislativo núm. 33 de 2013, además, regula por primera vez la institución del acceso cívico (el llamado acceso cívico “simple”), a través del cual “cualquier persona” tiene derecho a solicitar a las Administraciones públicas “documentos, información o datos” cuya publicación obligatoria, prevista por la legislación vigente, se haya omitido.

Sin embargo, incluso así, el paso de la “necesidad de saber” al “derecho a saber” quedó un tanto debilitado y alejado de las experiencias extranjeras más avanzadas, que, incluso en los casos en que contemplan obligaciones concretas de divulgación (la llamada divulgación proactiva), prevén luego espacios y posibilidades de acceso mucho más generalizados, que permiten al interesado solicitar cualquier documento, dato o información no confidencial (la llamada divulgación reactiva) de que disponga la Administración pública.

Esto llevó a la aprobación del Decreto Legislativo núm. 97 de 2016, en el que, si bien se reafirma que la transparencia se entiende como “accesibilidad total”, el legislador cambió la referencia a la “información relativa a la organización y actividades de las Administraciones Públicas”, y la sustituyó por “datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas”.

Además, el decreto examinado amplía los objetivos perseguidos por el principio de transparencia al añadir la finalidad de “proteger los derechos de los ciudadanos” y “promover la participación de los interesados en la actividad administrativa”.

El legislador, además, subraya que la transparencia contribuye a hacer efectivos “el principio democrático y los principios constitucionales de igualdad, imparcialidad, buena conducta, responsabilidad, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, integridad y lealtad en el servicio a la nación”. Añade que la transparencia “es una condición para garantizar las libertades individuales y colectivas, así como los derechos civiles, políticos y sociales” y, por lo tanto, “integra el derecho a una buena Administración y contribuye al logro de una Administración abierta, al servicio del ciudadano”.

Al acceso cívico original introducido en 2013, se añade otra institución más incisiva.

De hecho, el legislador italiano, tomando prestado de las experiencias escandinava y anglosajona el modelo representado por las Leyes de Libertad de Información (*Freedom of information acts* - FOIA), introduce –aunque con muchas limitaciones y adaptaciones peculiares– un concepto inédito de transparencia vinculado a la posibilidad de acceder, en determinadas condiciones, a los documentos, datos e información que obren en poder de la Administración pública.

Así, se introduce el llamado acceso cívico “generalizado”, mediante el cual “cualquiera” tiene derecho a acceder a “a los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones públicas, además de los sujetos a publicación” en virtud del Decreto Legislativo núm. 33 de 2013, con el objetivo de fomentar (de nuevo) “formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos”, así como promover “la participación en el debate público”.

En definitiva, la transparencia “proactiva”, es decir, la que se consigue mediante la publicación obligatoria de los datos y noticias que indica la ley en las páginas web de determinadas entidades, se complementa con la transparencia “reactiva”, es decir, la que se produce en respuesta a las solicitudes de conocimiento formuladas por los interesados.

El legislador italiano ha intentado ajustarse a los modelos de las democracias liberales, centrados en el sistema FOIA, que representa un paradigma destinado a perseguir tres objetivos: responsabilidad, participación y legitimidad.

Desde esta perspectiva, el derecho a saber pretende, por tanto, permitir un control generalizado de las actuaciones administrativas, con el fin de prevenir fenómenos de corrupción, garantizar la participación informada de los ciudadanos en las decisiones de política pública y reforzar la legitimidad de la Administración.

3. Este breve excursus sobre la evolución de la legislación italiana en materia de transparencia es útil para comprender en qué sentido han conducido las opciones legislativas a una posible vulneración de las necesidades individuales de privacidad.

Como se verá más adelante, estos últimos requisitos subyacen en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Administrativo Regional del Lazio precisamente sobre determinadas disposiciones del Código de Transparencia Administrativa.

Tras las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo núm. 97 de 2016, una serie de disposiciones legales habían extendido de hecho a todos los directivos de la Administración pública –¡estamos hablando de más de 140.000 personas!– la obligación de publicar información (relativa a la renta y al patrimonio) que se había previsto inicialmente para los titulares de cargos políticos.

El objetivo declarado del legislador es combatir, también por esta vía, el fenómeno de la corrupción, cuya percepción (entendida también como falta de transparencia), según las clasificaciones elaboradas por organizaciones internacionales independientes, se sitúa en Italia entre las más altas del mundo.

En lo que aquí interesa específicamente, en relación con este amplio contingente de funcionarios, la ley había previsto la publicación en las páginas web institucionales de las entidades a las que pertenecían de la siguiente documentación: a) retribuciones de todo tipo vinculadas a la toma de posesión del cargo y gastos de viaje, servicio y misiones pagadas con fondos públicos; b) una declaración que contenga los datos relativos a los derechos reales sobre los bienes inmuebles y muebles inscritos en los registros públicos, las participaciones sociales y las acciones en sociedades; así como c) una copia de la última declaración de la renta sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La obligación se hacía extensiva, previo consentimiento, al cónyuge no separado y a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y, en caso de denegación del consentimiento, se debía comunicar sin demora en la web.

Como es evidente, la ley opera en tal caso en un terreno en el que los derechos y principios fundamentales, protegidos simultáneamente por la Constitución italiana y por el Derecho europeo, tanto primario como derivado, están conectados, y a veces incluso en visible tensión.

Por un lado, el derecho a la confidencialidad de los datos personales, como manifestación del derecho fundamental a la inviolabilidad de la esfera privada, que se refiere a la protección de la vida de las personas en sus múltiples aspectos. Se trata de un derecho que, aunque no está previsto textualmente, encuentra referencias en la Constitución italiana (artículos 2, 14 y 15 de la Constitución) y que está específicamente protegido en numerosas normas europeas y convencionales.

En la época actual, se caracteriza especialmente por ser un derecho a controlar la circulación de información relativa a la propia persona, y se beneficia, para su protección, de los cánones desarrollados a escala europea para evaluar la legitimidad de la recogida, el tratamiento y la difusión de datos personales.

Se trata de los principios de proporcionalidad, pertinencia y prohibición de exceso, en virtud de los cuales las excepciones y limitaciones a la protección de la confidencialidad de dichos datos deben operar dentro de los límites de lo estrictamente necesario, siendo por ello indispensable identificar procedimientos que afecten en la menor medida posible al derecho fundamental, contribuyendo al mismo tiempo a la consecución de los objetivos legítimos que subyacen a la recogida y tratamiento de los datos.

Por otro lado, con igual importancia, están los principios de publicidad y transparencia, referidos no sólo como corolario del principio democrático (artículo 1 de la Constitución), a todos los aspectos relevantes de la vida pública e institucional, sino también, en virtud del artículo 97 de la Constitución, al buen funcionamiento de la Administración y, en la parte que aquí nos interesa en concreto, a los datos que posee y controla. Se trata de principios que, en la legislación nacional, tienden ahora –como se ha ilustrado más arriba– a manifestarse también, en su declinación subjetiva, en forma de derecho de los ciudadanos a acceder a los datos que obran en poder de la Administración pública.

En Derecho europeo, la misma inspiración llevó al Tratado de Lisboa a incluir el derecho de acceso a los documentos en poder de las autoridades europeas entre las “Disposiciones de aplicación general” del Tratado de Funcionamiento de la Unión,

exigiendo que el derecho de acceso a los mismos se considere un principio general del Derecho europeo [artículo 15(3), primer párrafo, TFUE y artículo 42 CDFUE].

Los derechos a la intimidad y a la transparencia se confrontan sobre todo en el nuevo escenario digital: un ámbito en el que, por un lado, los derechos personales pueden verse en peligro por la circulación indiscriminada de información; por otro, precisamente en ese ámbito, la mayor circulación de datos puede permitir a todos informarse y comunicarse mejor.

Sin embargo, como es intuitivo, una cosa es hablar de transparencia en relación con la “actuación administrativa” y otra muy distinta valorar los límites de la transparencia (o publicidad) en relación con la información y los datos, incluso de carácter personal, relativos a los individuos que integran la Administración.

En este ámbito, va de sí el posible conflicto entre las exigencias de transparencia e información, por un lado, y los derechos de las personas dentro de la Administración, por otro.

La elección del legislador de desplazar progresivamente el centro de gravedad de la transparencia del derecho de acceso a la publicidad en línea, construyendo así una obligación de publicación orientada a la accesibilidad total, corre el riesgo de entrar en conflicto con la necesidad de proteger la confidencialidad de los datos contenidos en los documentos y la información en poder de las Administraciones.

La transparencia de la información, y especialmente de la publicada en la red, implica también a los individuos, y va de sí que no toda la información relativa a los individuos afectados es necesaria para satisfacer la necesidad de la comunidad de conocer el funcionamiento de la máquina burocrática; además, hay categorías de información que en cualquier caso deberían protegerse, ya que se refieren estrictamente a la esfera personal de los individuos.

En el equilibrio entre el conocimiento (de la actividad) y la intimidad (de las personas), debe evitarse la divulgación de datos personales que resultan inútiles a efectos de transparencia, pero que perjudican la dignidad de los afectados.

4. En este contexto, sucede, pues, que algunos directivos de la oficina del Supervisor de protección de datos personales impugnan ante el juez administrativo la medida por la que se les pide que aporten la documentación relativa a su renta y patrimonio, que está sujeta a publicación obligatoria en la página web de las autoridades públicas.

El juez administrativo, al estimar las pretensiones de los demandantes, plantea varias cuestiones de legitimidad constitucional, invocando diversos parámetros constitucionales y europeos.

En primer lugar, el apartado 1 del artículo 117 de la Constitución, en referencia a los principios de proporcionalidad, relevancia y prohibición de exceso en el tratamiento de los datos personales, amparados por los artículos 7, 8 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); el artículo 5 del Convenio de Estrasburgo núm. 108 de 28 de enero de 1981, ratificado por la Ley núm. 98 de 21 de febrero de 1989

(Ratificación y aplicación del Convenio núm. 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, adoptado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981); los artículos 6.1.c), 7.1.c) y e) y 8.1 y 4 de la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre de 1995 (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

Cabe mencionar, en aras de la exhaustividad, que la protección otorgada a los datos personales se concretó principalmente con la aprobación del Reglamento (UE) núm. 679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos), que entró oficialmente en vigor el 24 de mayo de 2016 y es directamente aplicable en los Estados miembros de la UE desde el 25 de mayo de 2018 (posterior al planteamiento de las cuestiones de constitucionalidad debatidas).

A continuación, el juez administrativo invoca el artículo 3 de la Constitución:

- a) en contraposición con el principio de igualdad, habida cuenta de la injustificada equiparación normativa de los directivos públicos con los titulares de cargos políticos, y de la ausencia de diferenciación entre las mismas figuras de gestión;
- b) por irrazonabilidad de las normas, dado el carácter desproporcionado de las obligaciones de publicación en relación con los fines subyacentes de las leyes sobre transparencia administrativa.

Por último, invoca los artículos 2 y 13 de la Constitución, que protegen los derechos humanos inviolables y la libertad personal.

El Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia núm. 20 de 2019, estimó en gran medida las cuestiones planteadas por el juez administrativo.

Señaló, en primer lugar, que en la versión original, las disposiciones censuradas ya obligaban a las Administraciones afectadas a publicar una serie de documentos e informaciones, pero sólo en referencia a los titulares de cargos políticos de ámbito estatal, regional y local.

Estos documentos incluían también los datos relativos a las remuneraciones de cualquier tipo vinculadas a la toma de posesión del cargo y los relacionados con los importes de los viajes de servicio y misiones pagados con fondos públicos, una declaración relativa a los derechos reales sobre bienes inmuebles y bienes muebles inscritos en los registros públicos, las acciones y participaciones en sociedades y el ejercicio de funciones como administrador o auditor de sociedades, así como la copia de la última declaración de la renta sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con obligaciones extensivas al cónyuge no separado y a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, cuando hayan prestado su consentimiento y sin perjuicio de la necesidad de acreditar su falta de consentimiento.

Los destinatarios originales de estas obligaciones de transparencia son los titulares de cargos que encuentran su justificación última en el consenso popular, lo que explica la razón de ser de estas obligaciones: permitir a los ciudadanos comprobar si los miembros de los órganos de representación política y de gobierno a nivel estatal,

regional y local, desde el momento en el que asumen el cargo, se benefician de incrementos de renta y patrimonio, incluso a través de sus cónyuges o familiares cercanos, y si estos incrementos son coherentes con las retribuciones percibidas por los distintos cargos.

La reforma introducida por el Decreto Legislativo núm. 97 de 2016 extiende, como se ha dicho, las obligaciones de publicación recordadas, en lo que aquí interesa, a los funcionarios públicos que desempeñen cargos directivos en cualquier calidad conferida.

De este modo, la totalidad de la gestión pública italiana se ha visto arrastrada a la órbita de los pesados deberes de transparencia, que originalmente sólo se referían a los titulares de cargos políticos.

El Tribunal Constitucional reconoce que, en nombre de los objetivos relevantes de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, y ante la transformación de la Administración pública en una “casa de cristal”, el legislador bien puede prever instrumentos de libre acceso de cualquier persona a la información pertinente.

Observa, no obstante, que la persecución de estos fines debe llevarse a cabo mediante la previsión de obligaciones de publicación de datos e información cuyo conocimiento esté razonable y efectivamente vinculado al ejercicio del control, tanto sobre el correcto ejercicio de las funciones institucionales como sobre la adecuada utilización de los recursos públicos.

Desde esta perspectiva, pues, parece justificada la obligación de publicar las remuneraciones de cualquier tipo vinculadas a la toma de posesión del cargo, así como los importes de los viajes de servicio y misiones pagados con fondos públicos. Ello sirve para facilitar la posibilidad de un control generalizado, por parte de los propios beneficiarios de las prestaciones y servicios de la Administración, de la forma en que se utilizan los recursos públicos. También permite evaluar la adecuación –con respecto a los resultados obtenidos y los servicios prestados– de las sumas de dinero destinadas a la remuneración de los responsables, a todos los niveles, del buen funcionamiento de la Administración pública.

En cambio, el Tribunal Constitucional llega a una conclusión diferente en relación con la obligación de publicar –impuesta, indistintamente, a todos los titulares de cargos directivos– declaraciones y extractos que contengan datos sobre renta y patrimonio (propios y de familiares cercanos), además de información sobre sueldos y retribuciones relacionados con el desempeño de cargos directivos.

En primer lugar, se trata de datos que no están necesariamente en relación directa con el desempeño de la función encomendada. Más bien ofrecen una representación analítica de la situación económica personal de los interesados y de sus familiares más cercanos, sin que, para justificar estas obligaciones de transparencia, pueda invocarse siempre, como ocurre sin embargo en el caso de los titulares de cargos públicos, la necesidad o la oportunidad de rendir cuentas a los ciudadanos de todos los aspectos de la propia condición económica y social, con el fin de mantener la relación de confianza que alimenta el consenso popular durante el desempeño de su mandato.

Según el Tribunal Constitucional italiano, el conocimiento indiscriminado de esta amplia gama de información y datos personales de carácter patrimonial y de renta contenidos en los documentos sujetos a publicación no parece necesario ni proporcionado respecto a los fines perseguidos por la legislación de transparencia, principalmente el de combatir la corrupción en el seno de la Administración pública.

La norma impone(imponía) la publicación *online* de una masa muy considerable de datos personales, teniendo en cuenta el número de destinatarios: aproximadamente ciento cuarenta mil interesados (sin considerar cónyuges y parientes hasta el segundo grado), por lo que parecía evidente el riesgo de frustrar las propias exigencias de información veraz y, por tanto, de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos, que están en la base de la legislación de transparencia.

De hecho, la publicación de cantidades tan grandes de datos en la red no facilita la búsqueda de los datos más significativos para determinados fines (en nuestro caso concreto, para fines de información veraz, también para fines anticorrupción) a menos que se utilicen herramientas de tratamiento eficaces, que no es razonable suponer que estén a disposición de los ciudadanos particulares.

En este sentido, el precepto en cuestión acababa siendo contrario al principio seguido siempre por la jurisprudencia constitucional italiana y según el cual, en las operaciones de ponderación, no puede haber una disminución de la protección de un derecho fundamental si no va acompañada del correspondiente aumento de la protección de otro interés de igual rango.

En el presente caso, la compresión – indiscutible – del derecho a la protección de los datos personales no se vio correspondida, a primera vista, por un aumento comparable ni de la protección del derecho compensatorio de los ciudadanos a ser correctamente informados ni del interés público en la prevención y represión de la corrupción.

Por el contrario, el riesgo era precisamente el de generar “opacidad por confusión”, precisamente por la irrazonable incapacidad de seleccionar, en origen, la información más adecuada para la consecución de los legítimos objetivos perseguidos.

Sin embargo, en el juicio de constitucionalidad fueron de crucial importancia las formas en que se persiguieron los objetivos antes mencionados de la legislación sobre transparencia.

De conformidad con las disposiciones generales del Decreto Legislativo núm. 33 de 2013, las Administraciones públicas proceden a incluir, en sus sitios institucionales en línea (en una sección especial denominada “Administración transparente”), los documentos, informaciones y datos sujetos a obligaciones de publicación, a los que corresponde el derecho de cualquier persona a acceder a los sitios de forma directa e inmediata, sin autenticación ni identificación.

Todos los documentos, información y datos sujetos a publicación obligatoria son públicos y cualquier persona tiene derecho a conocerlos, utilizarlos gratuitamente, usarlos y reutilizarlos.

Además, las Administraciones no pueden proporcionar filtros y otras soluciones técnicas que impidan a los motores de búsqueda web indexar y buscar en la sección “Administración transparente”.

Las obligaciones de publicar datos personales “comunes”, distintos de los datos sensibles y judiciales (estos últimos, como tales, exentos de las obligaciones de publicación), implican por tanto su difusión a través de sitios web institucionales, así como su tratamiento según la modalidad, de forma que puedan indexarse y rastrearse a través de motores de búsqueda en la web, y también reutilizarse.

Estas peculiares modalidades de publicación impuestas por el Decreto Legislativo núm. 33 de 2013 son precisamente las que agravan, según el Tribunal Constitucional italiano, el carácter ya de por sí desproporcionado de la obligación de publicar los datos objeto de debate, en la medida en que se impone a todos los directivos públicos.

La sentencia núm. 20 de 2019 afirma que la indexación y el libre rastreo en la web, con la ayuda de motores de búsqueda comunes, de datos personales publicados no es coherente con el objetivo de fomentar un conocimiento correcto de la conducta de la dirección pública y de las formas en que se utilizan los recursos públicos. Más bien, tales formas de publicidad corren el riesgo de permitir la recuperación “aleatoria” de datos personales, al tiempo que estimulan formas de investigación inspiradas únicamente en la necesidad de satisfacer la mera curiosidad.

De hecho, es bien sabido que en cuanto se produce una fuga de datos de la sección de “Administración transparente” de los sitios institucionales a los espacios web, éstos se reordenan según (los) criterios (más) diversos (ni siquiera conocibles ex ante) por todos los demás motores de búsqueda: esto conlleva, como consecuencia, una imposibilidad objetiva para las Administraciones de comprobar la veracidad y corrección de la información circulante, su actualización y, más en general, de gobernar precisamente este tráfico de flujos de datos desde dentro (las secciones de sus propios sitios web) hacia fuera (los infinitos lugares de Internet).

Se trata de un riesgo que también ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A la luz del desarrollo de la tecnología de la información y de la ampliación de las posibilidades de tratamiento de datos personales debido a la automatización, el TEDH se ha centrado en la estrecha relación entre la protección de la intimidad (artículo 8 del CEDH) y la protección de los datos personales, interpretando también esta última como la protección de la autonomía personal frente a injerencias excesivas de agentes privados y públicos (TEDH, Gran Sala, sentencias de 16 de febrero de 2000, *Amann c. Suiza*, y de 6 de abril de 2010, *Flinkkilä y otros c. Finlandia*).

En una decisión significativa (sentencia de 8 de noviembre de 2016, *Magyar c. Hungría*), la Gran Sala del TEDH observó cómo el interés que subyace al acceso a los datos personales con fines de interés público no puede reducirse a la “sed de información” sobre la vida privada de los demás (“El interés público no puede reducirse a la sed de información del público sobre la vida privada de los demás, o al deseo de sensacionalismo o incluso voyerismo de un público”: § 162).

Por su parte, en materia de transparencia administrativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha dictaminado reiteradamente que “las instituciones, antes

de divulgar información relativa a una persona física, deben sopesar el interés de la Unión en garantizar la transparencia de su actuación y la vulneración de los derechos reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Carta”. Por consiguiente, “no puede reconocerse una primacía automática del objetivo de transparencia sobre el derecho a la protección de los datos de carácter personal”.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional italiano señala que las disposiciones censuradas no superan el test de proporcionalidad ni siquiera en cuanto a la necesaria elección de la medida menos restrictiva para los derechos fundamentales afectados.

Señala que sin duda existen soluciones alternativas a la propiciada por el legislador, tantas como modelos y técnicas imaginables para equilibrar adecuadamente las exigencias contrapuestas de confidencialidad y transparencia, ambas dignas de la debida valorización, pero ninguna de ellas susceptible de ser excesivamente comprimida.

Algunas de estas soluciones se han preferido en otras jurisdicciones europeas: por ejemplo, la definición previa de umbrales de ingresos, cuya superación es condición necesaria para activar la obligación de publicación; la divulgación de datos amparados por el anonimato; la publicación de información nominativa según tramos; la simple presentación de declaraciones personales ante la autoridad de control competente.

Por supuesto, no corresponde al Tribunal Constitucional indicar la solución (diferente) más adecuada para equilibrar derechos antagónicos, ya que la elección del instrumento que se considere más apropiado corresponde a la amplia discrecionalidad del legislador.

No obstante, constató que existía –a la espera de una revisión global de la normativa –una manifiesta desproporción del dispositivo normativo elaborado en relación con la persecución de los fines legítimamente perseguidos, al menos cuando se aplicaba, sin diferenciación alguna, a la totalidad de los titulares de cargos directivos.

El precepto censurado por ilegalidad constitucional, en efecto, no hacía distinción alguna dentro de la categoría de gestores administrativos, vinculando a todos ellos a la obligación de publicar los datos indicados. El legislador no previó, en esencia, ninguna diferenciación en cuanto al nivel de poder de decisión o de gestión atribuido al directivo individual. Sin embargo, es evidente que este nivel no puede sino influir tanto en la gravedad del riesgo de corrupción –que la propia disposición pretende evitar– como en la consiguiente necesidad de transparencia e información.

Precisamente la falta de diferenciación entre directivos chocaba, a la vez, con el principio de igualdad y, de nuevo, con el principio de proporcionalidad, que debe guiar cualquier acto de equilibrio entre derechos fundamentales antagónicos.

De hecho, el legislador debería haber establecido distinciones en relación con el grado de exposición del cargo público al riesgo de corrupción y el alcance del ejercicio de las funciones pertinentes, previendo de forma coherente niveles diferenciados de omnipresencia y exhaustividad de la información sobre renta y patrimonio que debe publicarse, en relación con la función, las responsabilidades y el cargo que ocupan los directivos.

El Tribunal Constitucional, al mismo tiempo, reconoció que una sentencia estimatoria referida con carácter general a todos los directivos, en nombre de la intimidad individual, habría dejado completamente fuera de consideración principios constitucionales merecedores de protección.

De hecho, existen requisitos de transparencia y publicidad que no pueden aplicarse injustificadamente a las personas a las que se atribuyen funciones directivas especialmente importantes. A estas últimas, por tanto, pueden aplicárseles incluso tales obligaciones de publicidad generalizada, sin que la comprensión de la protección de datos personales resulte carente de justificación adecuada o desproporcionada.

El Tribunal reconoció, además, que las múltiples posibilidades de clasificación de niveles y funciones dentro de la categoría de directivos públicos, también en relación con la distinta naturaleza de las Administraciones a las que pertenecen, impiden una selección conforme a criterios constitucionalmente obligatorios.

Por lo tanto, no podía ser el Tribunal Constitucional el que rediseñara, mediante una sentencia “manipuladora”, el panorama general, necesariamente diverso, de los destinatarios de las obligaciones de transparencia y de las formas en que éstas deben cumplirse.

Esto sólo puede dejarse a la discreción del legislador.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional se limitó a garantizar el mantenimiento de un núcleo mínimo de protección del derecho a la transparencia administrativa en relación con los datos personales indicados por la disposición censurada, a la espera de una nueva intervención indispensable y completa del legislador.

Para ello, el Tribunal identificó una serie de puestos de alta dirección expresamente previstos en la legislación sectorial que regula el empleo directivo en la Administración Pública (Decreto Legislativo núm. 165 de 2001). Se trata de los cargos de Secretario general de ministerios y de dirección de estructuras divididas internamente en direcciones generales, así como de cargos directivos de nivel general. La aplicación a estos directivos de las obligaciones de publicidad antes descritas no parecía ir en detrimento de los principios de proporcionalidad e igualdad consagrados en el artículo 3 de la Constitución.

De hecho, las competencias asignadas a estos directivos ponen de manifiesto que desarrollan actividades de enlace con los órganos de decisión política, con los que el legislador asume la existencia de una relación fiduciaria, hasta el punto de prever que los citados nombramientos se confieran a propuesta del ministro competente, precisamente por la elevadísima importancia de las tareas –proactivas, organizativas, de gestión (de recursos humanos e instrumentales) y de gasto– que se les asignan.

De este modo, el Tribunal Constitucional salvaguardó provisionalmente las exigencias de transparencia y publicidad que parecían indispensables, a la espera de una revisión exhaustiva de la materia, que queda indiscutiblemente al arbitrio del legislador.

Luca Antonini Tribunal Constitucional de Italia

Los débiles y vulnerables en las nuevas fronteras de la autodeterminación: un equilibrio complejo

3ª Conferencia Cuadrilateral

Lisboa, 10-12 de octubre de 2019

Sesión de tarde dedicada a la jurisprudencia. Tema núm. 1: Genética, persona y familia

Los débiles y vulnerables en las nuevas fronteras de la autodeterminación: un equilibrio complejo

Prof. Luca Antonini

Tribunal Constitucional italiano

VERSIÓN PROVISIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano durante el último año ha abordado varias cuestiones relacionadas con el subtema al que se dedica esta sesión.

Sin embargo, los tres casos más significativos se refieren al tema de la asistencia al suicidio, al tipo penal de la complicidad en la prostitución y a la prohibición de la fecundación heteróloga para las parejas homosexuales: los tres pronunciamientos se recordarán en extrema síntesis, destacando los argumentos principales y dejando la posibilidad de un debate más profundo. En la presentación oral, dado el límite de tiempo, sólo se tratará el primer caso.

1. De hecho, el auto núm. 207 de 2018 es una de las decisiones que más han marcado la jurisprudencia constitucional del último año, tanto por las cuestiones tratadas, directamente relacionadas con el estatuto constitucional de la persona humana, como por la novedad aportada al marco de la técnica decisoria, así como por el riquísimo y complejo debate doctrinal que se ha desarrollado.

La *Corte di Assise* de Milán solicitó al Tribunal que interviniera sobre la presunta ilegitimidad constitucional del artículo 580 del Código Penal, en la parte en la que criminaliza la conducta de asistencia al suicidio con independencia de su contribución a la determinación o refuerzo de la intención de suicidarse. En efecto, el citado artículo, que data de 1930 y expresa una visión fuertemente publicista de la vida del individuo, castiga severamente –con penas de prisión de cinco a doce años (una pena sólo ligeramente inferior a la que habría supuesto el homicidio del que consiente ser asistido en su suicidio)– a quienes contribuyen al suicidio de otra persona: y ello tanto si la participación se produce en forma de incitación, como si tiene lugar en

forma de ayuda material (auxilio): facilitando –dice el artículo del código– “de cualquier modo la ejecución”.

En concreto, la *Corte di Assise* consideraba que la criminalización de la conducta de asistencia al suicidio, que no reforzara la intención de la víctima, era contraria a los principios consagrados en los artículos 2 y 13 de la Constitución, de los que se deriva la libertad de la persona de elegir cuándo y cómo poner fin a su propia vida.

La problemática tenía su origen en el caso de un antiguo DJ, Fabiano Antoniani, que, a raíz de un grave accidente de coche, había quedado tetrapléjico y aquejado de ceguera permanente, sin autonomía para respirar ni alimentarse, en un estado de sufrimiento constante y agudo, pero conservando intactas sus facultades intelectuales. Un europarlamentario con el que Fabiano había entrado en contacto, Marco Cappato, decidió acceder a sus peticiones acompañándole en coche, junto con su madre y su prometida, a Suiza, donde se llevó a cabo el suicidio accionando un émbolo con la boca a través del cual se inyectó el fármaco letal por vía intravenosa.

A su regreso del viaje, Marco Cappato se autodenunció ante las autoridades de seguridad pública, y el asunto que iba a conducir a la condena de Cappato (y probablemente de la madre y la prometida de Fabiano), tras varias etapas, llegó a la *Corte di Assise* de Milán, que planteó la mencionada cuestión de constitucionalidad.

En respuesta a estas cuestiones, el auto núm. 207/2018 del Tribunal Constitucional ha realizado, en primer lugar, una delimitación drástica de la cuestión que el juez remitente había formulado en términos muy amplios, previendo, en nombre de la autodeterminación individual, una libertad general, constitucionalmente garantizada, de poner fin a la propia vida (el llamado derecho al suicidio, donde incluso el llamado *taedium vitae* estaría cubierto por este derecho). En efecto, el Tribunal Constitucional no estuvo de acuerdo con esta tesis, en su absolutismo; en la resolución, de hecho, leemos: “la criminalización de la incitación y de la asistencia al suicidio –que también se encuentra en numerosos ordenamientos jurídicos contemporáneos– es, de hecho, inherente a la protección del derecho a la vida, especialmente de las personas más débiles y vulnerables, a las que el derecho penal pretende proteger de una opción extrema e irreparable, como es la del suicidio. Cumple el propósito, de relevancia perdurable, de proteger a las personas que atraviesan dificultades y padecen sufrimiento, y conjura, además, el peligro de que quienes deciden llevar a cabo el acto extremo e irreversible del suicidio sean objeto de injerencias de cualquier clase”.

Sin embargo, prosigue el auto, es imposible no tener en cuenta situaciones concretas, inimaginables en el momento en que se introdujo la disposición que introducía la conducta tipificada: “la referencia se hace, más bien, a las hipótesis en las que la persona asistida es una persona (a) aquejada de una patología irreversible y (b) que padece sufrimientos físicos o psíquicos que le resultan absolutamente intolerables, que (c) se mantiene con vida por medio de tratamientos de soporte vital, pero que sigue siendo (d) capaz de tomar decisiones libres y conscientes. Se trata, en efecto, de hipótesis en las que la ayuda de un tercero para poner fin a su vida puede presentarse al enfermo como la única forma de escapar, de acuerdo con su propia concepción de la dignidad de la persona, a un mantenimiento artificial de la vida que ya no desea y que tiene derecho a rechazar”.

En las situaciones particulares indicadas, que perfilan una petición de ayuda para morir formulada en condiciones existenciales muy distintas de las que caracterizan a los numerosos tipos de suicidio, inducidos por el “sufrimiento del alma”, “se ponen en tela de juicio las exigencias de protección que en otros casos justifican la represión penal de la ayuda al suicidio”.

En esta perspectiva, el auto recuerda la reciente ley italiana núm. 219 de 2017, sobre el final de la vida, que reconoce a toda persona “con capacidad de obrar” el derecho a rechazar o interrumpir cualquier tratamiento médico, aunque sea necesario para su supervivencia, incluidos los tratamientos de hidratación y nutrición artificiales, sometidos a sedación profunda continua. Este derecho se enmarca en el contexto de la “relación de cuidado y confianza”, la llamada alianza terapéutica, entre paciente y médico, por lo que – concluye el auto– si el valor de la vida no excluye la obligación de respetar la decisión del paciente de dejarse morir interrumpiendo el tratamiento médico “no hay razón para que el mismo valor se traduzca en un obstáculo absoluto, penalmente supervisado, a la aceptación de la petición de ayuda del paciente para salvarle del curso más lento –apreciado como contrario a su propia idea de una muerte digna– que resulta de la mencionada interrupción de las medidas de soporte vital”.

El Tribunal, sin embargo, no consideró que pudiera remediar este *vulnus* con una simple supresión del delito de asistencia al suicidio de quienes se encuentran en tal situación. “Tal solución, en efecto, dejaría completamente sin regulación legal la prestación de ayuda material a pacientes en tal estado, en un ámbito de altísima sensibilidad ético-social y respecto del cual deben excluirse con firmeza todos los posibles abusos. De hecho, regular la materia para evitar abusos a personas vulnerables implica una serie de opciones discrecionales y, por tanto, la intervención del legislador.

En este contexto argumentativo, el auto explica –es muy importante señalarlo, porque la sentencia se mueve claramente en la estela de la necesidad de proteger a los débiles y vulnerables– que se sugieren al legislador una serie de contenidos que deberían caracterizar la introducción de la nueva disposición normativa. Se refieren a: a) las modalidades de verificación médica: por lo tanto, se requiere necesariamente la intermediación de un médico que compruebe la existencia de las condiciones necesarias para que una persona pueda solicitar asistencia en el suicidio; se trata de una condición muy importante para evitar abusos y distorsiones; b) la normativa del “proceso medicalizado”: esta expresión subraya aún más la necesidad de garantizar una intervención médica, es decir, un verdadero tratamiento médico del sujeto, porque sólo así se garantiza efectivamente el derecho fundamental del paciente a ser consciente y a ser informado de las distintas soluciones: en primer lugar, la de los cuidados paliativos (que a menudo, si se administran de manera competente, reducen considerablemente las solicitudes de suicidio asistido) y, a continuación, la de la sedación profunda y continua (ya prevista por la citada Ley 219 de 2017 y en virtud de la cual la muerte se produce en poco tiempo, pero aún como consecuencia de la enfermedad y sin que pueda atribuirse a un acto homicida directo); (c) la (posible) reserva exclusiva de la Administración de los tratamientos al Servicio Nacional de Salud (con exclusión sustancial de la posibilidad de realizar tales tratamientos con ánimo de lucro); d) la posibilidad de objeción de conciencia del personal sanitario que intervenga en tales procedimientos.

También es interesante señalar que el auto no contiene deliberadamente ningún juicio de valor sobre las situaciones que, sin embargo, legitiman la petición de poner fin a la propia vida, en esta conciencia de que en esas mismas situaciones dramáticas, frente a personas que deciden abandonar la vida, hay otras que, debido a la solidez de su contexto familiar o a su propia riqueza de alma, permanecen, hasta el último suspiro, incluso enamoradas de la vida.

En este mismo contexto de valores, que, por otra parte, no agota todas las posibles implicaciones del caso -se piensa en el riesgo de que la nueva facultad se convierta en un atajo frente a la atención seria de los pacientes-, desde el punto de vista del proceso constitucional, se inserta el carácter innovador de la decisión: en presencia de varias opciones discrecionales, el Tribunal había declarado hasta entonces la inadmisibilidad de la cuestión planteada, con un aviso al legislador para que aprobara la normativa necesaria. Si el aviso quedaba sin respuesta, normalmente seguía una sentencia de inconstitucionalidad. Ahora, sin embargo, el Tribunal observa que esta técnica decisoria tendría “el efecto de dejar viva -y, por tanto, expuesta a ulteriores aplicaciones, durante un período de tiempo imprevisible- la legislación no conforme constitucionalmente”. “Tal efecto” -dice el auto- “no puede considerarse permitido en el caso que nos ocupa, por sus peculiares características y por la relevancia de los valores implicados”.

De ahí la decisión adoptada de aplazar la sentencia a una fecha fija, para dar al legislador la oportunidad de intervenir con una normativa adecuada “que regule la materia de acuerdo con la necesidad de protección reclamada”. Mientras tanto, el procedimiento *a quo* permanece en suspenso y en cualquier otro similar corresponderá al juez valorar si, a la luz de los principios ahora afirmados, se dan las condiciones para plantear una cuestión de igual legitimidad constitucional, de modo que se evite la aplicación de la disposición censurada. Esta es, pues, la conclusión: cuando “la solución de la cuestión de legitimidad constitucional implica la intersección de valores de primera importancia, cuya completa ponderación presupone, de manera directa e inmediata, elecciones que el legislador está facultado a realizar en primer lugar”, el Tribunal considera que “incumbe” permitir al Parlamento toda reflexión e iniciativa oportunas, “en un espíritu de leal y dialéctica colaboración institucional”. Ello con el fin de “impedir, por una parte, que, en los términos antes ilustrados, una disposición siga produciendo efectos considerados constitucionalmente incompatibles, y al mismo tiempo, evitar posibles lagunas en la protección de valores, que también son plenamente relevantes a nivel constitucional”.

Haciendo uso de las herramientas procesales permitidas –la posibilidad de aplazar la decisión–, el Tribunal Constitucional italiano ha introducido, al tiempo que utilizaba formalmente la conocida herramienta del auto, un nuevo instrumento decisorio que la doctrina –no es posible aquí dar cuenta del interminable debate doctrinal– ha definido de muchas maneras (“auto de inconstitucionalidad diferida”, “inconstitucionalidad inmediata y anulación diferida”; de “inconstitucionalidad declarada pero no constatada”, etc.). En su informe de fin de año, el Presidente del Tribunal Constitucional utilizó el término más apropiado de “inconstitucionalidad prospectiva”. En cualquier caso, la influencia del modelo del *Unvereinbarkeitserklärung* del Tribunal Constitucional alemán sigue siendo bastante incuestionable, aunque con todas las diferencias en cuanto al origen y desarrollo de la

institución, así como la analogía con las sentencias de simple inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español.

Al tratarse de un instrumento nuevo, los efectos de la sentencia no fueron inmediatamente claros, no tanto respecto de los jueces distintos del juez *a quo*, a los que, por otra parte, el auto instaba a suspender los juicios, sino respecto de la Administración pública, los particulares y las situaciones ya resueltas con sentencia firme. Este fue el precio inevitable a pagar en virtud de la voluntad de permanencia, al sustraer un instrumento decisorio innovador que cumpliera con todos los requisitos instados por el caso normativo en cuestión, dentro de los estrechos confines de la legalidad procesal, sin traspasar estrecheces procesales. La mayor flexibilidad y la capacidad de modular los efectos de las decisiones son inherentes a las técnicas decisorias de la jurisprudencia alemana, que es, sin embargo, de origen puramente pretoriano: una frontera que el Tribunal italiano prefirió no traspasar.

El 24 de octubre de 2019 se celebró una nueva vista tras el aplazamiento: mientras tanto, de hecho, el Parlamento italiano ni siquiera había conseguido programar un proyecto de ley sobre la materia. En este punto, el Tribunal, ante la falta de intervención parlamentaria, declaró la inconstitucionalidad de la sanción penal contra la asistencia al suicidio prevista en el artículo 580 del Código Penal, para todo aquel que facilite la ejecución de la intención de suicidio, autónoma y libremente formada, de un paciente mantenido con vida mediante tratamientos de soporte vital y afectado por una patología irreversible, fuente de sufrimientos físicos y psíquicos que considera intolerables, pero plenamente capaz de tomar decisiones libres y conscientes. A la espera de una necesaria intervención del legislador, el Tribunal, no obstante, condicionó la no punibilidad al cumplimiento de las modalidades precisas previstas en la normativa sobre consentimiento informado, cuidados paliativos y sedación profunda continua (artículos 1 y 2 de la Ley 219/2017) y a la comprobación tanto de las condiciones exigidas como de las modalidades de ejecución por un centro público del SSN, oído el dictamen del comité de ética territorialmente competente.

La sentencia aún no ha sido publicada, pero en su comunicado, el Tribunal subraya que la identificación de estas condiciones y modalidades procesales concretas, derivadas de normas ya presentes en el ordenamiento jurídico, era necesaria para evitar riesgos de abusos contra personas especialmente vulnerables, como ya se puso de relieve en el Auto 207 de 2018.

2. Sobre el tema de la persona, también es interesante recordar la sentencia núm. 141 de 2019, que declaró infundadas las cuestiones planteadas por el Tribunal de Apelación de Bari sobre las disposiciones de la “Ley Merlin” (Ley núm. 75, de 20 de febrero de 1958) que castigaban la captación y la complicidad en la prostitución. El Tribunal remitente había argumentado que la realidad social actual es diferente de la de la época en que se introdujeron las normas relativas a estos tipos penales: junto a la prostitución “forzosa” y la prostitución “por necesidad”, hoy existiría de hecho la prostitución por elección libre y voluntaria, como la de las *escorts* (acompañantes pagadas, también disponibles para servicios sexuales). Dicha elección constituiría una expresión de la libertad de autodeterminación sexual, garantizada por el artículo 2 de la Constitución: desde este punto de vista, el castigo penal de la complicidad en la

prostitución constituiría un “cinturón protector” indebido que, al evitar que terceras personas colaboren de algún modo con la *escort*, impediría el ejercicio de la propia libertad sexual.

El Tribunal Constitucional, en cambio, es claro al descartar la reconducción de la prostitución, ni siquiera en el fenómeno de las *escorts*, al derecho inviolable a la libertad sexual: “[s]i es la conexión con el desarrollo de la persona lo que califica la garantía prevista en el artículo 2 de la Constitución, no es posible considerar que la prostitución voluntaria participe de la naturaleza de un derecho inviolable –cuyo ejercicio debe ser, sobre esta base, no sólo no obstaculizado, sino incluso, en su caso, facilitado por la República– por el mero hecho de que implique a la esfera sexual de quienes la ejercen”.

La suposición del tribunal remitente de que la prostitución voluntaria representa un “modo de autoafirmación de la persona humana” ciertamente no puede compartirse. “La prostitución, por tanto, no es en absoluto un instrumento para la protección y el desarrollo de la persona humana, sino sólo una forma particular de actividad económica. En este caso, de hecho, la sexualidad no es más que “la prestación de un servicio” para obtener un beneficio.

Desde este punto de vista, la sentencia afirma que las normas impugnadas no vulneran la libertad de iniciativa económica privada al impedir que terceros colaboren en el ejercicio de la prostitución de forma organizada o empresarial. En efecto, esta libertad sólo está protegida por el artículo 41 de la Constitución en la medida en que no comprometa valores superiores como la seguridad, la libertad y la dignidad humana. Los tipos contenidos en las disposiciones de la Ley Merlin se refieren a estos valores. El hecho de que el legislador identifique a la persona que se prostituye como la parte más débil de la relación también explica la decisión de no castigarla, a diferencia de los terceros que interfieren en su actividad. Así pues, la sentencia aclara que las tipificaciones sospechosas de inconstitucionalidad tienen por objeto proteger los derechos fundamentales de las personas vulnerables y la dignidad humana. Por tanto, se deja al legislador, como intérprete del sentir común en un momento histórico determinado, la legítima tarea de identificar la prostitución, incluso la voluntaria, como una actividad que degrada y envilece a la persona, proporcionando así una protección que asuma los peligros inherentes a la prostitución, incluso cuando la elección de prostituirse parezca inicialmente libre. Ello se debe a que se trata de valoraciones típicamente políticas, tanto más en lo que respecta a la prostitución, que, como revela el análisis histórico y comparativo, se presta a diferentes estrategias de intervención.

3. Por último, en materia de familia, conviene detenerse en la sentencia de este año, aún no publicada, pero objeto de un comunicado de prensa que anticipaba la decisión, relativa al “derecho a la paternidad” de las parejas del mismo sexo. El asunto en cuestión se refería a la denominada familia homoparental “originaria”, es decir, la formada como consecuencia de una filiación (obviamente “no natural”) en el seno de la pareja del mismo sexo (llamada así para distinguirla de la familia homoparental “sobrevvenida”, resultante de la inclusión de un hijo nacido en el seno de una relación heterosexual en la “familia recompuesta” con la nueva pareja del mismo sexo de uno de los progenitores). Las críticas de los jueces remitentes se centraron en la prohibición del acceso de las parejas del mismo sexo a las técnicas de reproducción

médicamente asistida (RMA) establecida por la Ley núm. 40, de 19 de febrero de 2004: prohibición que los jueces remitentes consideraron lesiva del derecho de la pareja a la paternidad y presagio de una discriminación ilícita basada en la orientación sexual.

En primer lugar, es necesario señalar que la ley afectada por la duda de constitucionalidad se inspira claramente en la voluntad de defender, frente a los métodos de reproducción asistida, el modelo “naturalista” de familia: la regulación de los requisitos subjetivos de acceso a las técnicas prevé, en efecto, que sólo pueden acceder a la RMA “las parejas adultas de distinto sexo, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambas vivas”. Los solteros, las viudas, los menores, las parejas homosexuales, las parejas ocasionales y las personas que no estén en edad potencialmente fértil quedan, por tanto, excluidos del recurso a las tecnologías de reproducción.

Se aplica una severa sanción administrativa a quienes apliquen técnicas de RMA “a parejas compuestas por sujetos del mismo sexo” (así como a parejas en las que uno de los dos haya fallecido, o sean menores de edad, o no estén casados o no convivan). En la lógica de la Ley 40 de 2004, la prohibición de las parejas del mismo sexo tiene, por tanto, un doble fundamento:

- a) la esterilidad–infertilidad de la pareja homosexual (como tal) no es de naturaleza patológica, sino exclusivamente “social” y “relacional”;
- b) La paternidad homosexual no se corresponde con el modelo “natural” de familia, que el legislador pretendía preservar.

También debe aclararse que la misma ley había sido previamente objeto de dos intervenciones significativas por parte del Tribunal Constitucional:

- a) La sentencia núm. 162 de 2014 había, de hecho, eliminado la prohibición indiscriminada, originalmente contemplada por la ley, de la fecundación heteróloga (que excluía de la RMA a las parejas que padecieran las patologías más graves generadoras de esterilidad o infertilidad absoluta e irreversible), afirmando así que el proyecto parental, constitucionalmente protegido, es independiente del necesario vínculo biológico padre-hijo;
- b) La sentencia núm. 96 de 2015 había eliminado la prohibición de acceso a la RMA, con diagnóstico preimplantacional, respecto de parejas fértiles que padecieran enfermedades genéticas hereditarias graves, transmisibles al feto.

También debe señalarse que, en otro orden de ideas, en la sentencia núm. 138 de 2010, el Tribunal había afirmado que la noción de “formación social” a la que el artículo 2 de la Constitución reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, también comprende la unión entre personas del mismo sexo, entendida como la convivencia estable entre dos personas del mismo sexo.

Es evidente, por tanto, que los jueces remitentes pretendían extender el denominado derecho a la paternidad, que el Tribunal había reconocido como existente incluso en

ausencia de vínculo genético, también a tales formaciones sociales.

La respuesta del Tribunal Constitucional fue, sin embargo, negativa: las intervenciones anteriores del Tribunal, que ampliaron las hipótesis de acceso a la RMA, se mantenían dentro de las coordenadas básicas trazadas por el legislador, limitándose a eliminar incoherencias internas de la normativa.

Ambos pronunciamientos se movían, de hecho, en la lógica de respetar –e, incluso, potenciar– la finalidad “terapéutica” asignada por el legislador a la RMA, sin afectar sensiblemente a la ulterior opción legislativa subyacente de salvaguardar, frente a las técnicas de reproducción artificial, el “modelo” de “familia natural”.

La aceptación de las preguntas, por el contrario, habría supuesto un “salto cualitativo” considerable, ya que habría desmontado ambos arquetipos del sistema pretendido por el legislador de 2004. Admitir a las parejas homosexuales, como tales, a la reproducción médicamente asistida habría equivalido a afirmar que –por imperativo constitucional– el uso de técnicas de reproducción asistida es independiente tanto de la necesidad terapéutica como de la necesidad de respetar el “modelo” de familia natural. Tal pronunciamiento, además, habría abierto también el problema de los “efectos indirectos” sobre todo el conjunto de ulteriores posiciones subjetivas actualmente excluidas de las técnicas de reproducción asistida.

4. Breves conclusiones.

Con los pronunciamientos mencionados, el Tribunal Constitucional italiano se situó en el centro del debate suscitado por la evolución de la tecnología, la medicina y la conciencia social. El hilo conductor de las tres decisiones es, por un lado, el respeto mostrado por las elecciones realizadas por el legislador, reconociendo en el fondo que es al principio democrático al que debe confiarse en primer lugar la solución de las cuestiones éticamente más controvertidas, pero por otro lado, con respecto a las situaciones en las que la compatibilidad constitucional era más evidentemente compleja, debido también a la antigüedad de la elección legislativa como en el caso del art. 580 del Código Penal, no ha renunciado a ejercer su papel de guardián de una Constitución “viva” y se ha cuidado de percibir y considerar con la necesaria atención los signos de los tiempos que cambian y afectan al terreno de los valores.